



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

Processo nº 16682.720233/2010-11
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1101-000.835 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de dezembro de 2012
Matéria IRPJ/CSLL - Amortização de ágio
Recorrente TERMOPERNAMBUCO S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

AUDITORIA FISCAL. PERÍODO DE APURAÇÃO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA PARA CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VERIFICAÇÃO DE FATOS, OPERAÇÕES, REGISTROS E ELEMENTOS PATRIMONIAIS COM REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA FUTURA. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÕES.

O fisco pode verificar fatos, operações e documentos, passíveis de registros contábeis e fiscais, devidamente escriturados ou não, em períodos de apuração atingidos pela decadência, em face de comprovada repercussão no futuro, qual seja: na apuração de lucro líquido ou real de períodos não atingidos pela decadência. Essa possibilidade delimita-se pelos seus próprios fins, pois, os ajustes decorrentes desse procedimento não podem implicar em alterações nos resultados tributáveis daqueles períodos decaídos, mas sim nos posteriores. Em relação a situações jurídicas, definitivamente constituídas, o Código Tributário Nacional estabelece que a contagem do prazo decadencial para constituição das obrigações tributárias, porventura delas inerentes, somente se inicia após 5 anos, contados do período seguinte ao que o lançamento do correspondente crédito tributário poderia ter sido efetuado (art. 173 do CTN).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

ÁGIO. REQUISITOS DO ÁGIO.

O art. 385 do RIR/1999, estabelece a definição de ágio e os requisitos do ágio, para fins fiscais. O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Os requisitos são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do valor de aquisição. Fundamento econômico do ágio é a razão de ser da mais valia sobre o valor patrimonial. A legislação fiscal prevê as formas como este

fundamento econômico pode ser expresso (valor de mercado, rentabilidade futura, e outras razões) e registrado.

ÁGIO INTERNO.

A circunstância da operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracteriza o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação fiscal. A distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de *ágio interno*) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo, não é relevante para fins fiscais.

ÁGIO INTERNO. INCORPORAÇÃO REVERSA. AMORTIZAÇÃO.

A amortização do ágio está prevista no art. 386 do RIR/1999. Para fins fiscais, o ágio decorrente de operações com empresas do mesmo grupo (dito *ágio interno*), não difere em nada do ágio que surge em operações entre empresas sem vínculo. Ocorrendo a incorporação reversa, o ágio poderá ser amortizado nos termos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

TRANSFERÊNCIA DE AÇÕES. ÁGIO. NASCIMENTO. EXTINÇÃO.

O ágio nasce com uma aquisição e se transfere por uma incorporação reversa, cisão ou fusão. A transferência das ações não implica em transferência de ágio, mas em extinção do ágio que havia na alienante e surgimento de novo ágio na adquirente. A disciplina legal a que se submete o novo ágio é decorrente de suas características, e não das características do ágio que existia na alienante.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

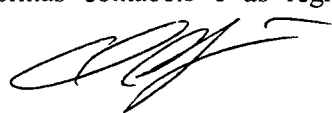
Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA E COMERCIAL.

As regras contábeis aceitas pelo direito tributário são apenas aquelas previstas na legislação comercial referendada pelas regras tributárias e desde que não conflitem com regra fiscal específica.

LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA E COMERCIAL. CONTABILIDADE. ÁGIO.

Os institutos, conceitos e formas contábeis aceitos pelo direito tributário são apenas aqueles definidos na legislação comercial referendada pelas regras tributárias e desde que não conflitem com definição específica posta em regra fiscal. Caso a legislação tributária defina de modo diferente um instituto, conceito, ou forma, vale a definição fiscal para fins tributários. Regra tributária específica define o que é ágio, como deve ser calculado, seus pressupostos (aquisição da participação e fundamento econômico), e como sua amortização pode ser considerada para fins fiscais. Por isso, nesses aspectos, os institutos, conceitos e formas contábeis e as regras de direito comercial são irrelevantes.



ÁGIO. ART. 109 CTN.

A legislação tributária define o que é ágio para fins fiscais e determina os efeitos.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. NEGÓCIOS JURÍDICOS. ATOS JURÍDICOS. LICITUDE.

O fato dos atos praticados visarem economia tributária não os torna ilícitos ou inválidos. O fato dos negócios praticados visarem economia tributária não os torna ilícitos ou inválidos.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MOTIVO DO NEGÓCIO. CAUSA DO NEGÓCIO. LICITUDE.

Motivo do negócio é a razão subjetiva pela qual o contribuinte faz o negócio jurídico. Causa do negócio ou sua função econômica é o efeito que o negócio produz nas esferas jurídicas dos partícipes. O motivo ilícito implica em nulidade, quando declarada por um Juiz. Se a motivação do negócio é economia tributária, não se pode falar em motivo ilícito.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MOTIVO DO NEGÓCIO. CONTEÚDO ECONÔMICO. PROPÓSITO NEGOCIAL. LICITUDE.

Não existe regra federal ou nacional que considere negócio jurídico inexistente ou sem efeito se o motivo de sua prática foi apenas economia tributária. Não tem amparo no sistema jurídico a tese de que negócios motivados por economia fiscal não teriam “conteúdo econômico” ou “propósito negocial” e poderiam ser desconsiderados pela fiscalização. O lançamento deve ser feito nos termos da lei.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. ELISÃO. EVASÃO.

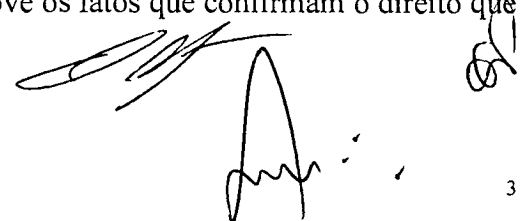
Em direito tributário não existe o menor problema em a pessoa agir para reduzir sua carga tributária, desde que atue por meios lícitos (elisão). A grande infração em tributação é agir intencionalmente para esconder do credor os fatos tributáveis (sonegação).

SIMULAÇÃO. ABUSO DE DIREITO. FRAUDE A LEI.

A fiscalização não precisa (e nem pode) recorrer às figuras de direito civil, utilizadas por juizes imparciais para soluções de litígios entre as pessoas. O Fisco não precisa (e nem pode) recorrer às figuras da simulação, abuso de direito, fraude a lei ou demais previstas no Código Civil, que são utilizadas pela Justiça para resolver litígios. A fiscalização tem poderes específicos e disciplinados na legislação tributária.

PODERES DO FISCO. LANÇAMENTO.

A fiscalização pode apontar os fatos que entende ocorridos, pode afastar os que entende não ocorridos ou falseados, pode aplicar o direito que entende aplicável aos fatos verificados, e pode cobrar o tributo conforme sua convicção, sem ter de recorrer a qualquer figura do Código Civil. A única exigência da lei é que o Fisco comprove os fatos que confirmam o direito que aplica.



LANÇAMENTO.

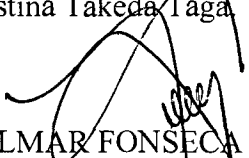
O lançamento é atividade vinculada à lei.

SEGURANÇA JURÍDICA. TRIBUTAÇÃO.

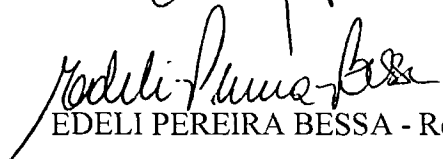
A segurança jurídica, ao lado da justiça, é um dos pilares do sistema jurídico.
A previsibilidade da tributação é um dos seus aspectos fundamentais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em, por maioria de votos, REJEITAR a preliminar de preclusão, divergindo o Conselheiro José Ricardo da Silva e, por maioria de votos, DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, vencida a Relatora Conselheira Edeli Pereira Bessa, e votando pelas conclusões da divergência a Conselheira Nara Cristina Takeda Taga, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro. Fez declaração de voto a Conselheira Nara Cristina Takeda Taga.



VALMAR FONSECA DE MENEZES - Presidente.



EDELI PEREIRA BESSA - Relatora



CARLOS EDUARDO DE ALMEIDA GUERREIRO – Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Valmar Fonseca de Menezes (presidente da turma), José Ricardo da Silva (vice-presidente), Edeli Pereira Bessa, Benedicto Celso Benício Júnior, Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro e Nara Cristina Takeda Taga.



Relatório

TERMOPERNAMBUCO S/A, já qualificada nos autos, recorre de decisão proferida pela 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento do Rio de Janeiro - I que, por unanimidade de votos, julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE a exigência na parte contestada, e declarou definitivamente constituída a parcela não contestada do lançamento, por meio do qual foi formalizado, em 09/12/2010, crédito tributário no valor total de R\$ 35.723.841,06.

Consta do Termo de Encerramento Parcial da Ação Fiscal, às fls. 36/53, que a empresa autuada pertence ao *Grupo Neoenergia, sociedade anônima de capital aberto, do ramo de atividade de geração de energia elétrica*, tendo alterado seu endereço para a cidade do Rio de Janeiro/RJ, junto ao cadastro da Receita Federal, em 23/07/2010, motivo pelo qual o procedimento fiscal iniciado pela DRF/Recife teve continuidade na 7ª Região Fiscal.

Constatou-se que nos anos-calendário de 2005 a 2008, a contribuinte contabilizou *em conta de despesa operacional (Despesa de Amortização de Agio -códigos: 635061500B) valores que reduziram os seus resultados tributáveis do IRPJ e da CSLL* montantes equivalentes a R\$ 15.628.601,16 (2005), R\$ 13.864.503,24 (2006), R\$ 12.035.068,32 (2007) e R\$ 10.388.576,90 (2008). Tais despesas, porém, seriam indedutíveis e deveriam ter sido adicionadas ao lucro líquido na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

A autoridade lançadora assim descreve os fatos identificados durante o procedimento fiscal:

*13. Nos anos-calendário de 2005 a 2008, o contribuinte apresentou Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ), com apuração do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro com base no lucro real anual.*¹⁰

*14. Nos trabalhos de auditoria foram obtidos os seguintes documentos:*¹¹

a) Ata de Assembléia Geral de Constituição da empresa Rio Japuri Empreendimentos e Participações S.A. ("RIO JAPURI"), realizada em 4 novembro de 2003, data em que foram integralizados R\$ 10,00 (dez reais) do capital social de R\$ 100,00 (cem reais), dividido em cem ações ordinárias, sem valor nominal, todas subscritas;

b) Ata da Assembléia Geral Extraordinária, realizada em 31/12/2003, da RIO JAPURI, na qual foi aprovado o aumento de capital para R\$ 420.244.232,73 (quatrocentos e vinte milhões, duzentos e quarenta e quatro mil, duzentos e trinta e dois reais e setenta e três centavos), mediante emissão para subscrição privada de 420.244.232, todas subscritas pela Guaraniana SA, mediante contribuição de 342.594.317 (trezentos e quarenta e dois milhões, quinhentos e noventa e quatro mil e trezentos e dezessete) ações de emissão da Termopernambuco S/A;

c) Ata da Reunião Extraordinária do Conselho de Administração da Guaraniana S.A, realizada em 26 de dezembro de 2003 (apresentada pela fiscalizada);

d) Ata da Reunião do Conselho de Administração da TERMOPE realizada em 31/12/2003, acompanhada do Protocolo e Justificação de Incorporação, e do Laudo

62

de Avaliação a Valor Contábil do acervo do patrimônio líquido da empresa Rio Japuri Empreendimentos e Participações S.A. ("**RIO JAPURI**") em 31 de dezembro de 2003, para fins da incorporação da totalidade do patrimônio da Rio Japuri S.A. pela Companhia (obtidos junto aos arquivos da JUCEPE, protocolo nº 04/058813-0);

e) Ata de Assembléia Geral Extraordinária da TERMOPERNAMBUCO S/A ("**TERMOPE**") realizada em 31/12/2003 (obtida junto aos arquivos da JUCEPE, protocolo nº 04/058798-3);

f) Notas explicativas da TERMOPERNAMBUCO S/A (obtidas das páginas da internet do Serviço Público Federal - CVM - Comissão de Valores Mobiliários - DEP - Demonstrações Financeiras Padronizadas exercício findo em 31/12/2004);

g) Demonstrações Contábeis da empresa Companhia Energética de Pernambuco - CELPE e Notas Explicativas às demonstrações contábeis para o exercício findo em 31 de dezembro de 2003 (extraídos da página da CELPE na internet);

h) Demonstrações Contábeis da empresa Guaraniana S.A e Notas Explicativas às demonstrações contábeis para o exercício findo em 31 de dezembro de 2003 (extraídos da página da Guaraniana na internet);

i) Demonstrativo de amortização do ágio para o período de 2004 a 2023 (apresentado pela fiscalizada);

j) Cópia autêntica da Ficha 44 - DIPJ/2003 e Ficha 51 - DIPJ/2004 (Participação Permanente em Coligadas ou Controladas) da empresa Neoenergia S.A.

15. Em 16/10/2003, em reunião do Conselho de Administração da GUARANIANA e da CELPE (controlada daquela), foi aprovado a desverticalização da TERMOPERNAMBUCO, transferindo a participação detida até então pela CELPE para a GUARANIANA, por meio de compra e venda, de 253.729.720 ações ordinárias de emissão da Termopernambuco S/A, representativas de 72,57% do capital social integralizado da Termopernambuco S/A, com ágio no montante de R\$ 130.673.922,93.

16. O ágio teve como fundamento econômico a perspectiva de resultados durante o prazo de exploração da permissão/autorização delegado pelo Poder Público.

17. Com isso, a GUARANIANA que já era detentora de ações ordinárias representativas de 27,43% do capital social integralizado da TERMOPERNAMBUCO, após essa aquisição, passou a deter 100% do capital social dessa empresa.

18. Em 04/11/2003, foi constituída a empresa Rio Japuri Empreendimentos e Participações S.A., com capital social de R\$ 100,00, dividido em 100 ações ordinárias, sem valor nominal, as quais foram inteiramente subscritas e parcialmente integralizadas (R\$ 10,00).

19. Em 26/12/2003, em reunião do Conselho de Administração da GUARANIANA S.A., foi aprovado aumento de capital na empresa Rio Japuri Empreendimentos e Participações S.A ("**RIO JAPURI**"), sociedade de propósito específico (**SPE**), no valor de **R\$ 420.244.232,73**, integralizado por meio da transferência do investimento que aquela detinha na **TERMOPE**.

20. O investimento da **GUARANIANA** na **TERMOPE**, transferido por integralização da subscrição de capital na **RIO JAPURI**, tinha a seguinte composição:



DESCRIÇÃO DO ATIVO	Valor R\$
342.594.317 ações ordinárias de emissão da Termopernambuco S. avaliadas por equivalência patrimonial (equivalente a 100% do seu capital)	289.570.309,80
Valor do ágio (a amortizar) pago à CELPE referente à aquisição, em 16/10/2003, de 253.729.720 ações ordinárias de emissão da Termopernambuco	130.673.922,93
Total	420.244.232,73

21. Com o aumento de capital social em 26/12/2003, a **RIO JAPURI** passou a ser detentora de 100% do capital social da **TERMOPE**.

