



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

Processo n° 18471.000999/2005-29
Recurso n° 154.723 De Ofício e Voluntário
Acórdão n° **1301-000.711 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 19 de outubro de 2011
Matéria IRPJ e CSLL
Recorrentes 4ª Turma de Julgamento da DRJ no Rio de Janeiro
Tele Norte Leste Participações S/A

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003

Ementa: SIMULAÇÃO - Configura-se como simulação, o comportamento do contribuinte em que se detecta uma inadequação ou inequivalência entre a forma jurídica sob a qual o negócio se apresenta e a substância ou natureza do fato gerador efetivamente realizado, ou seja, dá-se pela discrepância entre a vontade querida pelo agente e o ato por ele praticado para exteriorização dessa vontade.

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO – ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO – INOCORRÊNCIA. No contexto do programa de privatização das empresas de telecomunicações, regrado pelas Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto nº 2.546/97, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.

ABUSO DE DIREITO- A figura de “abuso de direito” pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio.

Processo nº 18471.000999/2005-29

Acórdão n.º 1301-000.711

SI-CFII
Fl. 2

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido- CSLL

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003

LANÇAMENTO DECORRENTE - Repousando o lançamento da CSLL nos mesmos fatos e mesmo fundamento jurídico do lançamento do IRPJ, as decisões quanto a ambos devem ser a mesma.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária** da Primeira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso voluntário e NEGAR provimento ao recurso de ofício.

(documento assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior

Presidente

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri

Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros: Alberto Pinto Souza Junior, Waldir Veiga Rocha, Paulo Jakson da Silva Lucas, Valmir Sandri, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

A pessoa jurídica Tele Norte Leste Participações S/A. foi submetida a um procedimento de fiscalização com vistas a, dentre outros objetivos, verificar a regularidade da incorporação, pela fiscalizada, da empresa 140 Participações S/A. A fiscalização concluiu que (fls. 505/516 do Termo de Verificação Fiscal):

As operações que resultaram na incorporação da empresa 140 Participações S/A., foram simuladas (fls. 540 da Representação Fiscal para Fins Penais), cujo objetivo era especificamente o enquadramento em situação jurídica que propiciava redução de pagamento de tributos pela Tele Norte Leste Participações S/A., devendo os negócios jurídicos, que compuseram o planejamento tributário ser afastados, porque se apegam tão-somente à literalidade da estipulação.

De acordo com a fiscalização, *“não se denota nenhuma finalidade econômica na aproximação dos interessados. Existia a possibilidade jurídica, mas não a vontade sincera de transferir as ações para empresa diversa da verdadeira adquirente. Mesmo admitindo como válida a transferência dos ativos para a empresa 140 PARTICIPAÇÕES, prevalece o fato de que jamais existiu vontade efetiva, haja vista que os documentos (...) explicitavam que o objetivo das partes, seria a economia fiscal”*.

Assim, em decorrência dos atos praticados, a autoridade fiscal promoveu a glosa da dedução das amortizações do ágio registrado no balanço de incorporação da empresa 140 Participações S/A. pela Tele Norte Leste Participações S/A., resultando na lavratura de autos de infração relativos ao Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), alcançando os anos-calendário de 2000, 2001, 2002 e 2003, com imposição da multa qualificada (150%).

Por bem colocado, tomo como empréstimo a descrição dos fatos e a descrição da impugnação feita pelo ilustre relator de primeira instância, alterando-lhe a numeração dos parágrafos:

“Da descrição dos fatos

1. A cronologia dos atos praticados pela interessada, que culminaram na lavratura dos autos de infração sob exame, é a seguinte:

1.1. a TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A. submeteu-se, em 1998, ao processo de desestatização das Empresas Federais de Telecomunicações, mediante cisão de parte do acervo da Telecomunicações Brasileiras S/A — Sistema Telebrás (Edital MC/BNDES nº01/1998, de fls. 291);

1.2. a UNIÃO, na condição de acionista controladora da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A e mediante Contrato de Compra e Venda de Ações Ordinárias da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A com opção de pagamento parcelado (fls. 292/299), celebrado em 04/08/1998, vendeu 64.405.151.125 de ações ordinárias de emissão desta Companhia, representativas de 51,79% do capital votante, por R\$ 3.434.000.108,00, a

CONSÓRCIO constituído pelas empresas Construtora Andrade Gutierrez S/A, Inepar S/A Indústria e Construções, Macal Investimentos e Participações Ltda, Fiago Participações S/A, Brasil Veículos Companhia de Seguros e Companhia de Seguros Aliança do Brasil, mediante pagamento de 40% à vista e o restante em duas parcelas iguais, com vencimento em 04/08/1999 e 04/08/2000;

1.3. o valor de venda superou o patrimônio líquido contábil (PL) da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, envolvendo parcela substancial de ágio;

1.4. em Assembléia Geral Extraordinária, datada de 09/10/1998, a GUANACO PARTICIPAÇÕES S/A, sociedade constituída em 29/07/1997 pelos mesmos acionistas participantes do CONSÓRCIO, alterou sua razão social para TELEMAR, PARTICIPAÇÕES S/A, ocasião em que seus acionistas resolveram alterar o objeto da Companhia, que passou a ser "a participação exclusiva no capital da sociedade TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A", conforme estabelecido em Ata (fls. 300/301);

1.5. em 27/07/1999, foi firmado o Primeiro Termo Aditivo ao Contrato de Compra e Venda de Ações Ordinárias de Emissão da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A (fls. 311/313), do qual participaram a UNIÃO, o CONSÓRCIO e a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A;

1.6. a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A assume, como sucessora, a integralidade das obrigações contratuais detidas pelo CONSÓRCIO, inclusive a forma e as condições de pagamento das ações adquiridas (cláusula primeira do Termo Aditivo);

1.7. o Laudo de Avaliação e Verificação das ações da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A (fls. 321/340) adquiridas, elaborado por auditores independentes, em 28/07/1999, registra que, de acordo com a administração do CONSÓRCIO, as ações da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A deverão ser vertidas para a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A, tendo como contrapartida a assunção por esta empresa de dívidas das companhias integrantes do CONSÓRCIO;

1.8. em 28/07/1999, o CONSÓRCIO e a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A celebram, em 28/07/1999, Instrumento Particular de Assunção de Dívidas, Dação em Pagamento e Outras Avenças (fls. 354/365), onde consta, basicamente: (i) esclarecimento sobre a formação do CONSÓRCIO, cujos componentes acordaram pela transferência da participação acionária adquirida 'no leilão de privatização para uma Sociedade de Propósito Específico — a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A - que seria a sucessora de todos os direitos e obrigações advindas da participação de cada consorciada no leilão; (ii) a assunção da TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A como sucessora da integralidade das obrigações contratuais do CONSÓRCIO; e (iii) o compromisso do CONSÓRCIO de se reunir em Assembléia Geral Extraordinária para aprovar a alteração do Estatuto Social com vistas ao aumento do capital social da TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A (cláusula terceira);