22. Em Assembléia Geral Extraordinária ocorrida em 31/12/ 2003, tendo em vista que a empresa **RIO JAPURI** efetuou registro contábil de provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido no montante de R\$ 86.244.789,13, foi deliberado pelos seus acionistas a redução do capital social no montante idêntico àquele registrado na provisão. Não houve diminuição da quantidade de ações existentes naquela data.

23. O balanço patrimonial levantado em 31/12/2003, pela empresa **RIO JAPURI** tinha a seguinte composição:

ATIVO CIRCULANTE	R\$		R\$
Disponível	10,00		
PERMANENTE		PATRIMÔNIO LÍQUIDO	
Investimento em Controlada		Capital Social Subscrito	333.999.543,60
Valor do investimento avaliado por equivalência patrimonial	289.570.309,80	Capital Social a integralizar	90,00
Valor do ágio a amortizar	130.673.922,93		
Provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido	(86.244.789,13)		
TOTAL	333.999.453,60	TOTAL	333.999.453,60

24. Nessa data, foi aprovado na **TERMOPE** a incorporação de sua controladora, a empresa **RIO JAPURI**, com conseqüente transferência do ágio e da provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido (PMIPL) da incorporada (controladora) para a incorporadora (controlada).

25. A participação acionária da empresa **RIO JAPURI** na **TERMOPE** foi extinta contra o recebimento pelo seu acionista (a **GUARANIANA S.A**) de ações representativas do capital da **TERMOPE**.

26. Assim, a **TERMOPE** passou a registrar no seu ativo imobilizado, conta que poderia se chamar "ágio de si mesma", submetida à amortização, que entendeu ser possível considerar como despesa dedutível na apuração do IRPJ e da CSLL, com base no artigo 386 do Regulamento do Imposto de renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000/1999 - RIR/99.

27. Tais despesas têm origem na amortização de "ágio de si mesma", mediante a incorporação efetuada em 31/12/2003, de sua (recente) **controladora**, a empresa Rio Japuri Empreendimentos e Participações S.A de CNPJ 05.996.136/0001-17 (qualificada como "Sociedade de Propósitos Específicos - SPE").

28. A fiscalizada mantém o registro contábil no ativo imobilizado (conta 1.3.2.06 3 1 - ÁGIO NA INCORP. DE SOCIED.) que está sendo amortizado, desde maio de 2004, em 248 parcelas mensais seguindo a projeção anual de rentabilidade futura conforme curva de amortização do ágio.

29. Em relação à Provisão para Manutenção da Integridade do Patrimônio Líquido registrada no seu ativo imobilizado como conta redutora (conta 1320632001 - PROVISÃO P/ MANUT DA INTEGRID DO), os valores revertidos como receita

foram excluídos pelo contribuinte na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL¹².

30. Após as análises dos fatos e documentos apresentados, passamos a expor o entendimento desta fiscalização a respeito da "reestruturação societária" acima, que culminou na consideração como indevidas as deduções das despesas de amortização do ágio, efetuadas pela fiscalizada, na apuração das bases de cálculos do IRPJ e da CSLL.

Na sequência, a autoridade lançadora descreve as *empresas personagens das "reestruturações societárias"*, assim indicando-as:

A) *EMPRESA INVESTIDA e INCORPORADORA* – alvo desta fiscalização: Termopernambuco S/A – “TERMOPE”;

B) *EMPRESA INVESTIDORA*: Guaraniana S/A – “GUARANIANA”, atualmente com razão social NEOENERGIA S/A – “NEOENERGIA”;

C) *EMPRESA INCORPORADA* – “Sociedade de Propósito Específico”: Rio Japuri Empreendimentos e Participações S/A - “RIO JAPURI” (observa a Fiscalização que a RIO JAPURI, no período em que existiu, não apresentou qualquer movimentação negocial, exceção feita apenas para o negócio jurídico (ato formal), em 26/12/2003, de aquisição das ações da Termopernambuco S.A, por subscrição de capital (nela) pela GUARANIANA, controladora da TERMOPE e de, logo em seguida (31/12/2003), incorporação (dela) pela TERMOPE);

D) *EMPRESA QUE VENDEU AS AÇÕES DA TERMOPE COM ÁGIO*: Companhia Enérgica de Pernambuco – “CELPE”;

Os fiscais autuantes abordam, então, o *enredo das reestruturações societárias*, assim resumindo as operações extraídas dos documentos analisados:

a) *Em 16/10/2003 a empresa GUARANIANA adquiriu da CELPE (empresa controlada), 253.729.720 ações ordinárias do capital social da TERMOPE, com expressivo ágio no valor de R\$ 130.673.922,93; e se tornou a única acionista da TERMOPE (detentora de 100% das ações).*²⁰

b) *Objetivando obter o benefício fiscal de amortização do ágio, no entanto, sem interesse na extinção das empresas envolvidas (controladora ou controlada), nem nos investimentos da controladora, utilizou o seguinte artifício jurídico: i) Em 04/11/2003, foi criada a empresa Rio Japuri Empreendimentos e Participações S.A (empresa de propósitos específicos - SPE), com capital de R\$ 100,00;²¹ ii) em 26/12/2003, a empresa GUARANIANA transferiu as suas ações de emissão da TERMOPE para a Sociedade de Propósito Específico (SPE) - RIO JAPURI, tornando-a (momentaneamente) a controladora da TERMOPE;²² e iii) em 31/12/2003, a TERMOPE incorporou a sua (então) controladora - RIO JAPURI, retornando as ações de sua emissão de volta a GUARANIANA;*²³

c) *Essa operação de incorporação resultou (na TERMOPE) na construção de um ativo imobilizado amortizável no valor de R\$ 130.673.922,93, equivalente ao montante do ágio pago pela GUARANIANA S.A nas aquisições das ações, de uma conta redutora, titulada como Provisão para Manutenção da Integridade do Patrimônio Líquido (no valor de R\$ 86.244.789,13) e de um Patrimônio Líquido, na conta de Reserva de Capital no valor de R\$ 44.429.143,80 (sendo que R\$ 44.429.133,80 na sub-conta Reserva de Capital Especial de Ágio);*²⁴

61

d) Sendo a **TERMOPE** uma empresa rentável, quis as empresas envolvidas que essa, ao incorporar a empresa veículo **RIO JAPURI**, pudesse aproveitar os benefícios fiscais da dedutibilidade da despesa de amortização do ágio previsto no artigo art. 386 do RIR/99, reduzindo (indevidamente) a sua carga fiscal do IRPJ e CSLL nos exercícios futuros.

32. Do exposto, demonstra-se que a sequência de "reestruturações societárias" procedida simplesmente deságua na transferência para a **TERMOPE** do ágio com que a empresa investidora **GUARANIANA** adquiriu os seus investimentos nela, sem que, com isso, desaparecessem essas empresas ou sequer o investimento de A em B; ou seja, ao final do enredo, tudo está como era antes, apenas que a **TERMOPE** "restou" na história com o seu Ativo e Patrimônio Líquido majorados do exato valor do ágio (deduzido, por exigência da CVM, da Provisão para Manutenção da Integridade do Patrimônio Líquido - PMIPL) que a sua investidora pagou para adquirir o investimento; passando (então) a registrar uma despesa de amortização de ágio, vindo a reduzir consideravelmente os seus resultados tributáveis do IRPJ e CSLL.²⁵

33. Com efeito, fica evidente que a sequência de atos praticados objetivou unicamente reduzir tributação com utilização do benefício da dedutibilidade da amortização do ágio do IRPJ e da CSLL. Tanto é assim que se encontra explícito nos diversos documentos produzidos que buscaram justificar o processo de "reestruturação" (vide: Justificação à Incorporação da **RIO JAPURI** pela **TERMOPE** e Notas Explicativas às Demonstrações Financeiras publicadas pelas empresas envolvidas, referentes aos períodos dos atos praticados - **DOC. 09**).

34. Apenas como exemplo, citemos trecho da Nota Explicativa nº 18 das Demonstrações Financeiras Padronizadas publicada pela controladora **GUARANIANA** (data base de 31/12/2003):

SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

CVM - COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

DFP - Demonstrações Financeiras Padronizadas Legislação Societária

EMPRESA COMERCIAL, INDUSTRIAL E OUTRAS Data-Base -31/12/2003

01553-9 - GUARANIANA S.A. 01.083.200/0001-18

11.01 - NOTAS EXPLICATIVAS

Em 31 de dezembro de 2003, por meio de reunião do Conselho de Administração e de Assembléia Geral Extraordinária da TERMOPERNAMBUCO, foi aprovada a conclusão do processo de reestruturação societária com objetivo de transferir para a TERMOPERNAMBUCO o benefício fiscal do ágio de R\$ 130.674, pago na aquisição das ações da TERMOPERNAMBUCO pela GUARANIANA da CELPE, em outubro de 2003.

35. Observe-se ainda, que a finalidade do instituto da incorporação como forma de agregação de empresas não se verifica no caso; eis que, a empresa **GUARANIANA**, que no início do processo de "reestruturações" detinha 342.594.317 ações de emissão da **TERMOPE**; ao término das operações, permanece com a mesma quantidade de ações e na mesma condição de controladora da **TERMOPE**; ou seja, nada mudou.

36. A própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) reconhece distorção prevista na legislação societária, ao analisar a incorporação feita através de uma sociedade veículo, como a que ora se examina. Senão, veja-se o trecho inicial da nota explicativa à Instrução CVM nº 349, de 06 de março de 2001, que alterou a redação da Instrução CVM nº 319 e dispõe sobre as operações de incorporação, fusão e cisão envolvendo companhia aberta.

Nota explicativa à Instrução CVM n.º 349, de 6 de março de 2001

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

37. Outrossim, verifica-se que o ágio, aqui tratado, é derivado de expectativa de rentabilidade futura na empresa Termopernambuco S/A, contabilizado em seu ativo imobilizado. Acrescente-se que todas as operações, desde a aquisição das ações da **TERMOPE** pela **GUARANIANA**, até a etapa final, que culminou na transferência do ágio para o patrimônio da **TERMOPE**, foram realizadas por empresas do grupo Neoenergia.

Diante deste contexto, a autoridade lançadora concluiu pela inaplicabilidade do artigo 386 do RIR/99 (para o caso da dedutibilidade da amortização do ágio), assim argumentando:

38. O investimento em aquisições de ações de outras empresas, com ágio ou deságio tem o seu tratamento contábil edificado na Lei nº 6.404/1976 e o seu tratamento fiscal disciplinado nos artigos 384 a 391 do RIR/99 e nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

39. Regra geral, a legislação veda os efeitos fiscais das contrapartidas da amortização desse ágio ou deságio, exigindo o seu controle em livro fiscal, para permitir o seu cômputo de ganho ou perda de capital quando da alienação ou liquidação do investimento.

40. De sorte que, no plano tributário, enquanto não houver a alienação ou liquidação do investimento adquirido, todo ágio ou deságio contabilmente amortizado deve ter seus efeitos fiscais anulados perante o IRPJ e a CSLL, adicionando-se o ágio ou excluindo-se o deságio, mantendo o controle desses valores em livros fiscais próprios para o seu aproveitamento quando da alienação/liquidação do investimento.

41. Antes do disciplinamento criado pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, esse tratamento fiscal ensejava um costumeiro "planejamento tributário" por parte de "certos contribuintes" que consistia em adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária, considerando-se o ágio como imediata perda de capital uma vez que ocorrera a extinção do investimento.

42. Para coibir esse tipo de operação, a Lei nº 9.532/1997 veio estabelecer novo tratamento fiscal para o ágio ou deságio na aquisição de investimento em outras empresas, de forma a, considerando a sua fundamentação econômica, somente permitir a apuração da perda ou ganho de capital para os casos de extinção do investimento por incorporação, fusão ou cisão das sociedades não no momento do evento, mas sim, uma vez registrado contabilmente, num prazo de amortização não inferior a 60 meses.

43. É o que diz o artigo 386 do RIR/99, com base legal nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e com as alterações dadas pelos artigos 10 e 11 da Lei nº 9.718/1997:

[...]

44. Como se pode ver da leitura do dispositivo normativo acima, a permissão legal para que a **empresa resultante** da reorganização societária de incorporação, fusão ou cisão, em que houver investimento de uma em outra, adquirido com ágio, possa apropriar a amortização desse ágio como despesa dedutível, **impõe a absorção do patrimônio da incorporada, fusionada ou cindida**; pois que, de outra forma (permanecendo a existir o investimento), não se caracteriza a situação prevista na norma, que é exatamente o de estabelecer uma regra de tributação para quando acontece a "**confusão patrimonial do investimento**", ou seja, o ágio pago na aquisição das ações de A em B resta desacompanhado de sua origem (conta de investimento).

45. No caso aqui tratado a empresa investidora **GUARANIANA** não deixou de existir; nem mesmo o seu investimento na **TERMOPE**.

46. A prática adotada pela **GUARANIANA**, detentora do controle da empresa fiscalizada, consistiu numa série de procedimentos, num curtíssimo intervalo de tempo, com o objetivo de "construir" uma situação contábil que permitisse o aproveitamento (indevido) do benefício fiscal de amortização do ágio previsto no art. 386 do RIR/99, isso sem que a empresa que efetivamente fez o investimento de aquisição de controle acionário com ágio, liquidasse esse investimento.

47. Assim, procedendo a uma série "reestruturações societárias" que, de fato, não passou de atos formais desprovidos de racionalidade econômica, a **GUARANIANA S.A.** conseguiu: i) permanecer com os seus investimentos na **TERMOPE** intocados, apenas, agora, não mais apresentado contabilmente desdobrado em "**investimento + ágio**", e ii) constituir, na contabilidade da **TERMOPE**, uma conta de ativo imobilizado em valor igual ao ágio pago pela Guaraniana quando da aquisição das ações **TERMOPE** de propriedade da Celpe, de forma a poder amortizar esse ativo, no prazo de sua concessão, fabricando assim uma extraordinária despesa a deduzir do lucro tributável.

48. O único fim visado foi a utilização do benefício fiscal de redução da carga tributária na **TERMOPE**, cujo permissivo condicionava à incorporação/fusão/cisão das empresas **investidoras - investida**. Engendrou-se (então) o artifício jurídico com as reorganizações societárias acima descritas, sem qualquer propósito negocial ou racionalidade econômica.

49. No comando do art. 386 do RIR/99, a **legislação tributária**, para permitir a dedutibilidade da amortização do ágio, tem sua inteligência fundamentada na efetiva extinção do investimento através dos institutos da fusão, cisão ou incorporação entre as empresas (investidora e investida); ou seja, a legislação tributária instituiu um disciplinamento para tributação do resultado (ganho/perda) de um negócio jurídico particular que culmina numa "**confusão patrimonial**" - o ágio de si mesmo.

50. No caso aqui tratado, não houve a requerida unificação patrimonial, apenas fabricou-se na **TERMOPE** o que deveria ser o "**ágio de si mesma**". A **GUARANIANA** detentora da totalidade das ações da **TERMOPE** tentou se ajustar à letra da lei, sem atender à sua fundamentação; praticando uma série de "reestruturações societárias" sem qualquer motivação econômica para, ao final das operações, apresentar a mesma estruturação societária de antes. Tudo não passando de uma estratégia para tentar conseguir ganho tributário em prejuízo do Fisco Federal.

51. De sorte que, se considerarmos a participação societária que a **GUARANIANA** possuía na **TERMOPE** no início das operações, essa mesma participação continuou existindo ao final do processo de reestruturação.

52. A interposição de outras pessoas jurídicas entre a investidora e a investida com o único desiderato de permitir o aproveitamento do ágio, faz com que a situação aqui versada não se enquadre nas condições preconizadas pela lei de forma a permitir a sua utilização.

53. Em conclusão, estamos diante de uma sequência de operações cujo único propósito foi o de produzir uma despesa "dedutível" na apuração do IRPJ e da CSLL por meio da projeção na investida (**TERMOPE**), do ágio pago pela investidora **GUARANIANA** na aquisição do investimento.

A autoridade lançadora promoveu, então, a exigência sobre as despesas de amortização de ágio que não foram adicionadas às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Além disso, identificou *divergência entre as bases de cálculo apuradas pelo contribuinte no LALUR e aquelas informadas na DIPJ dos anos-calendário 2005 a 2008*, as quais podem ser assim demonstradas:

		LALUR	DIPJ	Diferença
2005	Lucro Real	180.037.216,21	179.275.434,81	761.781,40
	BC da CSLL	180.510.786,94	179.929.005,54	581.781,40
2006	Lucro Real	92.256.516,62	92.427.929,67	-171.413,05
	BC da CSLL	92.522.965,85	92.694.378,90	-171.413,05
2007	Lucro Real	63.010.258,05	53.957.535,95	9.052.722,10
	BC da CSLL	63.010.268,05	53.918.860,54	9.091.407,51
2008	Lucro Real	19.597.007,23	19.597.007,23	0,00
	BC da CSLL	19.597.007,23	19.597.007,23	0,00

As diferenças positivas foram adicionadas à base tributável do período correspondente, e as diferenças negativas se prestaram a reduzir o valor a ser lançado de ofício, em razão da infração anterior, consoante sintetizado na decisão recorrida:

Ano	Infração I	Infração II	Soma	IRPJ 25%	Saldo Negativo	IRPJ devido
2005	15.628.601,16	761.781,40	16.390.382,56	4.097.595,64	4.084.724,88	12.870,76
2006	13.864.503,24	0,00	13.864.503,24	3.466.125,81	0,00	3.466.125,81
2007	12.035.068,32	9.052.722,10	21.087.790,42	5.271.947,61	340.312,97	4.931.634,64
2008	10.388.576,90	0,00	10.388.576,90	2.597.144,23	3.843.584,64	-1.246.440,42

Ano	Infração I	Infração II	Soma	CSLL 9%	Saldo Negativo	CSLL devida
2005	15.628.601,16	581.781,40	16.210.382,56	1.458.934,43	0,00	1.458.934,43
2006	13.864.503,24	-171.413,05	13.693.090,19	1.232.378,12	4.051,83	1.228.326,29
2007	12.035.068,32	9.091.407,51	21.126.475,83	1.901.382,82	0,00	1.901.382,82
2008	10.388.576,90	0,00	10.388.576,90	934.971,92	897.403,71	37.568,21

Considerando, ainda, que as infrações apuradas alteraram os resultados fiscais dos períodos de apuração e das estimativas mensais, a autoridade fiscal também formalizou a exigência de multa de ofício isolada, no percentual de 50%, sobre as parcelas de estimativas que constatou não terem sido recolhidas. O cálculo das exigências está demonstrado em anexos ao Termo de Encerramento e os valores exigidos também foram sintetizados na decisão recorrida.

	2005		2006		2007		2008	
	IRPJ	CSLL	IRPJ	CSLL	IRPJ	CSLL	IRPJ	CSLL
janeiro	0,00	58.607,26	144.421,91	43.181,12	0,00	0,00	0,00	0,00
fevereiro	162.742,36	58.607,26	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
março	162.797,93	35.259,97	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
abril	0,00	81.954,54	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
maio	147.043,60	58.607,26	0,00	0,00	0,00	0,00	43.763,07	0,00
junho	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	389.981,50	0,00
julho	0,00	0,00	402.360,22	311.951,33	0,00	0,00	137.454,26	30.304,69
agosto	0,00	0,00	287.552,05	0,00	0,00	0,00	108.262,41	339.342,84
setembro	667.502,78	236.079,27	135.578,20	26.134,68	0,00	0,00	0,00	0,00
outubro	0,00	0,00	259.666,03	77.849,10	0,00	0,00	121.635,51	33.759,96
novembro	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
dezembro	0,00	178.799,77	414.839,36	92.638,28	2.011.107,11	697.053,02	311.221,86	0,00
TOTAIS	1.140.086,67	707.915,33	1.644.417,77	551.754,51	2.011.107,11	697.053,02	1.112.318,61	403.407,49

A decisão recorrida declarou não impugnada a infração decorrente da divergência entre as bases de cálculo apuradas pelo contribuinte no LALUR e aquelas informadas na DIPJ, afastou os questionamentos da interessada quanto à indedutibilidade da amortização do ágio, e apenas ajustou o valor devido a título de IRPJ no ano-calendário 2006, mediante cômputo da diferença negativa de R\$ 171.413,05, apurada pela Fiscalização no confronto entre o LALUR e a DIPJ. De sua ementa extrai-se:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

NÃO CONTESTAÇÃO - COISA JULGADA - DIFERENÇA ENTRE OS VALORES APURADOS NO LALUR E NA DIPJ

Considera-se definitivamente julgada matéria não expressamente contestada, precluindo o direito de fazê-lo posteriormente, nos termos do artigo 17 do Decreto nº 70.235/72.

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE “EMPRESA VEÍCULO”.

Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade comercial ou societária, especialmente quando a incorporada teve o seu capital integralizado com o investimento originário de aquisição de participação societária da incorporadora (ágio) e, ato contínuo, o evento da incorporação ocorreu no dia seguinte. Nestes casos, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera “empresa veículo” para transferência do ágio à incorporadora.

DIFERENÇA ENTRE OS VALORES APURADOS NO LALUR E NA DIPJ - REDUÇÃO DO IMPOSTO DEVIDO

Verificada a diferença a favor do contribuinte, do comparativo do LALUR e da DIPJ, deve ser computada na determinação do tributo devido, reduzindo a base de cálculo.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008



A solução dada ao litígio principal, relativo ao IRPJ, aplica-se no que couber, aos lançamentos decorrentes, quando não houver fatos ou argumentos novos a ensejar conclusão diversa.

MULTA ISOLADA - É o cabível o lançamento para cobrança de multa isolada pela falta de recolhimento das estimativas devidas de IRPJ e CSLL, após o encerramento do ano-calendário, obrigatório para aqueles que declaram optando pelo lucro real.

JUROS DE MORA - MULTA ISOLADA DE OFÍCIO - Cabe a incidência de juros de mora sobre a multa isolada de ofício, conforme determina o artigo 43 combinado com artigo 61, ambos da Lei nº 9.430/96.

TAXA SELIC. JUROS DE MORA.

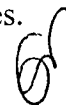
Os juros de mora, com base na taxa SELIC, encontram previsão em normas regularmente editadas, não tendo o julgador administrativo competência para apreciar arguições de sua inconstitucionalidade e/ou ilegalidade, pelo dever de agir vinculadamente às mesmas.

Cientificada da decisão de primeira instância em 14/04/2011 (fl. 1327), a contribuinte interpôs recurso voluntário, tempestivamente, em 13/05/2011 (fls. 1329/1389), no qual reprisa os argumentos apresentados na impugnação, quais sejam: 1) “preclusão” da possibilidade do Fisco questionar a legalidade dos atos societários que deram origem ao ágio; 2) aproveitamento do ágio pago na aquisição da CELPE, fazendo breves considerações acerca da operação em tela, abordando a natureza do ágio e seu tratamento tributário, bem como motivo, finalidade e congruência do negócio jurídico, a legitimidade da operação como planejamento tributário, os efeitos da incorporação de ações verificada no caso concreto em contrapartida à assunção de dívidas, a desnecessidade de pagamento e a isonomia com tratamento fiscal do deságio; 3) impossibilidade da cobrança da multa isolada em razão da falta de recolhimento do IRPJ e da CSLL por estimativa, em razão do encerramento do ano-calendário quando da lavratura do auto de infração, da inexistência de base de cálculo para aplicação da multa isolada e também da impossibilidade de cumulação com a multa de ofício; e 4) ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa, bem como da utilização da taxa SELIC para cálculo dos juros de mora.

Pede, assim, a nulidade do acórdão recorrido e o cancelamento das exigências formuladas.

Os créditos tributários considerados não impugnados foram transferidos para o processo administrativo nº 16682.720873/2011-10 (fls. 1436 e 1442/1443).

Não há registro de ciência à PFN ou contrarrazões.



Voto Vencido

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Cabe, inicialmente, apreciar a arguição de “preclusão” da possibilidade do Fisco questionar a legalidade dos atos societários que deram origem ao ágio, semelhante à manifestada nos autos do processo administrativo nº 10469.721944/2010-51, em lançamento formalizado contra a Companhia de Energia do Rio Grande do Norte (COSERN), também controlada pelo Grupo Neoenergia. Do acórdão nº 1402-00.993 colhe-se as razões para rejeitá-la, extraídas do voto vencedor do I. Conselheiro Antonio José Praga de Souza:

DECADÊNCIA (PRECLUSÃO) DA POSSIBILIDADE DE AUDITORIA DOS
ELEMENTOS CONTÁBEIS E FISCAIS DO ANO-CALENDÁRIO DE 2001 COM
REPERCUSSÃO FUTURA

A recorrente alega, em síntese, que no ano de 2010 o Fisco não mais poderia verificar a regularidade dos atos que originaram o direito ao aproveitamento do ágio, haja vista o transcurso do prazo decadencial de cinco anos entre os fatos que propiciaram o surgimento desse ágio, ocorridos no ano 2001 [aqui 2003], e a lavratura dos autos de infração.

É certo que a decadência opera no sentido do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas. Em consequência, em 2010 o Fisco não mais poderia formalizar lançamento para exigência de crédito tributário e impor penalidades quanto a infrações incorridas no ano-calendário 2004 [aqui 2003 e 2004], ou seja, constituir exigências tributárias. Isso por disposição expressa dos artigos 150 e 173 do CTN conforme acima grifado.

O “prazo de preclusão” alegado pelo contribuinte que seria de cinco anos, corresponderia ao mesmo prazo decadencial para o lançamento (constituição da obrigação tributária), previsto no CTN.

A preclusão temporal, em princípio, corresponde à perda da possibilidade do exercício de um direito em decorrência do decurso de um determinado prazo. Portanto, para que seja possível falar nesse instituto no caso em concreto, caberia ao contribuinte identificar um dever atribuído por lei à Fazenda Pública, o qual seria passível de extinção pelo decurso de prazo. Logo, “para se falar em preclusão, a lei deveria atribuir à Administração Pública o dever de glosar o ágio amortizável registrado pelo [...], ou mesmo o registrado pelo [...] após a incorporação, a partir da data dos registros contábeis”, como bem observado pela ilustre Procurador da Fazenda Nacional Paulo Roberto Riscado Junior na sustentação oral realizada durante o julgamento do presente processo.

Efetivamente, não existe essa previsão legal. Tanto o art. 142 do CTN quanto o art. 9º do Decreto n. 70.235/72 prevêem apenas o lançamento como forma de exigência do crédito tributário, retificação de prejuízo fiscal e aplicação de penalidade isolada. Não há, em lei, previsão para a glosa de ágio registrado na contabilidade em decorrência de subscrição de ações ou de incorporação nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

Com efeito, o registro do ágio na contabilidade não implica em redução de crédito tributário, em majoração de prejuízo fiscal ou em causa para lançamento de multa isolada. Repita-se: o simples registro do ágio na contabilidade não implica em fato

gerador de obrigação tributária ou em alteração, de qualquer ordem, na base de cálculo do IRPJ e da CSSL daquele período.

Ao adquirir uma participação societária com ágio, a lei autoriza a pessoa jurídica a amortizar esse valor, na apuração dos tributos por ela devidos sobre os lucros em períodos futuros, sob determinadas condições, isso porque foi exatamente a expectativa desse lucro que justificou o ágio. Apenas nessa hipótese, o ágio pago, que nunca foi e nunca será fato gerador de nenhuma obrigação tributária, passa a influenciar na apuração da base de cálculo dos tributos devidos pela empresa que o pagou.

Frise-se: o que é homologado pelo Fisco é a apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSSL realizada pelo contribuinte, não o ágio registrado, ou qualquer outro elemento patrimonial, ainda que definitivamente constituído. O prazo decadencial corre em face do fato gerador da obrigação tributária, e não sobre qualquer operação contabilizada. Apenas quando se verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária é que surge contra o Fisco o prazo para a homologação dos elementos que dão origem aos créditos passíveis de constituição.

O prazo para controle dos registros patrimoniais com possibilidade de repercussão tributária no futuro é definido em função do prazo para gozar do crédito decorrente. Neste contexto, pode a autoridade fiscal, no prazo de que dispõe para rever o período de apuração no qual foi aproveitado, exigir prova de sua efetividade e formação e, na ausência desta, negar sua utilização.

É o que o art. 37 da Lei nº 9.430/96 expressamente dispõe: “Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.”

Esclareça-se que esse dispositivo não altera o prazo decadencial para constituir o crédito tributário estabelecido no CTN, tampouco cria outro prazo decadencial qualquer, apenas viabiliza a autoria fiscal dos fatos com repercussão futura. Frise-se, mais uma vez, que o prazo decadencial é sempre norteadado pelo nascimento da obrigação tributária, ou seja, que se dá com a ocorrência do fato gerador..

Recentemente, o professor Marco Aurélio Greco manifestou o entendimento de que “não existe direito adquirido da empresa de usar o ágio mesmo depois de passados cinco anos do fato gerador.” A afirmação foi feita na V Jornada de Debates sobre Questões Polêmicas de Direito Tributário, promovida pela FISCOsoft em junho de 2011.

Para o Dr. Greco, a tese bate de frente com entendimento do Supremo Tribunal Federal. “Não se tem direito adquirido ao prejuízo, conforme disse o Supremo ao julgar a trava de 30% para redução do lucro tributável”, diz. Em 2009, o STF entendeu que a Lei 8.981/1995, que permitiu o aproveitamento, concedeu um benefício fiscal e que, por isso, não havia nada de errado com a trava de 30% por período de apuração.

Assevera ele que, enquanto o ágio não é amortizado totalmente, não existe fato consumado, apenas expectativa de direito. “A empresa espera que futuramente estará sujeita ao IR e ao regime de apuração do lucro real. Mas não existe direito adquirido a regime Ela vai se submeter àquele a que se enquadrar na data da ocorrência do fato gerador.”

Por isso, em relação aos autos de infração lavrados depois de passados cinco anos da informação do ágio ao fisco, Greco afirma que a prática é legal. “O auto não existe sozinho, mas decorre da contabilização irregular”, defendeu. “Embora a segunda conduta aconteça cinco anos depois, é causal, não bastante em si.”

Segundo ele, não há prazo para o fisco reconhecer a irregularidade, mas somente para impedir o aproveitamento. "As amortizações feitas no passado ficam consolidadas. Apenas as posteriores podem ser desconsideradas."