1.9. em Assembléia Geral Extraordinária realizada em 28/07/1999, os acionistas da TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A deliberam, conforme Ata Sumária (fls.314/320), pelo aumento do capital social da Companhia, por subscrição, de R\$ 40.000,00 para R\$ 2.187.616.239,00, através da emissão de 1.201.475.392 novas ações ordinárias e 986.100.847 novas ações preferenciais classe B, todas sem valor nominal, pelo preço de emissão de R\$ 1,00 cada uma, integralmente subscritas naquele ato;

1.10. a integralização de parte do aumento do capital social da TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A deu-se em bens, representados por: a) 16.157.053.429 de ações ordinárias escriturais de emissão da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, ao valor de R\$ 0,06663 por ação; b) direitos decorrentes de contratos de opção de compra de ações; e c) créditos existentes;

1.11. em 28/07/1999, foi firmado Instrumento Particular de Compra e Venda de Ações Ordinárias de Emissão da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, através do qual algumas empresas participantes do CONSÓRCIO (Construtora Andrade Gutierrez S/A, Inepar S/A Investimentos em Telecomunicações e Macal Investimentos e Participações Ltda), com interveniência das demais, efetuaram a venda para a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A do montante de 2.102.148.342 de ações ordinárias escriturais do capital social da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, pela importância de R\$ 140.066.144,00;

1.12. em 26/11/1999, os antigos sócios pessoas físicas da 140 PARTICIPAÇÕES S/A, sociedade constituída em 07/10/1998, vendem à TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A o total de ações ordinárias nominativas e preferenciais nominativas que possuíam na sociedade (recibos de fls. 371/372); em 29/11/1999, Assembléia Geral Extraordinária da TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A (fls. 403/405) aprova a indicação de empresa para proceder à avaliação das 64.405.151.125 de ações ordinárias de emissão da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A de propriedade da TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A;

1.13 em 29/11/1999, Assembléia Geral Extraordinária da TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A (fls. 403/405) aprova a indicação de empresa para proceder à avaliação das 64.405.151.125 de ações ordinárias de emissão da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A de propriedade da TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A;

1.14. Laudo de Avaliação elaborado em 29/11/1999 (fls. 406/412) estabelece o valor de, pelo menos, R\$ 4.267.023.343,13, para as 64.405.151.125 de ações ordinárias nominativas e sem valor nominal de emissão da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, de propriedade da TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A, apurado para a data de 31/10/1999, com base no método de avaliação patrimonial — valor líquido contábil;

1.15. em 30/11/1999, Ata da Assembléia Geral Extraordinária da 140 PARTICIPAÇÕES S/A aprova Laudo de Avaliação e o aumento de capital da Companhia de R\$ 1.000,00 para R\$ 4.267.023.343,13 (fls. 432/435),

mediante a emissão de 64.405.151.125 ações ordinárias nominativas sem valor nominal, pelo preço de emissão de R\$ 0,06625282712 cada uma, totalizando R\$ 4.267.023.343,13, inteiramente destinados à conta de capital, totalmente subscritas e integralizadas pela acionista TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A, com as ações mantidas em seu poder, de emissão da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, sendo transferido o investimento para a 140 PARTICIPAÇÕES S/A e permanecendo na TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A o passivo resultante da aquisição das ações da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A no leilão de desestatização, passando a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A a manter, então, o controle indireto da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A;

1.16. a integralização do capital tornou a 140 PARTICIPAÇÕES S/A subsidiária integral da TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A, tendo havido, no caso, uma incorporação de ações;

1.17. Assembléia Geral Extraordinária realizada em 30/12/1999, pela TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, conforme Ata (fls. 438/450), visando a aprovação de Laudo de Avaliação do patrimônio líquido contábil da 140 PARTICIPAÇÕES S/A, em 30/11/1999, e de Protocolo e Justificação da Incorporação da 140 PARTICIPAÇÕES S/A;

1.18. em Assembléia Geral Extraordinária, realizada em 30/12/1999, a acionista TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A resolve aprovar a incorporação da sociedade 140 PARTICIPAÇÕES S/A ao patrimônio da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A e a conseqüente extinção da 140 PARTICIPAÇÕES S/A, com base no seu valor contábil, mediante o recebimento pela acionista da sociedade incorporada - a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A - de 64.405.151.125 de ações ordinárias da sociedade incorporadora TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, conforme laudo de avaliação do investimento, tendo sido verificado ágio no balanço de incorporação;

1.19. devido à incorporação, a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A recebeu, assim, em substituição das ações da 140 PARTICIPAÇÕES S/A, ações da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A na mesma quantidade e espécie das ações originais, sub-rogando-se nos mesmos direitos e obrigações, sem que tenha havido alteração no capital da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A no momento da incorporação;

1.20. observado o disposto na Instrução CVM nº 319, de 03/12/1999, em razão de constituir a 140 PARTICIPAÇÕES S/A sociedade controladora da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, foi registrado no Ativo Diferido da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A o valor de R\$ 2.464.787.233,00, equivalente ao montante pago como ágio para a aquisição do controle da Companhia, em contrapartida a conta de patrimônio líquido denominada "Reserva Especial de Ágio", para amortização no prazo de 60 meses, com base na expectativa de rentabilidade futura das sociedades controladas pela TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A;

1.21. havia previsão para que ao término de cada exercício social em que a TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A viesse a gozar do benefício fiscal da amortização do ágio, a parcela da "Reserva Especial de Ágio" correspondente a tal benefício seria objeto de capitalização em proveito do acionista controlador (TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A), ficando o respectivo aumento de capital sujeito ao direito de preferência dos demais acionistas, conforme previsto no parágrafo 1º do artigo 7º, da Instrução CVM nº 319/1999;

1.22. na medida em que o benefício fiscal da amortização do ágio foi gerado através da redução efetiva da carga tributária, foram emitidas ações da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A para a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A;

1.23. em 28/04/2000, foi aprovado em Assembléia Geral Ordinária aumento do capital social da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, mediante a incorporação da "Reserva Especial de Ágio", correspondente à contrapartida do benefício fiscal auferido pela TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, em decorrência da amortização parcial do ágio resultante da operação.