Tais considerações primam pela coerência e vem ao encontro da tese defendida neste voto.

Vejamos, na prática, algumas situações abusivas que podem decorrer do entendimento defendido pelo nobre recorrente (contribuintes optantes pelo lucro real anual):

i) No ano de 1998, determinado contribuinte adquire um bem não depreciable, composto por várias partes e peças, pelo valor total de \$100, mas contabiliza no ativo por \$200; nos anos seguintes permanece pelo mesmo valor em seus livros contábeis e balanços. No ano 2007, vende esse bem por \$180 e não apura ganho de capital. Sofre auditoria em 2010 e o Fisco solicita a comprovação do custo contabilizado, ele não apresenta notas fiscais de aquisição sequer das peças efetivamente compradas, alegando que o ano de 2001 já estava decaído, logo, ocorreu a preclusão do Fisco de verificar tais custos. É isso mesmo? O tempo pode homologar o que nunca existiu, e permitir que produza efeitos futuros, impedindo a constituição do crédito tributário devido? Estou certo de que a resposta é não.

ii) No ano de 1999 o contribuinte realiza a construção de uma planta industrial com vida útil de 20 anos e contabiliza regularmente os custos. No ano de 2001 inicia a depreciação a 5% ao ano. É fiscalizado em 2008 e apresenta apenas parte dos custos da construção realizada. Então? o Fisco não poderia glosar o excesso os encargos de depreciação de 2003 a 2007? Evidente que sim, pois esses encargos submetem-se ao regime de competência e o contribuinte deve fazer prova da efetividade dos mesmos, o que só é possível mantendo em boa guarda os comprovantes dos custos e despesas incorridos.

iii) No ano de 2000 o contribuinte adquire um imóvel por \$1000. Contabiliza a aquisição por \$12.000, utilizando para tanto um documento fraudado. Realiza uma incorporação em 2001, acrescentando diversos custos inexistentes. Vende esse imóvel, já fracionado, nos anos de 2001 e 2002, apurando um pequeno ganho em 2002 que é declarado e o tributo recolhido. É fiscalizado em 2008 (ano-calendário 2002). De plano alega que o ano 2002 já está decaído, afinal passaram-se mais de 5 anos da ocorrência dos fatos geradores. Todavia, com receio de o Fisco apurar a verdade dos fatos, apresenta o aludido documento de aquisição.

O Fisco efetua diligências e apura todas as fraudes tributárias.

Em relação à 3ª. situação hipotética acima ("iii"), cabe questionar: qual o amparo legal para o Fisco realizar em 2008 uma auditoria do ano de 2002, se o contribuinte estava em tese regular perante a Administração Tributária, inclusive tendo efetuado os recolhimentos? há vedação expressa em lei para a auditoria fiscal alcançar os anos de 2000 e 2001, nos quais apurou a verdade dos fatos?

Respondo: a única vedação expressa nessa hipótese "iii" é para constituição do crédito tributário relativo ao ano de 2001, em face da decadência.

Este Conselho já se manifestou sobre alegações dessa natureza em diversos acordãos. Em um deles, inclusive, o contribuinte alegou a preclusão para rever o ágio devidamente registrado na contabilidade. Trata-se do acórdão 10709.545, cuja ementa é a seguinte:

EMENTA DECADÊNCIA - OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL GLOSA DE ÁGIO. O fisco pode questionar fatos ocorridos no passado cujos efeitos fiscais se dão no futuro, pois o tempo não pode transformar em verdadeiro o que não era real, nem tampouco desfazer o que consolidou, desde que a readequação dos fatos

situados em períodos já decaídos não decorra de juízo de valor. **É o caso da formação de ágio maior por erro de cálculo, cujos efeitos fiscais somente se verifiquem no futuro, na sua amortização ou na utilização como custo na baixa.** (Grifei)

No aludido processo o contribuinte registrou o ágio de forma equivocada em 1995, mas apenas amortizou o valor em 2000. O contribuinte alegou que a fiscalização estaria proibida, face o prazo decadencial, de glosar esse ágio. Tal argumentação foi refutada pela Câmara.

Noutro acórdão, de nº 104-19.219, de 27/02/2003, que tratou da retificação de prejuízo fiscal da atividade rural de período anterior, com reflexo em outro período de apuração do tributo ainda não atingido pela decadência, a decisão também foi favorável à tese defendida por este relator. Vejamos transcrições da ementa, dispositivo e voto condutor:

Acórdão 104-19.219 de 27/02/2003

EMENTA

IRPF ANOS-CALENDÁRIO DE 1996 E 1999 – ATIVIDADE RURAL
COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS – DECADÊNCIA – ABRANGÊNCIA

O prazo decadencial vincula-se direta e exclusivamente aos fatos geradores objeto do lançamento tributário, não se aplicando a elementos advindos de ano-calendário anterior, ainda que este já tenha sido atingido pela decadência. Assim, constatando-se que o ano-calendário fiscalizado encontra-se passível de revisão, é perfeitamente cabível o lançamento resultante da retificação do valor apropriado, a título de prejuízo da atividade rural a compensar, mesmo que este tenha origem em ano-calendário abarcado pela decadência.

DISPOSITIVO

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, **REJEITAR a preliminar de decadência e, no mérito DAR provimento ao recurso**, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

VOTO CONDUTOR

“(…) De fato, a revisão de valores apurados em anos calendários anteriores já abrangidos pelo decurso do prazo decadencial é absolutamente inquestionável. **O que não implica reconhecer que o conceito de decadência abranja também a revisão de valores que, advindos de período já tomados pela decadência, venham a influir na apuração do resultado de ano calendário ainda não decadente.**

Evidentemente que o conceito decadencial não abrange tal influência. Exatamente por esta integrar as apropriações de ano calendário não decadente. Restrita a revisão à essa específica influência, respeitadas as apropriações efetuadas, ainda que incorretamente, em períodos já decadentes. Pela simples motivação de que o conceito decadencial, quer do artigo 150, § 4º, quer do artigo 173, ambos do CTN, vincula-se direta e exclusivamente ao lançamento tributário a que se referencia.

(…)

A simples leitura do dispositivo em questão evidencia de sua absoluta ressonância com o princípio da decadência, a que se reporta tanto o artigo 149, § único, como os artigos 150, § 4º, e 173, todos do CTN., como antes mencionado. Isto é, se determinada apropriação influi no resultado na apuração do crédito tributário, é passível de revisão essa circunscrita influência. Ainda que, na origem, seja legalmente carregada de período já decadente.

(Grifei)

*Veja-se que na situação versada no Acórdão 104-19.219, o contribuinte foi intimado a comprovar o saldo de prejuízos da atividade rural do ano de 1989 que foi aproveitado no ano-calendário de 1996. Diante do fato de o contribuinte ter efetuado correções a maior do aludido valor no ano de 1990, a fiscalização glosou o excesso de compensações utilizado para reduzir o tributo devido em 1996. O contribuinte alegou decadência nessa revisão, que foi rejeitada pelo Colegiado, haja vista que tais valores “**influem na apuração do resultado de ano calendário não decadente**”.*

Analisemos o Acórdão nº CSRF/04-00.054, de 21/06/2005. Vejamos sua ementa e dispositivo:

Acórdão CSRF 04-00.054 de 21/06/2005

EMENTA

IRPF RESULTADO DA ATIVIDADE AGRÍCOLA REVISÃO DE PREJUÍZO COMPENSÁVEL — DECADÊNCIA — ABRANGÊNCIA O conceito decadencial, quer do artigo 150, § 4º, quer do artigo 173, ambos do CTN, vincula-se direta e exclusivamente ao lançamento tributário a que se referencia; **não abrange a revisão de valores advindos de período anterior, já abrangido pela decadência, que influem na apuração do resultado de ano calendário não decadente, restrita a revisão a essa circunscrita e específica influência, respeitadas as apropriações efetuadas, ainda que incorretamente, em períodos já decadentes.**

DISPOSITIVO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso especial interposto pela FAZENDA NACIONAL. ACORDAM os Membros da Quarta Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso e determinar o retorno dos autos à Câmara recorrida para o exame do mérito do recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente relatório. Vencidos os Conselheiros Romeu Bueno de Camargo, José Ribamar Barros Penha e Wilfrido Augusto Marques que negaram provimento ao recurso.

VOTO CONDUTOR

No caso, a fiscalização verificou inicialmente que o prejuízo da atividade rural fora incorretamente apurado na declaração do exercício de 1995, com indevida utilização nas declarações dos exercícios posteriores (1996 a 2000). A origem da incorreção seria o fato de a contribuinte haver procedido à atualização monetária indevida dos saldos de prejuízos e de incentivos fiscais nos anos-calendário de 1989 e 1990 (fls. 12 a 18).

No acórdão recorrido, foi acolhida a arguição de decadência, sob o seguinte argumento (fls. 276) (...)

De plano, verifica-se que tal entendimento carece de base legal. No caso em apreço, o lançamento, cientificado a contribuinte em 28/09/2000, abarcou os anos-calendário de 1996 e 1999, que ainda não se encontravam atingidos pela decadência, seja qual for o ângulo pelo qual se analise.

Destarte, uma vez que os anos-calendário fiscalizados não haviam sido atingidos pela decadência, não há óbice à exigência de comprovação acerca dos elementos que de alguma forma influenciaram os respectivos lançamentos, ainda que vinculados a exercícios anteriores. Ressalte-se que os anos-calendário anteriores aos autuados, em que teria ocorrido o alegado lapso na correção dos saldos de prejuízo a compensar estes sim alcançados pela decadência não foram

revistos. O que houve foi tão-somente a retificação do valor do prejuízo a compensar, apropriado nos exercícios fiscalizados.

Nesse sentido é o Acórdão nº 104-19.219, de 27/02/2003, cujo voto vencedor foi acatado por unanimidade de votos, assim ementado: (...)

(Grifei)

Apesar de ambos os acórdãos acima terem tratado de atividade rural na pessoa física, cumpre esclarecer que a Legislação sempre estabeleceu a obrigatoriedade de escrituração para os contribuintes que desejam aproveitar prejuízos de períodos anteriores.

Aliás, na redação original da Lei 8.023, acima de determinado valor de receitas era obrigatória a escrituração comercial.

Outrossim, cumpre registrar que em situações análogas, nas quais a verificação de fatos, documentos e registros contábeis, de períodos atingidos pela decadência, com repercussão futura favorável ao contribuinte, ou seja, erros que lhe prejudicam, as decisões deste Conselho são sempre favoráveis à retificação dos lançamentos nos ainda não atingidos pela decadência, inclusive para reconhecimento de direito creditório. Cite-se como exemplo as seguintes situações em que se admite retificação favorável ao contribuinte:

- Lucro Inflacionário Inexistente. Fiscalização autua em 2000 a falta de realização do Lucro Inflacionário Diferido (parcelas realizáveis em 1996 a 1999). Somente em sede recurso, o Contribuinte verifica e alega que errou na apuração/declaração do LI de 1991, estando patente que seu Patrimônio Líquido era maior que o ativo imobilizado. Conselho exclui da base de cálculo o lucro inflacionário de 1991, e determina ainda, que as realizações mínimas de 1992 a 1995, porventura não efetuadas, sejam diminuídas do Saldo (existe inclusive súmula neste sentido). Ao fim e ao cabo, mantém-se apenas a tributação do saldo do inflacionário efetivamente existe nos anos de 1996 a 1999.

- Custo de aquisição de imóvel declarado a menor. Pessoa Física e Jurídica.

Contribuinte declara/contabiliza a menor o custo de aquisição de imóvel no ano de 1996 e seguintes. Em 2004 aliena o imóvel e não recolhe ganho de capital. Fiscalização autua em 2006 e toma como custo o valor declarado/contabilizado. Contribuinte faz prova do custo de aquisição real do imóvel. Conselho acolhe o custo efetivo, e reduz a exigência ainda que isso implique no reconhecimento de erros de escrituração e/ou declaração de períodos atingidos pela decadência.

Nesse sentido vide acórdãos deste Conselho:

Acórdão 103-21611 processo 13925.000136/2001-29

LUCRO INFLACIONÁRIO REALIZADO. DIFERENÇA DE CORREÇÃO MONETÁRIA IPC/BTNF – Havendo a pessoa jurídica, no período-base de 1990, apurado saldo devedor de correção monetária e não possuindo lucro inflacionário diferido de exercícios anteriores, não há que se falar em adição ao lucro real, a partir do período-base de 1993, do valor que corresponder à diferença entre a variação do IPC e do BTNF, de acordo com as normas de realização do lucro inflacionário.

Acórdão 105-14773 processo 10166.016076/2001-15

LUCRO INFLACIONÁRIO REALIZAÇÃO A MENOR DECADÊNCIA O início da contagem do prazo decadencial para o Fisco dá-se a partir do momento em que é possível efetuar o lançamento, no exercício financeiro em que deve ser tributada a sua realização, e não imediatamente após o termo do ano-calendário em que foi gerado o lucro inflacionário.



LUCRO INFLACIONÁRIO ACUMULADO REALIZAÇÃO A MENOR DECADÊNCIA RECOMPOSIÇÃO DE SALDO A recomposição do saldo de lucro inflacionário acumulado deve levar em consideração, para fins de decadência, as parcelas de realização do ativo da pessoa jurídica.

JUROS DE MORA SELIC Nos termos dos arts. 13 e 18 da Lei nº 9.065/95, a partir de 1º/04/95 os juros de mora serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC.

Por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, rejeitando a preliminar de decadência e, no mérito, acatar o pleito no sentido de se excluir as parcelas do lucro inflacionário que deveriam ser realizadas nos anos calendários de 1993 e 1994.

Acórdão 101-94663 processo 10410.001504/2001-68

LUCRO INFLACIONÁRIO. SALDO DA CORREÇÃO IPC/BTNF. ERRO DE FATO. Não procede a exigência de crédito tributário decorrente de erro cometido pela pessoa jurídica no preenchimento da declaração de rendimentos, tendo informado a maior o saldo credor da diferença de correção IPC/BTNF.

Acórdão 101-3740 processo 10880.008657/98-05

ERRO DE FATO. PREJUÍZOS FISCAIS. COMPENSAÇÃO: Constatado erro de fato no preenchimento da Declaração de Rendimentos, e tendo a contribuinte direito à compensação de prejuízos, procede-se a tal compensação, exonerando-se o crédito tributário lançado.

PREJUÍZO FISCAL INSUFICIENTE. DECADÊNCIA: Apesar de não haver prejuízo fiscal suficiente para compensar o lucro real apurado em determinado período de apuração, deixa-se de propor a formalização da exigência em virtude de já ter transcorrido, nesta data, o prazo decadencial para constituição do crédito tributário respectivo.

ERRO DE FATO. BASE NEGATIVA. COMPENSAÇÃO: Constatado erro de fato no preenchimento da Declaração de Rendimentos, e tendo a contribuinte direito à compensação da base negativa da contribuição social, procede-se a tal compensação, exonerando-se o crédito tributário lançado.

NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DE OFÍCIO

Acórdão 104-16265, processo 10920.000343/96-99

IRPF GANHOS DE CAPITAL CUSTO DE AQUISIÇÃO ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA Deve prevalecer para efeitos fiscais o custo de aquisição constante da Escritura Pública de Compra e Venda devidamente registrado no Registro de Imóveis, quando este for mais favorável ao contribuinte que o custo avaliado pelo valor de mercado, em 31/12/91, constante da declaração de bens relativa ao exercício de 1992. O fato gerador do imposto de renda é a situação objetivamente definida na lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. Erros ou equívocos por si só, não são causa de nascimento da obrigação tributária.

Enfim, ao contribuinte incumbe a prova da regularidade dos valores utilizados para redução da base de cálculo nos períodos fiscalizados, e a autoridade tem a prerrogativa de deles discordar, enquanto não transcorrido o prazo previsto na legislação para constituição do crédito tributário correspondente; podendo, para tanto, efetuar verificações em períodos anteriores, já atingidos por esse mesmo prazo decadencial; vedada, obviamente, a possibilidade de apuração e constituição de créditos tributários desses últimos.



Por todo o exposto, rejeito a preliminar de impossibilidade de o Fisco efetuar em 2010 a auditoria dos elementos contábeis e fiscais do ano-calendário de 1997, para glosar valores com repercussão tributária em períodos posteriores (ágio passível de amortização).

Estas as razões para, também aqui, afastar a arguição de preclusão do direito de o Fisco formalizar lançamento em 2010 para exigência de créditos tributários devidos nos anos-calendário 2005 a 2008.

Superada a arguição de decadência, passa-se à apreciação do mérito.

Consoante relatado, a acusação fiscal centra-se na falta de adição das despesas de amortização de ágio, promovidas a partir da incorporação da empresa Rio Japuri Empreendimentos e Participações S/A, em razão da qual *a fiscalizada mantém o registro contábil no ativo imobilizado (conta 1.3.2.06 3 1 - ÁGIO NA INCORP. DE SOCIED.)*. A sociedade incorporada foi constituída pela Guaraniana S/A, mediante integralização das ações que possuía na autuada, originalmente escrituradas com ágio.

Os principais argumentos da Fiscalização para concluir pela ilegitimidade de tais despesas podem ser assim sintetizados:

- O planejamento fiscal buscou apenas reduzir a carga tributária da Termopernambuco S/A, empresa rentável do grupo;
- A reestruturação societária promovida viabilizou a amortização de ágio de si mesma, sem que o patrimônio das investidoras fosse alterado, não se verificando a *finalidade do instituto da incorporação como forma de agregação de empresas*;
- A Rio Japuri Empreendimentos e Participações S/A *no período em que existiu, não apresentou qualquer movimentação negocial, exceção feita apenas para o negócio jurídico (ato formal), em 26/12/2003, de aquisição das ações da Termopernambuco S.A, por subscrição de capital (nela) pela GUARANIANA, controladora da TERMOPE e de, logo em seguida (31/12/2003), incorporação (dela) pela TERMOPE*);
- É indispensável a *confusão patrimonial do investimento* para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável.

Consta da acusação fiscal que o grupo de empresas buscou *"construir" uma situação contábil que permitisse o aproveitamento (indevido) do benefício fiscal de amortização do ágio*, realizando atos formais desprovidos de racionalidade econômica, fabricando na TERMOPE o que deveria ser o *"ágio de si mesma"*, e assim executando uma *estratégia para tentar conseguir ganho tributário em prejuízo do Fisco Federal*.

Da argumentação fiscal cabe destacar, inicialmente, as referências à finalidade da Lei nº 9.532/97, e a interpretação de nela existir a imposição de que a incorporação resulte na extinção do investimento adquirido com ágio, para que sua amortização gere efeitos imediatos na apuração do lucro tributável. A recorrente, de seu lado, também aborda os objetivos da Lei nº 9.532/97 apontando que ela veicularia *benefício fiscal de*

dedutibilidade do ágio pago na aquisição de sociedades, de modo a incentivar a prática de fusões e aquisições, especialmente quando se tratasse de estatais em processos de privatização.

Os efeitos das amortizações de ágio e deságio estão assim disciplinados no Decreto-lei nº 1.598/77:

Art. 23. [...]

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

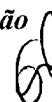
Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

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

Participação Extinta em Fusão, Incorporação ou Cisão



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

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

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

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

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

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

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

Nos casos em que a incorporação, fusão ou cisão ocorre em momento próximo à aquisição do investimento com ágio, o valor contábil do investimento é sempre superior ao acervo líquido contábil que substitui as quotas/ações extintas em razão da incorporação, fusão ou cisão, ensejando perda de capital. Para que esta perda fosse dedutível, em interpretação literal do texto, necessário seria que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão fosse avaliado a preços de mercado.

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

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

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

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em

visto o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Quanto ao ágio fundamentado em ativos ou em outras razões econômicas, a doutrina contábil orienta em sentido semelhante ao da lei, pois no primeiro caso vincula seus efeitos no resultado à realização do ativo incorporado, e no segundo caso determina sua baixa imediata, por não ser possível associar seu pagamento a algum critério que permita dimensionar sua amortização.

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

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

Diante deste contexto, defende a Fiscalização que deve ser observada a *finalidade do instituto da incorporação como forma de agregação de empresas*, com conseqüente *confusão patrimonial do investimento* para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável. Vislumbrando que, ao término das operações, *nada mudou*, pois a Guaraniana S/A permaneceu com a mesma quantidade de ações e na mesma condição de controladora da Termopernambuco S/A, destaca a Fiscalização que:



36. *A própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) reconhece distorção prevista na legislação societária, ao analisar a incorporação feita através de uma sociedade veículo, como a que ora se examina. Senão, veja-se o trecho inicial da nota explicativa à Instrução CVM nº 349, de 06 de março de 2001, que alterou a redação da Instrução CVM nº 319 e dispõe sobre as operações de incorporação, fusão e cisão envolvendo companhia aberta.*

Nota explicativa à Instrução CVM n.º 349, de 6 de março de 2001

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

Significa dizer que embora transferido o ágio para a empresa veículo, e na seqüência para a incorporadora desta, os efeitos econômicos do ágio originalmente contabilizado na controladora subsistem. Ou, nas palavras da Fiscalização, a controladora permanece com os seus investimentos na TERMOPE intocados, apenas, agora, não mais apresentado contabilmente desdobrado em "investimento + ágio".

Assim, a definição acerca do atendimento à finalidade dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 passa, primeiramente, pelo exame da validade da transferência do ágio originalmente contabilizado pela investidora para a empresa Rio Japuri Empreendimentos e Participações S/A, mediante subscrição de seu capital com o investimento por ela detido na Termopernambuco S/A.

Manifestando-se precisamente sob este aspecto da legislação, assim concluiu o I. Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães, no voto condutor do Acórdão nº 1302-00.834:

Apreciando, contudo, os fatos e a legislação a eles aplicada, inclino-me a acolher a tese expendida pela autoridade fiscal no sentido de que não encontram presentes circunstâncias capazes de autorizar a amortização do ágio em questão.

Com efeito, considerado o disposto no caput do art. 385 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (RIR/99), abaixo transcrito, descabe falar em apropriação de ágio por parte da CAMARGO CORRÊA CIMENTOS, a fiscalizada, quando resta indiscutível que quem incorreu no suposto sobrepreço foi a pessoa jurídica CAMARGO CORRÊA S/A e que a transferência das participações, dela para a fiscalizada, se deu em razão de aumento de capital e quitação de dívida.

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):

...

Alinho-me, aqui, ao entendimento esposado na peça de autuação no sentido de que o disposto no inciso III do art. 386 do RIR/99 (abaixo reproduzido) não pode ser interpretado de forma dissociada da norma estampada no caput do art. 385 do referido ato regulamentar, ou seja, o dever de segregar o custo de aquisição, no caso de avaliação de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor

de patrimônio líquido, obviamente é de quem incorreu em tal custo, e a faculdade de amortizar o ágio antes segregado não é deferida a outro senão àquele que adquiriu a participação societária com sobrepreço.

Art. 386. 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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

...

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo 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;

...

Registro que a única transferência de ágio albergada pela legislação vigor, condenada, diga-se de passagem, por robusta doutrina, é a prevista no inciso II do parágrafo 6º do art. 386 do RIR/99, que em nada se assemelha à situação sob exame.

Considerado o relato feito pela autoridade autuante, parece que a própria empresa CAMARGO CORRÊA S/A tinha conhecimento da impossibilidade, face a ausência de previsão legal, da transferência do ágio em questão, eis que, ao aportar as ações das empresas GABY 1, GABY 2 e GABY 3 na subscrição de capital feita na fiscalizada, o fez pelo valor “cheio”, ou seja, pela soma não segregada de valor de patrimônio líquido e ágio.

Apesar de concordar com a decisão de primeiro grau no sentido de que não restam configurados nos autos circunstâncias que indiquem a constituição de “empresa-veículo” no âmbito de um planejamento tributário, rejeito o argumento ali esposado de que a legislação fiscal não proíbe que a controladora repasse o controle de empresas adquirida com ágio efetivamente pago, à sua controlada, pelo valor total pago.

Não se trata, como parece crer a Turma Julgadora de primeiro grau, de vedação ao repasse de controle de empresas, mas, sim, de ausência de lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital e de quitação de dívida.

[...]

Aqui diverge-se apenas em um aspecto do que exposto pelo I. Conselheiro: não se vislumbra a necessidade de uma *lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital*. Se não há vedação legal e os atos societários são realizados com observância dos requisitos formais, e têm por objeto ágio efetivo e pago, seria necessário disposição legal específica para se negar validade aos atos societários no âmbito tributário.

Interpreta-se que o repúdio presente na doutrina acerca de incorporações reversas reporta-se à existência de ágio gerado internamente, sem substância econômica, na medida em que originado de operações entre partes vinculadas, a impedir a caracterização de uma efetiva aquisição.

Neste ponto, é necessário abrir um parêntesis para observar que, na análise dos atos societários apresentados à Fiscalização, seria possível afirmar que o ágio aqui amortizado não pode ser tomado por efetivamente existente e pago, na medida em que seu

surgimento se deu na conversão do controle exercido pela Guaraniana S/A na atuada, de indireto, por intermédio da CELPE, para direto.

De fato, veja-se o que aponta a Fiscalização:

15. Em 16/10/2003, em reunião do Conselho de Administração da GUARANIANA e da CELPE (controlada daquela), foi aprovado a desverticalização da TERMOPEERNAMBUCO, transferindo a participação detida até então pela CELPE para a GUARANIANA, por meio de compra e venda, de 253.729.720 ações ordinárias de emissão da Termopernambuco S/A, representativas de 72,57% do capital social integralizado da Termopernambuco S/A, com ágio no montante de R\$ 130.673.922,93.

16. O ágio teve como fundamento econômico e perspectiva de resultados durante o prazo de exploração da permissão/autorização delegado pelo Poder Público.

17. Com isso, a GUARANIANA que já era detentora de ações ordinárias representativas de 27,43% do capital integralizado da TERMOPEERNAMBUCO, após essa aquisição, passou a deter 100% do capital social dessa empresa.

Na seqüência, a autoridade fiscal assim descreve o ágio de R\$ 130.673.922,93 transferido à Rio Japuri Empreendimentos e Participações S/A por integralização da subscrição de capital promovida pela Guaraniana S/A em 26/12/2003: *Valor do ágio (a amortizar) pago à CELPE referente aquisição, em 16/10/2003, de 253.729.720 ações ordinárias de emissão da Termopernambuco S/A.*

Note-se, também, que ao indicar as *empresas personagens das “reestruturações societárias”*, a autoridade fiscal novamente menciona que o ágio surgiu na mudança de controle, de indireto para direto, exercido pela Guaraniana S/A em relação à Termopernambuco S/A:

[...]

B) EMPRESA INVESTIDORA

-GUARANIANA S.A. – “GUARANIANA”, atualmente, com razão social NEONERGIA S/A – “NEOENERGIA”

[...]

c) Em 16 de outubro de 2003 a GUARANIANA S.A adquiriu de sua controlada, a Celpe, 253.729.720 (...) ações ordinárias e nominativas da TERMOPE, de propriedade da CELPE (controladora da TERMOPE), com ágio no montante de R\$ 130.673.922,93. Esse ágio foi fundamentado pela perspectiva de resultados futuros na investida.

[...]

D) EMPRESA QUE VENDEU AS AÇÕES DA TERMOPE COM ÁGIO

- Companhia Energética de Pernambuco “Celpe”

[...]

b) Em 16/10/2003, data da venda das ações ordinárias do capital social da TERMOPE, a empresa Guaraniana (que adquiriu as ações com ágio) detinha 89,17% do capital total e 99,56% do capital votante da CELPE.

Por fim, ao descrever o *enredo das reestruturações societárias*, a autoridade lançadora apenas cita, de passagem, a aquisição ocorrida em 16/10/2003, e centra foco, então,

nos procedimentos realizados para amortização do ágio, a partir da criação da Rio Japuri Empreendimentos e Participações S/A, o qual *deságua na transferência para a TERMOPE do ágio com que a empresa investidora GUARANIANA adquiriu os seus investimentos nela, sem que, com isso, desaparecessem essas empresas ou sequer o investimento de A em B*. Em consequência, *ao final do enredo, tudo está como era antes, apenas que a TERMOPE “restou” na história com seu Ativo e Patrimônio Líquido majorados do exato valor do ágio (...) que a sua investidora pagou para adquirir o investimento*.

A argumentação fiscal, portanto, deixa patente que a irregularidade motivadora da presente exigência circunscreve-se, essencialmente, à amortização do ágio, sem que a empresa investidora, Guaraniana S/A, deixe de existir, subsistindo em seu patrimônio o investimento feito na Termopernambuco S/A. Nenhum questionamento é feito quanto à efetiva existência do ágio, e nada é oposto à operação de “aquisição” das ações da Termopernambuco S/A realizada entre a Guaraniana S/A e sua controlada Celpe.

A recorrente, por sua vez, ressalta que *em momento algum afirmou que o ágio teria surgido quando da subscrição do capital da RIO JAPURI com as ações da Termopernambuco S/A*, e aduz que *a análise da operação como um todo demonstra o evidente fundamento econômico para a realização dos atos societários: o ágio legitimamente pago na aquisição da Recorrente no processo de desverticalização [operação na qual a Guaraniana/Neenergia S/A “adquire” da CELPE as ações de emissão da autuada] foi adquirido pela empresa RIO JAPURI, a qual foi absorvida pela Recorrente, que passou a amortizar esse valor*.

Afirma que *o valor do ágio transferido à Recorrente em razão da incorporação da sua controlada (RIO JAPURI) estava devidamente contabilizado, nos termos do artigo 385 do RIR/99 desmembrando-se valor do investimento e ágio, bem como estava devidamente amparado em novo laudo de avaliação de ações fornecido pela Deloitte Touche Tohmatsu Auditores Independentes, datado de 31 de dezembro de 2003 (DOC. 09 anexado à impugnação)*, reproduzido na íntegra às fls. 1347/1348 do recurso voluntário, e que já constava dos autos às fls. 345/349 e 361/366.