2. O Termo de Verificação elaborado pelo autuante, às fls. 505/516, que ampara os autos de infração, apresenta os seguintes esclarecimentos:

2.1. após uma sucessão de contratos e aditivos, a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A tomou-se, até 30/11/1999, controladora da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, data em que aumenta e integraliza o capital da 140 PARTICIPAÇÕES S/A, da qual era proprietária de 100% do capital, com as ações da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, tornando a 140 PARTICIPAÇÕES S/A controladora da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A;

2.2. em 30/12/1999, a TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A incorpora sua controladora, a 140 PARTICIPAÇÕES S/A;

2.3. o "Protocolo e Justificação da Incorporação da 140 Participações S.A. na Tele Norte Leste Participações S.A." (fls.454/456), menciona o objetivo principal da operação: a conseqüente dedução do ágio, ferindo a vontade da lei;

2.4. a documentação apresentada (fls. 464/469) permitiu a constatação do fundamento e da regularidade do registro do ágio, em 31/07/1999;

2.5. a legislação tributária permite a dedução da amortização do ágio na aquisição de ações somente após eventos específicos, dentre eles a incorporação, nos termos dos artigos 385, incisos I e II, § 2º, inciso II, 386, inciso III, § 6º, incisos I e II, 391 "caput" e parágrafo único, e 426, inciso II, todos do RIR/1999;

2.6. realizada a incorporação, não houve nenhuma modificação na titularidade das ações;

2.7. os negócios jurídicos que compuseram o planejamento tributário devem ser afastados, porque se apegam tão-somente à literalidade da lei, não se denotando nenhuma finalidade econômica na aproximação dos interessados;

2.8. existia a possibilidade jurídica, mas não a vontade sincera de transferir as ações para sociedade diversa da verdadeira adquirente;

2.9. ainda que se admita como válida a transferência dos ativos para a 140 PARTICIPAÇÕES S/A, jamais existiu vontade efetiva, pois os documentos apresentados explicitam que o objetivo das partes seria a economia fiscal;

2.10. a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A, instada a se pronunciar sob a legalidade fiscal das operações realizadas, não tece considerações sobre a aplicabilidade da combinação do artigo 149, inciso VII, do CTN, com o artigo 51 da Lei nº 7.450/1985, ao qual o item 6 do Parecer Normativo nº 48/1987 faz menção expressa;

2.11. a inobservância pela TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A da legislação de regência, resultou na adição ao lucro líquido do exercício e à base de cálculo da CSLL, dos anos-calendário de 2000 a 2003, apurados de acordo com as DIPJ correspondentes (fls. 07/279), dos valores correspondentes às amortizações do ágio na aquisição das ações da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, ensejando a lavratura dos autos de infração do IRPJ e da CSLL.

Da impugnação

3. Inconformada com os lançamentos, dos quais tomou ciência em 07/07/2005, nos próprios autos de infração (fls. 517 e 524), apresentou a interessada, em 05/08/2005, a impugnação de fls. 575/599 e 602/605, instruída com os documentos de fls. 606/799 e 802/811, requerendo o cancelamento dos autos lavrados, pelos seguintes motivos:

3.1. a Fiscalização considerou inaplicável o disposto no artigo 386, do RIR/1999 - que assegura a dedutibilidade da amortização do ágio quando este for fundamentado na diferença de valor de mercado ou em previsão de rentabilidade futura, nos casos em que houver absorção de patrimônio por incorporação, fusão ou cisão — sob o entendimento de ter havido a implementação de um planejamento tributário para o aproveitamento do benefício legal de dedução da amortização do ágio, muito embora o fundamento e a regularidade de seu registro, em 31/07/1999, tenham sido atestados pelo fiscal autuante;

3.2. os requisitos normativo exigidos pelo mencionado dispositivo legal estiveram, porém, presentes no ato praticado;

3.3. a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A tornou-se a "holding" da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A (fls. 636/645), visto que os antigos associados do CONSÓRCIO capitalizaram a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A com as ações adquiridas no leilão, baseando-se em laudos contábil e econômico, transferindo para a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A as obrigações por eles assumidas com a União, especialmente o pagamento das duas parcelas restantes do preço (fls. 647/707);

3.4. as ações da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, adquiridas pelo CONSÓRCIO TELEMAR no leilão, por valor superior ao seu valor de patrimônio líquido contábil (PL), foram capitalizados na TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A, que desdobrou o custo de aquisição dos investimentos na controlada, indicando seu valor de PL e o ágio na aquisição, este correspondente à diferença a maior entre o preço de aquisição do investimento e o montante do PL da controlada, ficando a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A com a incumbência de indicar o fundamento econômico do ágio, qual seja, a perspectiva de rentabilidade futura da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A;

3.5. a hipótese subsumia-se, exatamente, ao disposto no artigo 7º da Lei nº 9.532/1997, que autoriza, no caso de junção de empresas, por fusões ou incorporações, adquiridas com ágio por rentabilidade futura, em que uma delas detenha investimentos na outra, que o produto da amortização do ágio seja computado no lucro real da empresa resultante da junção, à razão de até 20% ao ano, gerando um ativo diferido amortizável à razão de 1/60 por mês;

3.6. a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A, contudo, como de resto a maioria das empresas que adquiriram o controle das empresas privatizadas, registrava um passivo vinculado à aquisição do controle da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, razão pela qual a incorporação da TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A pela TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A seria inviável, pois esta, como sucessora, herdaria a obrigação referida, resultando em prejuízo para os acionistas minoritários, inclusive com redução dos dividendos, já que os lucros seriam reduzidos devido à amortização do ágio (artigo 117, § 1º, "b", da Lei das S/A e Instruções CVM nº 319/1999, 320/1999 e 349/2001), além de outros inconvenientes negociais, como a perda de controle e do nome TELEMAR, pelo qual a empresa já começava a ser conhecida;

3.7. a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A, por essa razão, a exemplo do que ocorrera com as outras empresas privatizadas, optou por realizar outra operação, qual seja, a aquisição de empresa que ainda não havia entrado em fase operacional, denominada 140 PARTICIPAÇÕES S/A, integralizando, logo em seguida, aumento de capital, e transferindo a esta empresa a totalidade de seus investimentos na TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A pelo valor contábil (custo de aquisição), passando a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A a controlar indiretamente a TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A;

3.8. o investimento, desse modo, migrou para a 140 PARTICIPAÇÕES S/A, que desdobrou o custo do investimento na TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A pelo método de equivalência patrimonial, registrando a diferença como ágio com fundamento em rentabilidade futura, enquanto que o passivo resultante da aquisição da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A permaneceu na TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A;