Referido laudo, porém, apenas atesta que a validade dos critérios adotados para indicação do valor contábil do patrimônio líquido da Rio Japuri Empreendimentos e Participações S/A, na data base de 31/12/2003. Relativamente ao investimento na Termopernambuco S/A somente registra sua avaliação pelo método da equivalência patrimonial, e a redução do ágio a amortizar por provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido, indicando que o ágio teria por fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura, mas sem identificar o lastro documental desta afirmação.

A “alienação” das ações antes detidas pela CELPE está noticiada nas Notas Explicativas às suas Demonstrações Financeiras de 2003, mencionando-se que a operação foi realizada *pelo valor de R\$ 333.877, com base em laudo de avaliação econômica preparado pelo UNIBANCO – União de Bancos Brasileiros S.A. (fl. 418)*. No mesmo sentido são as Notas Explicativas às Demonstrações Financeiras da Guaraniana S/A em 2003 (fl. 509).

Referido laudo data de 25/11/2002 e foi juntado à impugnação (fls. 1220/1243). Dele se extrai:

1. Sumário Executivo

O UNIBANCO foi contratado pela GUARANIANA para proceder à avaliação econômico-financeira da TERMOPE, empreendimento de geração de energia elétrica sob o controle da contratante em face da obrigação regulatória de desverticalização entre empresas autorizadas e concessionárias de serviço público.

A TERMOPE é uma empresa cujo objeto social é a produção de energia elétrica de origem térmica, sendo formada por usinas com capacidade de produção de 523 MW e que deverá entrar em operação no ano de 2004. Seu controle acionário é exercido pela GUARANIANA, que além de possuir diretamente 26% do capital social da Empresa, detém uma participação indireta, através da Companhia Energética de Pernambuco – CELP, dos 74% restantes.

O UNIBANCO utilizou a metodologia do Fluxo de Caixa Descontado para avaliação da TERMOPE, teoria largamente aceita e tecnicamente comprovada como a que melhor consegue exprimir as potencialidades de um negócio em fase pré-operacional através da projeção das receitas e custos associados.

Na metodologia, o UNIBANCO não procedeu à avaliação de eventuais contingências passivas e superveniências ativas, nem recebeu informações desta natureza da GUARANIANA.

Na avaliação empreendida pelo UNIBANCO pelo Método do Fluxo de Caixa Descontado, encontramos o Valor empresarial de R\$ 780,7 milhões (...) o qual, deduzido do endividamento líquido de R\$ 409,3 milhões (...) resulta em um Valor para os Acionistas de R\$ 371,4 milhões (...).

Na sequência, abordando a metodologia utilizada, informa-se que a data base utilizada pelo UNIBANCO para os cálculos contidos neste Laudo foi de 30 de setembro de 2002, sendo que o período projetivo do fluxo de caixa estendeu-se até 2024, último ano da autorização concedida pela Aneel. Assim, tendo em conta itens como capacidade, produção, volume de vendas, preço e receita de vendas, e despesas da atividade, foi determinado o fluxo de caixa operacional de 2003 a 2024, que convertido a valor presente resultou no montante bruto apontado de R\$ 780,7 milhões, que ajustado por disponibilidades e dívidas ensejou a determinação de valor econômico para o patrimônio líquido da TERMOPE de R\$ 371,4 milhões, representativo de 100% das ações do capital social.

Ao final, há correspondência elaborada pelo UNIBANCO – União dos Bancos Brasileiros S/A, encaminhada em 30/11/2003 à Rio Japuri Empreendimentos e Participações S/A, que assim informa:

Vimos pela presente confirmar a V.Sas. que, na presente data, todos os critérios e premissas de avaliação da Termopernambuco, assim como todas as conclusões alcançadas na elaboração do Laudo de Avaliação continuam válidas, para todos e quaisquer efeitos, em face da ausência de fatos materiais que pudessem modificar substancialmente o valor dos ativos avaliados, conforme informado ao UNIBANCO pela Guaraniana S/A.

Ressaltamos que o valor de avaliação de 100% (cem por cento) do patrimônio líquido da Termopernambuco apurado no Laudo de Avaliação de 25 de novembro de 2002, avaliação efetuada com data base em 30 de setembro de 2002, corresponde em 30 de setembro de 2003 a R\$ 460.094.092,60 (...), de acordo com a nossa percepção sobre a atualização do valor nesse período, a qual considera a remuneração dos recursos no mercado financeiro pela variação dos Certificados de Depósito Interbancário (CDI) desde a data base da avaliação.

Este montante de R\$ 460.094 mil é a referência que, adotada, faz 72,57% das ações da Termopernambuco S/A resultar no valor “pago” pela Guaraniana S/A (R\$ 333.877

mil), consoante expresso nas Notas Explicativas de suas demonstrações financeiras de 2003. Admitindo-se como verdadeira a afirmação ali também contida, de que *o valor patrimonial das ações integralizadas à época da desverticalização era de R\$ 203.203 mil*, demonstrado estaria que o ágio originalmente “pago” de R\$ 130.674 mil teria por fundamento rentabilidade futura.

Destaque-se, nesta abordagem, a afirmação contida no laudo de fls. 1220/1243 (*A TERMOPE é uma empresa cujo objeto social é a produção de energia elétrica de origem térmica, sendo formada por usinas com capacidade de produção de 523 MW e que deverá entrar em operação no ano de 2004. Seu controle acionário é exercido pela GUARANIANA, que além de possuir diretamente 26% do capital social da Empresa, detém uma participação indireta, através da Companhia Energética de Pernambuco – CELP, dos 74% restantes*) e a anotação contida nas Notas Explicativas às Demonstrações Financeiras da Guaraniana S/A em 31/12/2003, à fl. 509, de seguinte teor: *Essa operação não altera a estrutura de controle e gestão da TERMOPERNAMBUCO, uma vez que a GUARANIANA, antes da referida operação, já era controladora indireta da TERMOPERNAMBUCO.*

Esta Relatora já se manifestou contrariamente a este tipo de operação na análise de outros casos concretos, por vislumbrar em alterações substanciais desta espécie, que elevam o valor global do patrimônio de grupos econômicos, a mera reavaliação de participações societárias promovida por seus titulares, sem a intervenção de terceiros, a evidenciar uma mais-valia que não se classifica como ágio e não é suscetível de amortização.

Todavia, a acusação fiscal não permite a discussão do dimensionamento do valor atribuído às ações da Termopernambuco S/A na alteração de seu controle, de indireto para direto, exercido pela Guaraniana S/A, mas apenas da viabilidade da amortização do ágio ali gerado e transferido à Rio Japuri Empreendimentos e Participações S/A.

Fechando o parêntesis, cumpre retornar à análise da possibilidade de amortização, com efeitos no lucro tributável, do ágio transferido à autuada mediante a utilização da empresa veículo Rio Japuri Empreendimentos e Participações S/A.

Como dito, não se vislumbra, na legislação, impedimento a esta transferência, de modo que é necessário, então, verificar se a incorporação entre a investida e esta empresa para a qual foi transferido o ágio atende aos requisitos legais para que a amortização deste afete o lucro tributável.

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

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

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

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

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do §2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à

incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

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

[...]

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

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

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

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

Em tais condições, a amortização do ágio que passou a existir no patrimônio da investida, Termopernambuco S/A, somente poderia surtir efeitos na apuração do lucro real da própria Termopernambuco S/A caso se verificasse a sua extinção, ou da Guaraniana S/A, mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, por meio da qual o ágio subsistisse evidenciado apenas no patrimônio resultante desta operação, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

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

Art. 23. [...]

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

[...]

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

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

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



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

[...]

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

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

Entende o referido autor que a partir da incorporação, *os lucros passam a ser tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de equivalência patrimonial, não tributável (Op. cit. p. 79).* Aqui, porém, os lucros permanecem tributados na investida, que os reduz mediante amortização de ágio decorrente de investimento que subsiste no patrimônio da investidora original. Deste modo, não fosse a provisão determinada pela Instrução Normativa CVM nº 349/2001, a equivalência patrimonial faria refletir no patrimônio da investidora o valor líquido dos resultados, produzindo o mesmo efeito que teria o reconhecimento bruto dos resultados da investida, associado à amortização do ágio pela investidora. A diferença está na redução da carga tributária da investida que esta manobra permite, em desrespeito ao previsto no art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Evidenciado, portanto, que não houve a extinção do investimento, inadmissível a amortização fiscal do ágio. Significa dizer que a amortização contábil do ágio transferido para o patrimônio da Termopernambuco S/A deve ser adicionada ao lucro real, e seu reflexo no patrimônio da Guaraniana S/A, mediante equivalência patrimonial, deve ser controlado na parte B do LALUR para integrar o valor contábil do investimento na apuração de ganho ou perda de capital em caso de alienação ou liquidação do investimento.

Importante destacar que o entendimento aqui firmado não pode ser comparado ao posicionamento desta Relatora expresso em declaração de voto no julgamento consubstanciado no Acórdão nº 1101-00.354, divergindo dos fundamentos do voto condutor de lavra do I. Conselheiro José Ricardo da Silva (caso Vivo):

Com a devida vênia, registro as razões de minha divergência quanto ao posicionamento do I. Relator, que acolheu os fundamentos adotados pela 5ª Turma da DRJ/Porto Alegre para exoneração parcial da exigência, bem como deu provimento ao recurso voluntário interposto pela contribuinte.

Como relatado, a Turma Julgadora restringiu as hipóteses de transferência de ágio aos casos de fusão, cisão ou incorporação envolvendo a investida e a investidora, e afastou tal hipótese no contexto presente nestes autos, no qual vislumbrou aquisição de investimento por realização de capital, em razão da qual surgiria novo ágio na

nova investidora, ao passo que a antiga investidora deve baixar seu investimento (e respectivo ágio), apurando eventual ganho de capital.

Admitiu aquela Turma Julgadora que a entrega, à “Investidora”, de ações (ou quotas de capital) de emissão da “Nova Investida” representaria um “pagamento” desta em favor daquela, e sendo ele maior que o valor patrimonial da participação societária adquirida (referente à antiga “Investida”), seria possível o registro de ágio na aquisição de ações.

E transportando estes conceitos para o caso concreto, assim concluiu o I. Relator da DRJ/Porto Alegre:

Ora, foi esta a situação que ocorreu com a criação da empresa TULA Part. Ltda.. Com efeito, a empresa “**Nova Investida**” (TULA Part. Ltda.): (1) recebe ações da antiga “**Investida**” (Celular CRT Part.) e (2) entrega à “**Investidora**” (TBS Celular Part. S/A) quotas de capital de sua própria emissão. No caso o valor “pago” pela “**Nova Investida**” – TULA Part. Ltda. (representado pelo valor de seu capital, entregue à “**Investidora**” – TBS Celular Part. S/A – na forma de quotas de capital de sua emissão) foi maior do que o valor patrimonial da participação societária adquirida (referente à antiga “**Investida**” – Celular CRT Part., entregue pela “**Investidora**” à empresa “**Nova Investida**” – TULA Part. Ltda.).

Assim, nos termos do art. 385 do Decreto 3.000, de 1999, cabe o registro de ágio na aquisição de ações, no patrimônio de TULA Part. Ltda. Por outro lado, há que ser baixado o investimento anteriormente mantido pela Investidora – TBS Celular Part. S/A – na Antiga Investida – Celular CRT Part. – podendo gerar um ganho de capital para a Investidora.

Dessa forma, depreende-se claramente que o ágio eventualmente existente na “**Investidora**” não é transferido para a “**Nova Investida**”, mas somente é baixado do ativo da “**Investidora**”, reduzindo o eventual ganho de capital a ser por ela auferido.

Isso denota que os vícios dos ágios anteriormente existentes em empresas do grupo não têm o condão de serem transferidos para o ágio surgido no patrimônio da TULA Part. S/A. Com efeito, esses vícios lograriam a existência de ganho de capital nas empresas que deram baixa de seus investimentos (e dos respectivos ágios). Entretanto, não foi esse o lançamento efetuado.

Todavia, como bem consignou o autuante nos demonstrativos anexos ao Relatório Fiscal, não houve ali ágio pago, ao qual pudesse ser associado o motivo expresso no laudo de rentabilidade futura apresentado pela empresa fiscalizada. E isto porque não houve terceiros envolvidos nesta operação, mas sim transferência da titularidade das ações entre empresas do mesmo grupo, sob controle comum.

O próprio procedimento adotado para esta transferência, e para aquelas que a antecederam, evidenciam que o ágio em questão, na verdade, formou-se quando da privatização dos serviços de telefonia, e foi sendo atribuído às empresas sucessoras/adquirentes pelo valor remanescente após as amortizações apropriadas nas empresas sucedidas/alienantes, enquanto estas eram titulares do investimento.

Ressalto que o Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações da FIECAFI (Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras, FEA/USP) elaborado por Sérgio de Iudicibus, Eliseu Martins e Ernesto Rubens Gelbcke (7ª Edição) é claro quanto à inexistência de ágio formado em operações de transferência como estas:

[...]

Logo, é necessária uma aquisição onerosa de terceiros para formação do ágio, exigência também expressa na legislação tributária:

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



[...]

Lei 9.532, de 10 de dezembro de 1997

[...]

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

Assim, se houver uma efetiva aquisição, e o patrimônio líquido da adquirida se mostrar menor que o custo de aquisição do investimento surgirá o ágio passível de amortização com efeitos na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, desde que a pessoa jurídica detentora da participação societária adquirida com ágio incorpore a investida, ou vice-versa (art. 8º, alínea “b” da Lei nº 9.532/97).

Tal tema, inclusive, já foi apreciado por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, mas em situações mais gravosas, nas quais o ágio surge internamente, mediante reorganização societária envolvendo apenas empresas sob controle comum. Neste contexto, foram as seguintes as conclusões do I. Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães, expressas no Acórdão nº 1301-00.058 e acolhidas por unanimidade pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara desta 1ª Seção de Julgamento, em sessão de 13 de maio de 2009:

[...]

Aqui, porém, a autoridade lançadora entendeu que houve formação de ágio na criação da TBH S/A, cujo capital foi integralizado mediante conferência das ações (mantidas pelos antigos acionistas) da CRT, o qual não estava devidamente fundamentado em rentabilidade futura, a inviabilizar a dedução parcial dos valores contabilizados pela autuada.

No entanto, há evidências de formação de ágio na aquisição original da CRT por aqueles acionistas, aquisição esta que se deu em razão da privatização daquela empresa, cujo Edital estipularia preço inicial fundamentado em rentabilidade futura.

Assim, no suposto de que sejam verdadeiras estas alegações contidas em recurso voluntário – até porque sua confirmação não se justifica ante o resultado do julgamento favorável à autuada, pelas razões expostas pelo I. Relator José Ricardo da Silva – o ágio transferido até o momento em que se verificou o evento previsto no art. 7º da Lei nº 9.532/97 teria fundamento, sim, em rentabilidade futura, não havendo motivo para acolher o recurso de ofício decorrente da exoneração desta exigência.

Naquele caso, a acusação fiscal centrava-se na falta de comprovação do fundamento do ágio amortizado e, admitindo-se a transferência do ágio, vislumbrou-se a possibilidade de seu fundamento em rentabilidade futura estar evidenciado no momento da aquisição em processo de privatização, o que desconstituiria a acusação fiscal, vez que não opostas outras condições para dedutibilidade do ágio amortizado. Já no presente caso, a autoridade fiscal não precisou questionar o fundamento do ágio contabilizado, pois observou que requisitos preliminares impediram a repercussão de sua amortização na apuração do lucro real.

Quanto aos demais argumentos da recorrente nestes autos, cabe consignar que:



- A aprovação da ANEEL, e a exigência anterior desta Agência de que fosse promovida a desverticalização, com a alienação das ações da Termopernambuco S/A pela CELPE não se presta a justificar o procedimento desenvolvido, na sequência, para aproveitamento do ágio sem extinção do investimento;
- A Instrução Normativa CVM nº 319/99, com as alterações da Instrução Normativa CVM nº 349/2001 não convalida o procedimento de transferência do ágio, mas sim evidencia a duplicação do efeito econômico do ágio ante a não extinção do investimento;
- A impossibilidade de extinção da NEONERGIA não autoriza a adoção de fórmulas alternativas para que a amortização do ágio surta efeitos fiscais. A legislação fiscal, em tais circunstâncias, somente autoriza a dedução do ágio no momento da alienação/liquidação do investimento;
- O registro dos atos na Junta Comercial e a ciência da Comissão de Valores Mobiliários são irrelevantes, na medida em que se admite a transferência do ágio, e somente rejeita-se os efeitos fiscais de sua amortização, aspecto sujeito à avaliação da fiscalização tributária;
- Não há porque se discutir eventual intenção de *encobrir, enganar ou impedir o conhecimento, pelo Fisco*, das operações em comento, pois não foi imputada, à contribuinte, a prática de fraude;
- A comprovação de que houve incorporação de ações da Termopernambuco S/A pela Rio Japuri Empreendimentos e Participações S/A é irrelevante, pois o investimento original subsistiu na Guaraniana S/A por seu valor integral, que reúne o ágio inicialmente contabilizado. Logo, aquela operação, associada à posterior incorporação da Rio Japuri Empreendimentos e Participações S/A pela Termopernambuco S/A, somente se prestou a duplicar o ágio no patrimônio desta última, o que não autoriza a sua amortização com efeitos fiscais, vez que subsistente o investimento na Guaraniana S/A;
- É desnecessário discutir o real fundamento do ágio, se não se verificou a absorção do patrimônio da investida pela pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio, nos termos do caput do art. 386 do RIR/99 (ou art. 7º da Lei nº 9.532/97);
- A afirmação, em proposta de emenda a projeto de lei, de que o art. 7º da Lei nº 9.532/97 representou incentivo para que empresas privadas participassem dos programas de desestatização, é insuficiente para atribuir àquele dispositivo a natureza de benefício fiscal, especialmente em face da Exposição de Motivos da lei. É possível que aquela consequência tenha decorrido da lei, mas não que esta fosse a razão de sua edição;



- Na medida em que a amortização do ágio não é incentivo fiscal, são inoponíveis ao Fisco os meios adotados pelo grupo empresarial para superar os alegados obstáculos operacionais para sua fruição;
- Caso a NEONERGIA tivesse inicialmente aportado capital em uma empresa veículo, para que esta fizesse a aquisição do investimento com ágio, não é possível afirmar que a incorporação da empresa veículo pela investida autorizaria a amortização do ágio com efeitos na apuração do lucro real, pois a empresa intermediária poderia ser desconsiderada, justamente por não apresentar justificativa outra para sua existência, que não servir como extensão do caixa da real investidora;
- Desnecessário discutir motivo, finalidade e congruência dos atos se, ao final, há duplicação do efeito do ágio na investidora original e na investida, a confirmar a necessidade de que a incorporação se verifique entre a pessoa jurídica que adquiriu a participação com ágio e a investida. Como dito, a necessidade de se promover a desverticalização não é suficiente para desconstituir o óbice à aplicação do dispositivo legal invocado pela interessada; os atos praticados demonstram que o objetivo da reorganização societária era submeter a Termopernambuco S/A ao controle direto da NEONERGIA, mas como ambas subsistiram, não há justificativa para a dedução da amortização do ágio na apuração do lucro real;
- Imprópria a associação das demais operações necessárias ao processo de desverticalização, ao contexto no qual é constituída empresa veículo para subsequente extinção. O questionamento fiscal centrou-se no procedimento de transferência do ágio, e na posterior extinção, por incorporação, da empresa veículo, e mesmo admitindo-se não vedadas estas operações, ainda assim a subsistência do investimento original na Guaraniana S/A é apta a desqualificar o planejamento tributário intentado pelas interessadas, e assim justificar as glosas promovidas pela Fiscalização;
- A caracterização de “ágio de si mesmo”, e os vícios decorrentes da realização de operações intra-grupo poderiam também ter justificado a glosa das despesas, mas a autoridade fiscal não adotou este direcionamento, como antes mencionado, de modo que não há o que se debater neste âmbito;
- Abordar o tema “incorporação de ações” para demonstrar que houve aquisição de participação societária pela Rio Japuri Empreendimentos e Participações S/A é irrelevante, pois o ágio contabilizado neste momento já havia sido formado quando a investidora original, Guaraniana S/A, contabilizou em seu patrimônio o investimento na Termopernambuco S/A. Trata-se de mera transposição temporária do valor daquele ativo para constituição da Rio Japuri Empreendimentos e Participações S/A, pois com a posterior extinção desta, incorporada



pela investida Termopernambuco S/A, aquele mesmo ativo voltou a existir no patrimônio da investidora original;

- Casos concretos apreciados em julgamento administrativo não se prestam a afirmar que a Receita Federal determina a tributação do deságio gerado em qualquer operação interna, ainda que sem substância econômica;
- Se a situação concreta aqui em análise fosse de deságio, sua amortização deveria ser excluída da base tributável da Termopernambuco S/A, e o reflexo desta amortização, no patrimônio da investidora, mediante equivalência patrimonial, deveria ser controlado no LALUR para integrar o custo do investimento em sua alienação ou liquidação.

Quanto à multa isolada, trata-se de penalidade imposta aos contribuintes que, optando pela apuração anual do lucro real, deixem de recolher estimativas ao longo do ano-calendário. Sua aplicação é cabível durante e depois de encerrado o ano-calendário, na medida em que não se confunde com o crédito tributário devido no ajuste anual, sendo irrelevante, inclusive, se o ajuste anual se mostra inferior à soma das estimativas devidas mensalmente. Constatado o descumprimento daquela obrigação acessória, é devida a penalidade aqui exigida, não se verificando cumulação com a multa de ofício, devida em razão da falta de recolhimento do tributo devido no ajuste anual.

Quanto aos juros de mora sobre a multa de ofício, são aqui adotadas as razões de decidir da I. Conselheira Viviane Vidal Wagner expressas em voto vencedor em julgamento proferido em 11/03/2010 na Câmara Superior de Recursos Fiscais, formalizado no Acórdão nº 9101-00.539, para concluir pela legalidade de sua aplicação.

Por estas razões, o presente voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.


EDELÍ PEREIRA BESSA – Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro.

Conforme a fiscalização, em 16/10/2003, a Guaraniana (atualmente Neoenergia) comprou as ações que sua controlada CELPE detinha na Termopernambuco, pagando ágio de R\$ 130.673.922,93. Com isso a Guaraniana ficou com 100% da Termopernambuco.

Em 04/11/2003, foi constituída a Rio Japuri SA. Em 26/12/2003, a Guaraniana subscreveu aumento de capital da Rio Japuri SA e integralizou este capital com a entrega das ações que tinha da Termopernambuco SA. Com esta operação a Rio Japuri SA passou a deter 100% do capital social da Termopernambuco. Em 31/12/2003, a Termopernambuco incorpora a Rio Japuri e passa a amortizar o ágio (ágio por expectativa de rentabilidade futura).

A fiscalização diz que se trata de “*ágio de si mesma*”. Afirma que “*a seqüência de ‘reestruturações societárias’ procedida simplesmente deságua na transferência para a Termopernambuco do ágio com que a investidora Guaraniana adquiriu os seus investimentos nela*”. Informa que “*a seqüência de atos praticados objetivou unicamente reduzir tributação com utilização do benefício da dedutibilidade da amortização do ágio do IRPJ e da CSLL*”. Adiciona que diversos documentos das empresas confirmam que a intenção das empresas era a transferência do ágio. Explica que o objetivo das operações era projetar na Termopernambuco o ágio pago pela Guaraniana.

O Fisco alega que não se verificou a finalidade do instituto da incorporação, pois ao término das operações, tudo ficou como era: Guaraniana detendo 100% das ações da Termopernambuco. Informa que a própria CVM reconhece a distorção da legislação societária em razão destas operações. Diz que todas as operações foram feitas por empresas do mesmo grupo. Argumenta que para ser possível o aproveitamento do ágio nos termos do art. 386 do RIR/1999, é preciso que exista a absorção do patrimônio da incorporada, pois só assim haverá a “*confusão patrimonial*”. Enfatiza que, no caso, nem a investidora (Guaraniana) e nem a investida (Termopernambuco) deixaram de existir.

A fiscalização frisa que a série de atos não passou de atos formais desprovidos de racionalidade econômica, cujo único fim foi a redução de carga tributária na Termopernambuco. Alega que esta redução só poderia ocorrer se a Termopernambuco houvesse incorporado a Guaraniana. Conclui que tudo não passou de uma estratégia para se obter ganho tributário em prejuízo do Fisco Federal.

Por outro lado, a fiscalização não questiona o montante do ágio surgido na integralização, nem seu fundamento, e nem o seu laudo. Também, não aponta qualquer óbice específico para a dedução da amortização da base de cálculo da CSLL e nem para o prazo de amortização.

Em razão destes fatos, a fiscalização adicionou o ágio deduzido da base de cálculo nos anos de 2004 a 2008, afirmando que não existiram as condições de nascimento do

ágio (art. 385 do RIR/1999) e que não existiram as condições de amortização (art. 386 do RIR/1999). Também, lançou alguns valores que o contribuinte havia reconhecido na contabilidade mas não havia tributado. Além disso, lançou a multa isolada por falta de recolhimento de estimativa.

O contribuinte se insurge contra o lançamento referente à glosa do ágio e à multa isolada.

É este o litígio e a solução depende da compreensão das regras de tributação e da percepção quanto à forma como elas se relacionam com o direito comercial e a contabilidade.

As regras de tributação utilizam-se de diversos institutos, conceitos e formas (na hipótese de incidência normalmente) e visam efeitos específicos referentes à tributação (na consequência). Muitas vezes, estes institutos conceitos e formas são tomados de empréstimo do direito privado ou de qualquer setor da vida e, nesses casos, as regras de tributação definem apenas os efeitos tributários. Outras vezes, não só os efeitos tributários são definidos nas regras de tributação, mas também os próprios institutos, conceitos e formas nelas utilizados.

Portanto, não é raro que, além dos efeitos tributários, a legislação tributária determine os próprios institutos, conceitos e formas utilizados nas regras de tributação, definindo-os de modo específico e, portanto, diferente do modo eventualmente adotado por algum ramo do direito. Nesses casos, os institutos, conceitos e formas a serem considerados nas regras de tributação são os por ela definidos.

Este é um aspecto simples, mas fundamental, na compreensão da relação entre a contabilidade (determinada pela legislação comercial) e as regras de tributação.

Também, vale lembrar que a contabilidade é um modo de comunicação de eventos econômicos. Por isso, o mesmo evento econômico pode ser contabilizado de formas diferentes, conforme o interesse do emissário/destinatário da informação contábil. Muitas vezes, a forma de contabilização proposta tem por base um juízo de adequação da comunicação. Assim, mesmo com regras de direito comercial disciplinando a contabilidade, é de sua natureza que exista um espaço de liberdade na forma de contabilizar os fatos econômicos.

De outra banda, o direito tributário disciplina a cobrança de parcela da riqueza dos particulares demonstrada nesses eventos econômicos, devendo observar os princípios constitucionais de tributação e os objetivos específicos da tributação. Por isso a tributação não poderia se submeter à forma de comunicação dos eventos adotada pelo contador de plantão, ou a forma sugerida por autoridades ou órgãos contábeis, principalmente quando se tratar de formas alternativas de registro contábil que visam apenas uma suposta maior adequação da comunicação.

É (também) por isso que a legislação tributária aceita de modo genérico os institutos, conceitos e formas da legislação comercial, mas para garantir os efeitos tributários desejados, muitas vezes disciplina um instituto, conceito ou forma de modo específico.

Por exemplo: 1) as regras de tributação do lucro real adotam o conceito de lucro líquido apurado com observância da lei comercial (art. 248 do RIR/1999), mas diversas regras tributárias ajustam este lucro líquido para fins de tributação; ou 2) as regras de tributação do lucro real determinam a escrituração com observância das leis comerciais e



fiscais (art. 251 do RIR/1999) e diversas regras de tributação alteram as definições contábeis das leis comerciais para questões fiscais ou criam adaptações para fins de tributação; ou 3) etc...

Assim, os institutos, conceitos e formas contábeis aceitos pelo direito tributário são apenas aqueles definidos na legislação comercial referendada pelas regras tributárias e desde que não conflitem com definição específica posta em regra fiscal. Caso a legislação tributária defina de modo diferente um instituto, conceito, ou forma, vale a definição fiscal para fins tributários.

O caso do ágio é um dos exemplos em que existe regra tributária específica que define o que é ágio, como deve ser calculado, seus pressupostos (aquisição da participação e fundamento econômico), e como sua amortização pode ser considerada para fins fiscais. Por isso, nesses aspectos, os institutos, conceitos e formas contábeis e as regras de direito comercial são irrelevantes.

Deste modo, para analisar a procedência da autuação é preciso ignorar a lei comercial, bem como a contabilidade dela decorrente, e observar o que dispõem os arts. 385 e 386 do RIR/1999, abaixo transcritos:

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):

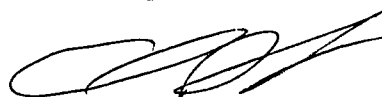
I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

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).

Art. 386. 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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

...

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo 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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

II - a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

...

Como se vê, o art. 385 do RIR/1999, define o que é ágio, estabelece quando ele surge, disciplina o seu registro e é dele que se extrai os pressupostos do ágio.

O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Ele surge na aquisição de ações por valor maior que o patrimonial. Tanto faz que o negócio se dê entre pessoas ligadas ou pessoas desconhecidas. Não existe nenhuma restrição no dispositivo sobre a proximidade das partes. Tanto faz que a aquisição decorra de uma compra, ou decorra da aceitação de ações em integralização de capital subscrito. Não existe nenhuma restrição no dispositivo sobre a forma da aquisição e aquisição é gênero, do qual a compra ou a troca, por exemplo, são espécies.

Mas, a legislação tributária exige que o ágio tenha um fundamento econômico (razão de ser da mais valia sobre o valor patrimonial), e exige que este fundamento seja explicitado. A legislação fiscal prevê as formas como este fundamento econômico pode ser expresso (valor de mercado, rentabilidade futura, e outras razões) e como deve ser determinado e documentado.

No entanto, é um grave erro confundir fundamento econômico com pagamento, ou limitar a existência de fundamento econômico às operações com terceiros estranhos ao grupo econômico. Assim, desde que exista fundamento econômico, se as ações são recebidas por valor acima do valor patrimonial, a integralização com ações dá nascimento a ágio, mesmo que o negócio tenha ocorrido entre pessoas ligadas.