3.9. para evitar que a amortização do ágio viesse a diminuir os dividendos devidos aos acionistas minoritários da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, a 140 PARTICIPAÇÕES S/A registrou provisão, vinculada à conta de investimento na TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, como prescrito nas Instruções CVM, remanescendo valor líquido equivalente ao da economia fiscal que a incorporação da 140 PARTICIPAÇÕES S/A propiciaria à TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A;

3.10. em dezembro/1999, a TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES incorporou, por fim, a 140 PARTICIPAÇÕES S/A, passando a existir, de fato, duas empresas: a investidora TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A, com registro de ágio em investimento por expectativa de rentabilidade futura, e a sociedade investida TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A;

3.11. razões de cunho societário justificavam, contudo, a adoção da outra forma de incorporação que, igualmente, atenderia aos requisitos do art. 386, do RIR/1999, a saber: a) a 140 PARTICIPAÇÕES S/A passou a deter participação societária na TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A;) houve uma aquisição, que pode se dar por todas as formas possíveis, inclusive mediante integralização de capital, como foi o caso, já que dispositivo legal não o restringe, além de se tratar de forma expressamente prevista no art. 70 da Lei das S/A; c) a participação foi adquirida com ágio apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-lei nº 1598/1977 (art. 38 do RIR/1999); d) ao adquirir a participação societária na TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, a 140 PARTICIPAÇÕES S/A, avaliando investimento pelo valor do patrimônio líquido, desdobrou o custo de aquisição (valor da capitalização) em valor do patrimônio líquido e ágio; e) fundamento do ágio, de acordo com o laudo de avaliação da participação na TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, foi a rentabilidade com base em previsão dos resultados de exercícios futuros, de acordo com o § 2º d artigo 385, do RIR/1999, ocorrendo, por fim, a incorporação da 140 PARTICIPAÇÕES S/A pela TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A;

3.12. verifica-se, desse modo, que a 140 PARTICIPAÇÕES S/A e a TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A reuniam as condições para que fosse aplicado o tratamento previsto no artigo 386 do RIR/1999 (artigos 7º e 8º, da Lei nº 9.532/1997), caso ocorresse a incorporação de uma pela outra, conforme se deu na realidade, sendo que tais condições foram cumpridas;

3.13. a lei requer tão-somente, para efeito de amortização, que o ágio seja apurado na forma do artigo 385 do RIR/1999, logo não se

pode ir além do que dispõe a lei, razão pela qual seu aplicador não pode criar, no plano dos fatos, impedimentos não previstos na norma, como, por exemplo, o de vedar à TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A direito à integralização de capital de terceira empresa com o investimento da TELE NORTE PARTICIPAÇÕES S/A, muito embora a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A pudesse incorporar ou ser incorporada;

3.14. a Fiscalização parte da premissa equivocada de que a incorporação foi arquitetada para obter o benefício da amortização do ágio quando, em verdade, o benefício já estava assegurado: bastava que a TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A incorporasse a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A, o que somente não foi feito por razões de caráter societário;

3.15. o artigo 117, § 1º, "b", da Lei das S/A, afirma peremptoriamente ser modalidade de exercício abusivo do poder de controle (por isso vedada, sob pena de responsabilização do controlador pelos danos causados) a incorporação com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas;

3.16. caso houvesse a simples incorporação da TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A pela TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A os acionistas minoritários seriam prejudicados de duas formas: primeiro, porque tendo a participação na TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A sido adquirida pela TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A mediante a assunção de um passivo, a TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A passaria a ser responsável por esse passivo, o que traria reflexo patrimonial negativo para os acionistas minoritários, e em segundo lugar, porque a amortização do ágio por rentabilidade futura contra os lucros a serem obtidos reduziria os dividendos futuros dos acionistas;

3.17. em ambas as situações, haveria vantagem indevida do acionista controlador em prejuízo dos minoritários, o que motivou a CVM a expedir normas sobre o tema, logo, a integralização de capital na 140 PARTICIPAÇÕES S/A com as ações da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A teve por objetivo evitar esse prejuízo aos demais acionistas, ou seja, a operação foi guiada por razões de cunho societário, e não fiscal;

3.18. com este procedimento, não obteve a TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A qualquer vantagem fiscal indevida, muito menos ficou caracterizada a prática de uma ilicitude com dano ao Erário, não sendo praticados atos com o fim de obter-se tratamento fiscal mais benéfico, pois o que se deu foi mera aplicação da lei;

3.19. não ocorreram, no caso, simulação, dolo, fraude ou mesmo abuso de direito, tanto é assim que a autuação não demonstra a ocorrência de qualquer dessas figuras jurídicas, limitando-se a indicar os dispositivos que entendeu violados;

3.20. o próprio fiscal autuante reconhece que a empresa possuía outros motivos para optar pela modalidade de incorporação adotada, conforme

descrito no Termo de Verificação, reconhecendo a existência de propósitos a justificá-la;

3.21. as alegações da Fiscalização são, ademais, improcedentes, pelos seguintes motivos: a) não é possível desconsiderar negócios jurídicos válidos com base no parágrafo único do art. 116 do CTN (acrescentado pela Lei Complementar nº 104/2001); b) os atos praticados não configuram simulação ou fraude, a ponto de propiciar a aplicação do artigo 149, VII, do CTN; c) também não se pode falar em abuso da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A por falta de seu elemento material — dano efetivo — e de motivos para a prática de abuso; e d) não são aplicáveis o artigo 51 da Lei nº 7.450/1985 e o Parecer Normativo CST nº 46/1987;

3.22. a Fiscalização afastou os negócios jurídicos realizados, com fundamento nos artigos 116 e 149, inciso VII, do CTN, todavia, tal regra de desconsideração veio a ser introduzida no art. 116 com a edição da Lei Complementar nº 104/2001, desde que observados procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária;

3.23. muito embora a Medida Provisória nº 66/2002 tenha estabelecido nos artigos 13 a 19 a forma pela qual deveria se pautar a atuação da Administração, tais dispositivos foram rejeitados pelo Congresso Nacional, logo, as atribuições fixadas pelo art. 116, parágrafo único, do CTN, continuam dependendo de regulamentação específica, impedindo o exercício da competência da autoridade administrativa, conforme, inclusive, manifestação neste sentido do Conselho de Contribuintes, através dos acórdãos 101-93.704, 101-94.340, 101-94.127 e 106-14.480;

3.24. além de o dispositivo ter sua eficácia contida, condicionada à regulamentação por lei ordinária, em qualquer hipótese não poderia a norma fundamentar a presente atuação, visto que a Lei Complementar nº 104, de 10/01/2001, foi editada posteriormente ao período em que foram implementadas as diversas operações pela interessada e pelas empresas a ela ligadas (2º semestre de 1999);