Para questionar o fundamento econômico, a fiscalização precisa demonstrar que o montante do ágio ou o fundamento econômico indicado pelo contribuinte não correspondem à realidade. Mas, no presente caso a fiscalização não questionou o montante do ágio, o seu fundamento econômico ou o laudo.



Já o art. 386 do RIR/1999 permite a amortização do ágio (por resultados futuros) se houver a confusão patrimonial entre a investida e investidora. No dispositivo não há qualquer exigência de motivação econômica ou de qualquer espécie para a incorporação. O dispositivo só exige que o ágio seja em razão de resultados de exercícios futuros, nos termos em que dispõe. Além disso, nenhum dos fatos informados pela fiscalização descaracteriza a incorporação da Rio Japuri pela Termopernambuco.

Da análise dos arts 385 e 386 do RIR/1999, se percebe que não existem as vedações supostas pela fiscalização. A exigência de *motivação econômica* para a incorporação, feita pela fiscalização, não existe na lei. Por isso, os fatos descritos pela fiscalização não impedem o nascimento do ágio (art. 385 do RIR/1999) e nem a sua transferência e o direito de amortizá-lo (art. 386 do RIR/1999).

Assim, a interpretação adotada pela fiscalização, que nega a incidência da lei aos fatos que descreve, não é procedente.

Há, ainda, um outro aspecto relativo à disciplina legal do ágio que precisa ser enfocado. Afinal, parece estar aí a origem de alguns enganos do Fisco.

Constata-se que a autoridade lançadora afirma que *o ágio amortizado na Termopernambuco é o ágio que existia na Guaraniana*. Mas, tal afirmação é equivocada.

Não é possível confundir o ágio que surgiu na Guaraniana quando da aquisição das ações da Termopernambuco com o ágio que surge na Rio Japuri quando da integralização do capital subscrito pela entrega de ações da Termopernambuco. São ágios diferentes, mesmo que ambos decorram da diferença entre o valor de aquisição e o valor patrimonial das ações da Termopernambuco.

Para bem compreender a regulamentação tributária do ágio, é preciso identificar e distinguir com clareza a situação que dá nascimento a ágio e a situação que implica na transferência de ágio pré-existente. O ágio nasce com uma aquisição e se transfere por uma incorporação reversa, cisão ou fusão.

Também, é preciso não confundir a transferência das ações, por meio de alienações, com a transferência do ágio. A transferência das ações não implica em transferência de ágio, mas em extinção do ágio que havia na alienante e surgimento de novo ágio na adquirente. Já a transferência do ágio ocorre por uma incorporação reversa, cisão ou fusão.

Supor que existe transferência de ágio, quando na verdade existe um novo ágio só pode conduzir a enganos.

Por exemplo, se o novo dono de investimento efetuar uma nova alienação, terá que dar baixa do seu investimento (extinguindo o ágio) e o novo adquirente registrará o seu investimento com ágio. As ações podem ser as mesmas, mas os ágios são diferentes. Quanto mais próximas forem as alienações consecutivas, mais parecidos devem ser os ágios.

Ou seja, quando as ações da investida são alienadas subsequente, a cada alienação nascerá um ágio registrado na contabilidade da adquirente. Mas, são as ações que estão sendo transferidas e não o ágio. Nessas operações o ágio não se transfere. Ele se extingue (na alienante) e nasce (na adquirente), a cada operação. Só existirá transferência de ágio na fusão, cisão ou incorporação da investidora pela investida.



No caso em concreto, ao adquirir as ações da Termopernambuco a Guaraniana registrou um ágio no seu ativo, nos termos do art. 385 do RIR/1999, em razão da aquisição que cada uma fez.

Ao fazer a integralização na Rio Japuri, alienando as ações da Termopernambuco, a Guaraniana deu baixa no antigo investimento (Termopernambuco), apurou o ganho de capital (considerando o valor patrimonial da Termopernambuco e o ágio que pagou na aquisição *versus* o valor das ações que recebeu da Rio Japuri), e registrou o novo investimento (Rio Japuri) sem qualquer ágio. O antigo ágio não existe mais.

De outra banda, no momento da aquisição das ações da Termopernambuco, em razão da operação de integralização de capital, a Rio Japuri registrou no seu ativo as ações da Termopernambuco pelo valor patrimonial e indicou como ágio a diferença deste valor com o valor integralizado, nos termos do art. 385 do RIR/1999. Surge um novo ágio.

A operação feita (integralização com ações) tem dois efeitos: extinguiu o ágio que existia na Guaraniana, pois esta alienou o investimento que tinha na Termopernambuco; e faz surgir um novo ágio na Rio Japuri, que adquiriu as ações da Termopernambuco.

É este novo ágio na Rio Japuri é que será transferido para a Termopernambuco em razão da incorporação reversa. Lá na Termopernambuco, com base no art. 386 do RIR/1999, poderá ser amortizado.

Em resumo, do ponto de vista jurídico, o ágio registrado na Rio Japuri é um novo ágio que nasce apenas no momento em que ela adquiriu as ações da Termopernambuco. Não existe uma transferência jurídica do ágio que havia na Guaraniana para a Rio Japuri. O que foi transferido foi a titularidade das ações. Sequer em termos econômicos se pode afirmar que exista uma transferência de ágio. Embora, seja possível dizer que quanto mais próximas forem as aquisições das investidoras e a integralização, mas semelhantes devem ser estes ágios.

Assim, **e é este o ponto central da questão**, a disciplina legal a que se submete o novo ágio é decorrente de suas características, e não das características do ágio que existia na Guaraniana. Este ponto é bastante importante na disciplina da matéria e precisa estar presente, para se evitar o erro conceitual cometido pelo Fisco (supor que o ágio amortizado na Termopernambuco é o ágio que existia na Guaraniana), com os seus desdobramentos (pretender aplicar a disciplina legal de um ágio ao outro). O ágio que é amortizado na Termopernambuco é o ágio que existia na Rio Japuri, por isso, nos termos do 386 do RIR/1999, não é preciso que a Termopernambuco incorpore a Guaraniana, mas sim a Rio Japuri.

Ainda quanto à legislação tributária sobre ágio, embora não se trate de regra aplicável ao caso concreto, cabe algumas considerações sobre o art. 36 da Lei 10.637, de 2002 (conversão da Medida Provisória nº 66, de 2002). De fato, esta disposição legal é bastante esclarecedora sobre a licitude de operação de integralização com ações de outra empresa e sobre o nascimento de ágio. Vale a transcrição:

Art. 36. Não será computada, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica, a parcela correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e



integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa jurídica.

§ 1º O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido:

I - na alienação, liquidação ou baixa, a qualquer título, da participação subscrita, proporcionalmente ao montante realizado;

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

§ 2º Não será considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação, observadas as condições do § 1º.

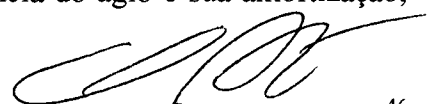
Como se vê, este dispositivo, revogado pela Lei 11.196, de 2005, permite expressamente diferir o ganho de capital, decorrente alienação de investimento por integralização com ações de outra empresa. Também, cabe notar que, se há ganho na empresa que faz a alienação, haverá nascimento de ágio na empresa que adquire as ações. Ainda, cabe perceber que não existe na lei qualquer restrição à que a integralização seja feita em empresa do grupo ou em empresa constituída apenas para receber o investimento.

Portanto, também o art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, consagra a legalidade da conduta do contribuinte.

No que tange a afirmação da fiscalização de que tudo não passou de um **estratégia** dos envolvidos para reduzir a tributação da Termopernambuco, importante frisar que a circunstância das pessoas envolvidas agirem intencionalmente para registrar um ágio na Rio Japuri e depois transferir e amortizar este ágio na Termopernambuco não opera em detrimento do contribuinte, porque todos os atos praticados estão de acordo e dentro da lei. Todos os atos foram lícitos e a fiscalização não conseguiu infirmar nenhum deles.

Além disso, considerando os fatos tal como descritos pelo próprio Fisco, se percebe que o contribuinte, para efetuar as operações que fez, não ocultou e nem falseou nenhum elemento. Por isso não há reparos a fazer na atuação do contribuinte, mesmo que esta tenha tido o fito específico de um resultado fiscal determinado.

O sistema jurídico permite que as pessoas possam dispor de seus bens, de sorte que a alienação das ações da Termopernambuco, feitas pela Guaraniana, é válida. O sistema jurídico permite que o capital subscrito na Rio Japuri seja integralizado com as ações da Termopernambuco. É a lei que reconhece o nascimento do ágio pela integralização com ações de capital subscrito, se há diferença entre o valor patrimonial das ações entregues e o valor pelo qual são adquiridas. É a lei que permite a transferência do ágio e sua amortização,



quando da confusão patrimonial da investida e investidora, se o ágio decorre de resultados futuros.

Enfim, o fato dos atos praticados visarem extinguir o ágio na Guaraniana, fazer nascer um novo ágio na Rio Japuri, e transferir este ágio para a Termopernambuco, não vicia tais operações porque todas elas são admitidas pelo direito.

Diferente seria se algum ato do contribuinte estivesse travestido de outro ou que fatos fossem ocultados do Fisco, por qualquer meio. Mas, este não é o caso.

Se a fiscalização tinha alguma suspeita sobre o laudo, sobre o montante do ágio, ou sobre o fundamento econômico indicado, deveria ter demonstrado o erro ou farsa do contribuinte. Mas, o Fisco nada fez nesse sentido, o que obriga a considerar que estes aspectos da questão estão corretos.

Outra tese do Fisco que merece análise é a de que os atos praticados poderiam ser desconsiderados, porque não teriam conteúdo econômico (ou propósito negocial), já que teriam sido praticados com o único objetivo de economia tributária. Porém, tal afirmativa está em descompasso com o ordenamento jurídico.

Como se vê, em última análise, a afirmação do Fisco consiste em sustentar que o planejamento tributário é proibido e que a economia tributária só é admissível se for accidental. Apenas por isso, já se percebe a improcedência do argumento. Mas, a análise da tese do Fisco confirma o equívoco desta interpretação da fiscalização, pois nem esta motivação vicia o negócio e nem existe lei atribuindo tal efeito.

As razões de ordem subjetiva que levam a pessoa a concluir algum negócio jurídico denominam-se motivos. Já o efeito que o negócio produz nas esferas jurídicas dos partícipes chama-se causa ou função econômica do negócio. Assim, independente da causa do negócio jurídico, se ele é praticado visando redução da carga tributária, pode-se dizer que o motivo do negócio foi economia fiscal.

Conforme o Código Civil, apenas o motivo ilícito (se for determinante do negócio e comum às partes) implica em nulidade (inciso III, art. 166 do CC). Mesmo assim, tal nulidade precisa ser declarada por um Juiz.

No entanto, salvo disposição de lei em contrário, não há como supor que a intenção de economizar tributos é ilícita. Assim, o inciso III, art. 166 do Código Civil não poderia ser aplicada sequer por juízes aos negócios jurídicos pelos quais a pessoa executa seu planejamento tributário. E, muito menos, poderia ser aplicada pela fiscalização, para efetuar lançamento de ofício.

De outra banda, não existe regra federal ou nacional que considere negócio jurídico inexistente ou sem efeito se o motivo de sua prática foi apenas economia tributária. Somente se existisse uma lei com este conteúdo é que a fiscalização poderia desconsiderar os efeitos jurídicos dos negócios.

Por oportuno, vale destacar que, considerando que em diversos ramos de atividade econômica a carga tributária pode chegar a mais de 30% do faturamento, seria improvável existir regra afastando a possibilidade de planejamento, racionalização, ou organização de atividades, cujo objetivo fosse economia tributária. Isso sem falar na



insegurança jurídica que tal regra traria, em razão da quase impossibilidade de se identificar objetivamente os efetivos motivos pelos quais as pessoas praticam os negócios jurídicos, já que estes são de ordem subjetiva.

Vê-se, portanto, que a pretensão da fiscalização de não reconhecer negócios jurídicos praticados para buscar efeitos fiscais, a par da insegurança jurídica que impõe, não tem qualquer amparo no sistema jurídico. O planejamento fiscal não é proibido e a previsibilidade da tributação é um dos seus aspectos fundamentais, que não pode ser afetado por uma atuação do Fisco sem amparo na legislação pátria.

Por fim, ainda falta tratar de outro aspecto que subjaz oculto na presente lide. Trata-se da possível argumentação de que na operação em tela existiria abuso de direito e que isso afastaria a legalidade da operação.

Ora, a figura do abuso de direito é louvável e pode ser aplicada pela Justiça para solução de alguns litígios. Mas, não existe na legislação tributária federal e nacional a previsão de lançamento de ofício decorrente de afastamento de lei, por o Fisco entender que houve abuso de direito. Não existe previsão legal para o Fisco utilizar a figura do abuso de direito para efetuar lançamentos de ofício. Também, não existe permissão para o Fisco desconsiderar situações jurídicas constituídas, ao argumento de ter havido abuso de direito. Ao contrário, o lançamento se rege pelo princípio da estrita legalidade e é atividade vinculada à lei; e a lei não pode ser afastada por alegações subjetivas de abuso de direito.

O Executivo não tem o poder de afastar a lei, mas sim de executá-la, sob pena de subversão do princípio da legalidade. Se os atos praticados são lícitos e permitidos por lei, se não são falseados ou ocultados do Fisco pelo contribuinte, a fiscalização deve reconhecer e respeitar os seus efeitos tributários. A previsibilidade da tributação, garantida pelo princípio da legalidade, é um dos seus aspectos fundamentais e não pode ser violada por juízos subjetivos do agente fiscal de abuso de direito.

Para efetuar o lançamento, a fiscalização não precisa (e nem pode) recorrer às figuras de direito civil, utilizadas por juizes imparciais para soluções de litígios entre as pessoas. O Fisco não precisa (e nem pode) recorrer às figuras da simulação, abuso de direito, fraude a lei ou demais previstas no Código Civil, que são utilizadas pela Justiça para resolver litígios.

A fiscalização tem poderes específicos e disciplinados na legislação tributária. Tais poderes, permitem façanhas semelhantes (mas não idênticas) às atribuídas aos juízes pelo Código Civil.

Para efetuar o lançamento, a fiscalização pode apontar os fatos que entende ocorridos, pode afastar os que entende não ocorridos ou falseados, pode aplicar o direito que entende aplicável aos fatos verificados, e pode cobrar o tributo conforme sua convicção, sem ter de recorrer a qualquer figura do Código Civil. **A única exigência da lei é que o Fisco comprove os fatos que confirmam o direito que aplica.** Mas, isso não ocorreu no caso concreto.



A segurança jurídica, ao lado da justiça, é um dos pilares do sistema jurídico.

Por todas estas razões, voto pelo provimento do recurso voluntário, no aspecto da amortização do ágio.

Sessão, 4 de dezembro de 2012.



CARLOS EDUARDO DE ALMEIDA GUERREIRO - REDATOR

Declaração de Voto

Conselheira NARA CRISTINA TAKEDA TAGA