3.25. assim, não poderiam ser atingidos os atos praticados pela TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, sob pena de violação aos princípios da irretroatividade e anterioridade da legislação tributária, inseridos no art. 150, inciso III, "a" e "b", da Constituição Federal, não se sustentando a atuação com base neste fundamento, como aliás parece ter sido reconhecido pela própria Fiscalização ao final do Termo de Verificação; quanto a ser simulação:

3.26. ainda que as novas disposições do parágrafo único do artigo 116 do CTN fossem de aplicação imediata, não houve, no caso, dissimulação da ocorrência do fato gerador do tributo ou da natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, pois, na situação em análise as operações examinadas pela Fiscalização efetivamente ocorreram e se houveram de forma ostensiva, transparente e com publicidade, foram objeto de auditoria, assim como os registros contábeis e societários, sendo certo

que seus efeitos jurídicos foram rigorosamente observados, sujeitando-se as partes às consequências jurídicas próprias dos atos e operações praticados;

3.27. a simulação caracteriza-se pela duplicidade de negócios, o declarado e o oculto, porém, no caso, não existiu essa duplicidade, eis que foi realizado um único negócio, real, verdadeiro, não tendo a Fiscalização negado sua existência, tampouco demonstrado a existência de outro negócio a encobrir os declarados;

3.28. não havendo prova da existência e prática de um negócio oculto e de que o negócio declarado não teria sido realizado, não se pode falar em simulação, conforme, inclusive, posicionamento do Conselho de Contribuintes através do acórdão nº 101-93.983/02, sendo certo que, o auto de infração sequer demonstra ou positivamente afirma a existência de simulação no caso, limitando-se a dizer que não houve "vontade sincera" ou "vontade efetiva" de transferir as ações, porque o objetivo das partes seria a economia fiscal;

3.29. ao mencionar no Termo de Verificação a ementa do acórdão proferido pela Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes (Ac. nº 101-94.340), que contém definição do que sejam simulação e negócio jurídico indireto, o fiscal autuante omitiu que a decisão julgou improcedente a autuação;

3.30. no caso do acórdão citado, a Fiscalização concluiu, a partir de diversos indícios, que os atos declarados de aumento de capital com ágio e resgate de ações qualificar-se-iam como simulados, pois, na verdade, ocultariam o verdadeiro negócio pretendido pelas partes, qual seja, a compra e venda de ações, porém, a Primeira Câmara ao julgar o caso afirmou que os referidos indícios indicavam apenas que os efeitos práticos (e não jurídicos) dos atos praticados seriam semelhantes aos de uma compra e venda, o que, todavia, não seria suficiente para qualificá-los como simulados, eis que para que fosse válida a afirmação seria necessário que os negócios não obedecessem o disposto na legislação em vigor, o que não ocorreu, da mesma forma como não ocorre no caso presente;

3.31. em outro caso analisado, a Primeira Câmara decidiu que determinado - negócios seriam simulados, em razão de os diversos atos societário firmados não terem produzido seus regulares efeitos e nem sequer terem sido registrados perante os órgãos competentes (Ac. nº 101-94.771/04), ou seja, tratou-se de situação oposta à verificada no caso sob exame, em que todos os negócios foram validamente praticados e seus efeitos regularmente obedecidos;

quanto a ser fraude à lei:

3.32. não se cuida, igualmente, de hipótese passível de caracterização de fraude lei, pois esta consiste no desrespeito à lei de maneira indireta, através da prática de atos que observam sua literalidade, visando alcançar, ao término, o mesmo resultado vedado pela norma proibitiva, frustrando da mesma maneira sua aplicação;

3.33. *todavia, se essa fosse a opção escolhida haveria impedimento contido e norma societária (artigos 15 e 16 da Instrução CVM nº 319/1999), que caracteriza como abuso de poder e infração grave a incorporação da controlada pela controladora ou vice-versa, com prejuízo para os demais acionistas, decorrente da assunção pela incorporadora de um passivo assumido pelo controlador ou resultante da redução de dividendos;*

3.34. *o resultado vedado, portanto, é o da norma societária, pois se os atos praticados revelarem que, ao final, a incorporadora assumiu passivo originariamente do acionista controlador, em face da aquisição da participação, ou se qualquer outro modo ficar caracterizado que houve favorecimento do controlador em prejuízo dos demais acionistas, com redução de seus dividendos, caberá, por conseguinte, cogitar-se da aplicação da figura da fraude à lei;*

3.35. *os diversos atos praticados pelas sociedades TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A, 140 PARTICIPAÇÕES S/A e TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A demonstram, contudo, que não ocorreu o resultado de concentração de ágio e de dívida contraída para a aquisição do controle, tendo o método de incorporação adotado visando exatamente impedir violação à Lei das S/A (artigo 117, § 1º, "b") e à Instrução CVM nº 319/1999 (artigos 15 e 16);*

3.36. *a relevância do motivo é confirmada pelo fato de a CVM, ao disciplinar os limites e efeitos das fusões, cisões e incorporações de empresas, com registro de ágio, por meio da Instrução nº 319/1999, ter expressamente classificado como abuso de controle, punível como infração grave, a responsabilidade por sucessão da sociedade, em razão de obrigação contraída pelo seu controlador, pena essa que independe do dever do controlador de indenizar os minoritários prejudicados, por ofensa ao art. 117, § 1º, "b", da Lei das S/A, como estabelece o "caput" desse dispositivo;*

3.37. *assim, o resultado proibido, que consistiria na acumulação em uma só empresa da dívida contraída pelo controlador para aquisição do controle e das atividades da empresa emissora das ações, não ocorreu, portanto, pois o passivo vinculado à aquisição do controle foi mantido com a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A e a incorporação deu-se da 140 PARTICIPAÇÕES S/A pela TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A;*

3.38. *demonstra-se, assim, a impossibilidade de se qualificar os atos praticados como caracterizadores de uma fraude à lei, até porque o Mandado de Procedimento Fiscal sequer aponta neste sentido, limitando-se a fazer referência ao dispositivo que a prevê, quanto a ser abuso de direito:*

3.39. *a Fiscalização afastou os atos praticados, não por ter vislumbrado a figura de simulação ou fraude, mas por entender que os negócios jurídicos realizaram-se visando economia fiscal, o que caracterizaria um planejamento, ou seja, estar-se-ia diante da hipótese de abuso de direito;*

3.40. em matéria tributária, além da demonstração obrigatória do intuito exclusivo de não recolher tributos ou de diminuição da carga fiscal, exige-se a prova do dano efetivo ao Erário (elemento material da infração) e da inexistência de outros motivos não tributários para a prática do ato, entretanto, o elemento material do abuso, no caso, é inexistente, visto que não houve dano consistente na diminuição do recolhimento de tributos, sendo certo que qualquer que fosse a forma adotada ser-lhe-ia assegurado o direito à fruição do benefício legal contido no art. 386, do RIR/1999;

3.41. como já exposto, o direito à amortização do ágio pago na aquisição do investimento na TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A já se encontrava garantido à TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A e à TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, independentemente das operações realizadas, bastando que ambas se tomassem uma só empresa, por incorporação, que a amortização do ágio seria dedutível na apuração do resultado tributável, nos exatos termos do art. 7º, inciso III, da Lei nº 9.532/1997, inexistindo, assim, qualquer vantagem adicional ao contribuinte em razão da forma adotada;

3.42. em síntese, o direito à amortização do ágio, nos termos e condições do art. 386, do RIR/1999, advindo da realização das operações de aumento de capital da 140 PARTICIPAÇÕES S/A pela TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A, e posterior incorporação da 140 PARTICIPAÇÕES S/A pela TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, seria exatamente o mesmo que seria obtido caso tivesse havido a incorporação da TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A pela TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A;

3.43. as operações realizadas não podem ser desconsideradas pelo simples fato de visarem economia fiscal, sendo indispensável verificar-se a inexistência de quaisquer outros motivos, de natureza não tributária, que, por si, justifiquem a adoção de determinados negócios jurídicos;

3.44. sob a ótica da Fiscalização, que não nega a validade dos negócios praticados, não haveria razões econômicas ou negociais que explicariam o aumento de capital da 140 PARTICIPAÇÕES S/A pela TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A, com ações da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, e a subsequente operação de incorporação da sua nova controladora pela TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, porém desconsidera-os para fins fiscais, sob o argumento de que foram realizados de forma exclusiva e previamente definida para que pudessem permitir a obtenção de redução da carga fiscal;

3.45. o que motivou a prática de aumento de capital da 140 PARTICIPAÇÕES S/A com ações da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, para que esta pudesse incorporar sua nova controladora, foi a necessidade de se observar a legislação de direito societário e manter as denominações TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A e TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A;

3.46. *dessa maneira, para que pudesse haver o aproveitamento fiscal da amortização do ágio sem que houvesse desrespeito ao que estabelece a legislação societária, as empresas do Grupo TELEMAR deveriam proceder de tal forma que a incorporadora e a incorporada detivessem o ágio, sem, contudo, manter a dívida relacionada com a aquisição da participação societária;*

3.47. *justamente por essa razão é que se concebeu a idéia de a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A capitalizar uma outra sociedade - a 140 PARTICIPAÇÕES S/A — com as ações da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, que passaria a ser a controladora desta, sem a transferência da dívida contraída para a aquisição do controle, fato esse que possibilitaria à 140 PARTICIPAÇÕES S/A incorporar ou ser incorporada pela TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, o que viria a atender as exigências da Lei das S/A e da Instrução CVM nº 319/1999, de modo a preservar os direitos dos acionistas minoritários; essa preocupação encontra-se expressa no fato relevante publicado à época da incorporação da 140 PARTICIPAÇÕES S/A pela TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, como se vê nos itens 5 e 12 do documento de fls. 730/733;*

3.49. *ademais, é de se ressaltar que havia outro interesse na referida operação: evitar a perda do poder de controle pelo CONSÓRCIO adquirente da participação na TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, o que ocorreria se houvesse a incorporação da TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A pela TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, devido à existência do passivo assumido pelo controlador quando da aquisição de sua participação na TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, o que viria a reduzir a relevância de sua participação na hipótese de incorporação da própria TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A pela TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, percebendo-se, assim, mais uma vez, o interesse de cunho societário a guiar os atos praticados e não o interesse fiscal de obter um benefício;*

3.50. *a incorporação posterior da 140 PARTICIPAÇÕES S/A pela TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A visou o aproveitamento da amortização do ágio no resultado tributável, direito que poderia ser exercido diretamente pela TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A quando era controladora direta da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A;*

3.51. *digno de registro o fato de que, tratando-se de impedimento de ordem legal todas as pessoas jurídicas que investiram na privatização das empresas do Sistema TELEBRÁS encontravam-se na mesma situação, razão pela qual resolveram adotar outras formas de incorporação para manter o seu direito ao benefício sem violar normas societárias (documentos de fls. 735/798);*

3.52. *desse modo, se não há prejuízo ao Erário ou a qualquer outro interessado, não há abuso, isto é, se o tratamento fiscal da operação direta, evitada pelo contribuinte, for o mesmo da operação indireta realizada, não há abuso tributário, não podendo a Administração arrogar-se no papel de censora das formas de negócios praticados, por julgá-las*

indiretas, se o Erário não for prejudicado; quanto a ser negócio jurídico indireto:

3.53. sequer é possível imaginar, no caso, a existência de negócio jurídico indireto, daí porque, ainda que a Fiscalização concluísse pela sua implementação, consistente na prática de certos atos com a intenção de alcançar efeito não típico, dado que tanto a aquisição como a integralização da 140 PARTICIPAÇÕES S/A não teriam o objetivo de explorar uma atividade negocial nessa empresa, estar-se-ia diante de negócio societário indireto legítimo, mas não fiscal;

3.54. ainda assim, essa hipótese não se verificaria, pois apesar de o negócio indireto ser celebrado para obter um efeito equivalente a outro negócio não desejado pelas partes, como ficou demonstrado, o negócio foi realizado não para obter um resultado societário, mas em face da legislação societária;

3.55. por outro lado, mesmo que a Administração decidisse desconsiderar os atos praticados por reputá-los abusivos, indiretos ou em fraude à lei, seria exigível da Administração a requalificação do fato e a indicação do ato a ser praticado em seu lugar, para fins fiscais;

3.56. à míngua de fundamentos para sustentar a autuação, a Fiscalização aponta como violados o art. 51 da Lei nº 7.450/1985 e o Parecer Normativo nº 46/1987, além do art. 149, inciso VII, do CTN;

3.57. quanto ao preceito inserto no CTN, não se presta para fundamentar a autuação, porque inexistentes, no caso, a simulação ou a fraude, tanto é que o Termo de Verificação não fez sua demonstração, restando igualmente demonstrada a inexistência de vantagem adicional à interessada e, conseqüentemente, de dano ao Erário, além da existência de motivos qualificados que convalidam as operações quanto aos limites impostos à elisão fiscal;

3.58. no que tange ao Parecer Normativo nº 46/1987 e ao art. 51, da Lei nº 7.450/1985, são inaplicáveis à hipótese, visto que da análise do referido dispositivo de lei verifica-se que a tributação dos rendimentos e dos ganhos de capital dá-se independentemente das características dos negócios praticados ou da existência de título ou contrato escrito que lhes tenham dado origem;

3.59. a dúvida que se apresenta na interpretação da norma diz respeito ao espectro de sua aplicação, eis que o referido dispositivo exige somente ato ou negócio que, pela sua finalidade, tenha os mesmos efeitos do previsto em norma específica de incidência do IR, para que a operação fique sujeita ao tributo;

3.60. a Administração Fiscal manifestou posição, por meio do Parecer Normativo nº. 46/1987, no sentido de que a regra em exame seria aplicável como verdadeira norma anti-elisão em matéria de imposto de renda, na medida em que autorizaria a Administração a desprezar a

qualificação jurídica dos negócios praticados, passando a verificar tão-somente seus efeitos;

3.61. a posição adotada pela Administração Fiscal foi, todavia, duramente criticada pela doutrina, sob o argumento de que o art. 51 da Lei nº 7.450/1985 só é aplicável nas hipóteses de rendimentos e ganhos originários de aplicações financeiras, pois foi introduzido juntamente com um conjunto de regras que tratam de acréscimos tributáveis a partir dessas atividades;

3.62. a jurisprudência do Conselho de Contribuintes, de forma firme, adota posição no mesmo sentido, nos termos dos acórdãos nº 101-86.905 e 102 44.158, o mesmo ocorrendo com a Câmara Superior de Recursos Fiscais, no acórdão CSRF nº 01-04.045;

3.63. no caso, a acusação fiscal é de que a interessada teria amortizado o ágio de forma indevida, significando que teria apropriado despesa dedutível em seu resultado tributável, em desacordo com as normas em vigor;

3.64. desse modo, não se tratando de exigência de tributo resultante da obtenção de rendimentos e de ganhos de capital, a partir de aplicações financeiras, mas sim de glosa de despesas, que se alega serem indedutíveis, não se pode admitir a fundamentação indicada pela Fiscalização para a lavratura do auto de infração;

3.65. ainda que se venha a reconhecer a possibilidade de aplicação do art. 5 da Lei nº 7.450/85 não apenas aos casos que tratam de rendimento e ganhos de capital, mas também aos de amortizações de ágio, o que se admite apenas a título de argumentação, tal dispositivo não se prestaria para fundamentar a exação, isto porque, a finalidade dos negócios praticados seria a incorporação direta da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A pela TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A, o que só não ocorreu em face de as regras contidas na Lei das S/A e na Instrução da CVM vedarem esse procedimento, e assim sendo, a norma específica da legislação aplicável, caso a operação ocorresse de forma direta, seria o art. 7º da Lei nº 9.532/1997, que assegura a amortização do ágio;

3.66. em outras palavras, a imposição da regra específica da legislação ao invés de resultar em tributação do ágio garante de forma expressa a possibilidade de sua amortização;

3.67. é flagrante, pois, a improcedência dos autos de infração, visto que a situação sob exame não caracteriza dolo, simulação ou fraude, e nem sequer abuso de direito, ou mesmo elisão fiscal, pelo fato de tais operações não terem tido por finalidade e nem atingido o resultado de economia fiscal, encerrando, exclusivamente, alternativa para a manutenção de benefício assegurado em lei, por força de limitações impostas pela legislação societária.

Quanto à multa qualificada:

3.68. *inaplicável é a multa qualificada, posto que a legislação que lhe dá amparo art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/1996, restringe-se às situações de evidente intuito de fraude definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964, sendo aplicáveis nos demais casos a multa normal de 75%, prevista no inciso I;*

3.69. *para a aplicação da multa de 150% impõe-se a observância dos limites estabelecidos pela própria norma, de modo que sua finalidade não seja distorcida transformando-se em instrumento de coação;*

3.70. *das três figuras referidas nos artigos 71, 72 e 73, aos quais o inciso II do artigo 44, da Lei nº 9.532/1997 se refere, vê-se que a "intenção de fraude" diz respeito ao meio empregado pelo contribuinte para reduzir ou suprimir tributos ou impedir ou dificultar o conhecimento de seu surgimento (meio fraudulento);*

3.71. *a multa qualificada de 150% justifica-se por conter uma punição por dupla falta: o não recolhimento do tributo devido e o uso da fraude para evitar a tributação, pois além do não recolhimento ainda está presente a tentativa de ludibriar, de enganar, de falsificar, pretendendo-se punir o contribuinte que, para atingir o intento de não recolher tributo devido, lance mão, de meios odiosos, contrários ao ordenamento jurídico, desvinculados do não recolhimento do tributo;*

3.72. *majora-se a multa para punição do contribuinte que, para evitar o pagamento de tributo devido, não efetuando seu recolhimento, pratica infração criminal, consistente na fraude, verificando-se, a partir daí, que a multa qualificada pune, conseqüentemente, não o resultado atingido — o não recolhimento do tributo — mas, sim, a forma de se alcançar tal intento;*

3.73. *como decorrência desse entendimento, a jurisprudência do Conselho de Contribuintes é pacífica no sentido de que a multa qualificada de 150% somente se aplica nas hipóteses de expedição de notas frias (Ac. nº 104-16.151, 102-20.033, 105-1.444 e Ac. CSRF 01-0.529), ou paralelas (Ac. nº 104-17.246, 101-85.896 e 101-85.902), ou adulteradas (Ac. nº 104-18.640); ou calçadas (Ac. nº 103-06.377, 101-74.233, 103-9.638), e também para casos de conta bancária fictícia (Ac. nº 103-12.178, 101-92.245), contas correntes fantasmas (Ac. nº 102-40.853), CPF falso (Ac. nº 101-91.891) e empresas fantasmas (Ac. nº 107-233);*

3.74. *no caso, nenhum desses elementos se encontra presente, eis que todos os atos praticados pela TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A e pelas empresas a ela ligadas foram amplamente divulgados, seja por meio dos instrumentos subscritos e implementados, onde constam, expressamente, os objetivos visados, seja através do regular registro de suas conseqüências e efeitos perante os órgãos competentes (Juntas Comerciais, CVM e Receita Federal);*

3.75. *especificamente quanto à incorporação da 140 PARTICIPAÇÕES, registre-se que tal operação foi objeto de comunicação ao público pela sua*

incorporadora TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, como fato relevante, seguindo o que estabelece a Instrução CVM nº 319/1999, através da qual foi divulgado expressamente que um dos objetivos da operação era justamente permitir a dedução do ágio pago na aquisição do investimento, no cálculo do resultado tributável, motivo pelo qual, não há que se falar em fraude ou em subterfúgios de quem procura esconder uma obrigação por meio de uma conduta criminoso e dolosa, como exige a multa qualificada;

3.76. decisões do Conselho de Contribuintes foram prolatadas para situações semelhantes, em que a multa qualificada resultou cancelada em razão de atos praticados com comunicação aos órgãos competentes e com regular registro de todas as operações, conforme determina a legislação (Ac. nº 103- 21.046/2002, 101-91.455/1997 e 103-20.851/2002);

3.77. a Fiscalização parece confundir "evidente intuito de fraude", exigido para imposição da multa qualificada de 150%, com evidente intuito de obter redução fiscal, que ela acredita existir, vez que para aplicação da punição qualificada torna-se necessário provar que o contribuinte teria vontade de praticar o ilícito consistente na fraude e não meramente em não recolher tributo, não tendo ela, nem ao menos, explicitado os motivos pelos quais concluiu pela aplicação da multa qualificada, não tendo apresentado qual a justificativa no auto de infração para a conclusão de que teria ocorrido sonegação, fraude ou conluio, caracterizadores do intuito de fraude;

3.78. o Conselho de Contribuintes vem exigindo justificativa minuciosa nas hipóteses de imposição da multa qualificada (Ac. nº 101-94.351, 103-21.576, 104-19.706, 106-14.244), o que impossibilita, no caso, sua manutenção, devido à inocorrência dos pressupostos de sua aplicação e da falta de demonstração de sua ocorrência, conforme, inclusive, entendimento das Delegacias de Julgamento, que em situações equivalentes vêm determinando seu cancelamento (Ac. nº 5690/2005 e 6053/2005—DRJ/Florianópolis, nº 8662/2005—DRJ/Rio de Janeiro II, nº 7985/2005—DRJ/Ribeirão Preto, nº 11811/2005—DRJ/São Paulo, nº 12116/2005—DRJ/São Paulo II, nº 8648/2005-DRJ/Rio de Janeiro II, nº 5741/2005 e 6117/2005—DRJ/Campo Grande e nº 6036/2005—DRJ/Porto Alegre).

Dos aditamentos à impugnação

4. No sentido de instruir sua peça impugnatória, veio aos autos a interessada, em 08/11/2005, às fls. 814/818, para solicitar a juntada do Parecer de fls. 819/890 sobre a matéria, encomendado ao Professor Ricardo Lobo Torres. "O mencionado Parecerista, em suma, corrobora todos os argumentos já expendidos na impugnação apresentada."

O processo foi submetido a julgamento em 28 de dezembro de 2005, tendo a Turma de Julgamento julgado procedente em parte os lançamentos, mantendo integralmente o principal, porém reduzindo a multa para 75%.

Interposto recurso voluntário, a então Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, contudo, por meio do Acórdão nº 105-16.710, sessão de 17/10/2007, decretou a nulidade da decisão de primeira instância, conforme ementa a seguir reproduzida:

"RECURSO VOLUNTÁRIO: NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. É nula a decisão de primeira instância que centra a manutenção da autuação em motivação diversa daquela constante do lançamento, por cerceamento do direito de defesa e por não se revestir a autoridade julgadora da competência para lançar.

RECURSO DE OFÍCIO. Tendo a decisão de primeira instância sido anulada, não cabe o exame de recurso de ofício".

Para anular a decisão recorrida, entendeu a Câmara que a Turma Julgadora manteve a exigência pelo fato de a recorrente ter utilizado o benefício da dedução prevista no artigo 386, inciso III, do RIR/99, sem que houvesse o correspondente e efetivo pagamento do ágio, ao passo que a fiscalização, em momento algum, deu como motivação para o lançamento o argumento central contido na decisão atacada, qual seja, a falta de pagamento do ágio, e como tal não possibilitou ao contribuinte a defesa inicial quanto a tal questão.

Após a ciência do acórdão proferido pela 5ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, mais uma vez retornou aos autos à interessada, a qual aditou a impugnação e teceu novos comentários, postulando, ao final, o cancelamento dos lançamentos.

Submetido novamente o litígio à Quarta Turma de Julgamento da DRJ no Rio de Janeiro, foi o litígio assim decidido:

Vistos, relatados e discutidos, os autos do processo em epígrafe,

ACORDAM os membros da Turma, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar suscitada de direito adquirido, e, no mérito, por maioria de votos, JULGAR PROCEDENTE EM PARTE os lançamentos efetuados, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado, para, relativamente aos anos-calendário e 2000, 2001, 2002 e 2003:

I) excluir da cobrança a multa qualificada de 150 % (cento e cinquenta por cento) incidente sobre o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido — CSLL;

II) considerar devidos:

a) o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ, no valor de R\$ 325.351.915,71 (trezentos e vinte e cinco milhões, trezentos e cinquenta e um mil, novecentos e quinze reais e setenta e um centavos);

b) a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido — CSLL, no valor de R\$ 117.126.689,63 (cento e dezessete milhões, cento e vinte e seis mil, seiscentos e oitenta e nove reais e sessenta e três centavos);

Processo nº 18471.000999/2005-29

SI-CFII
Fl. 22

Acórdão n.º 1301-000.711

c) a multa de 75% (setenta e cinco por cento), incidente sobre o imposto e a contribuição acima; e

d) os juros de mora, incidentes sobre os tributos acima, apurados na data da liquidação do débito, de acordo com a legislação vigente.

Vencido o julgador Marcelo Franco de Matos que votou pela improcedência do lançamento, conforme declaração de voto que passa a integrar o presente julgado.

Vencidas, ainda, a Presidente da Turma, Andréa Duek Simantob, que votou pela manutenção integral do lançamento, conforme declaração de voto que passa a integrar o presente julgado, e a julgadora Nair Castario Martinez Borges, que acompanhou a divergência.

O julgador Eduardo Araújo da Rocha Leão também apresentou declaração de voto, que integra o presente julgado.

Deste ato a Presidente da Turma recorre de ofício ao Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes, face à exoneração da multa qualificada em valor superior ao limite de alçada previsto no art. 10 da Portaria MF nº 03, de 03/01/2008.

É a seguinte a ementa do Acórdão proferido:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003

PRELIMINAR. ARGÜIÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO ORIUNDO DE DECISÃO ADMINISTRATIVA NULA. IMPROCEDÊNCIA.

O ato administrativo nulo, por conter vício insanável, opera efeito "ex tunc, alcançando o momento de sua edição, porquanto seus efeitos não se convalidam nem pelo decurso do tempo. Conseqüentemente, dele não redundam na criação de qualquer direito.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003

APURAÇÃO PELO LUCRO REAL TRIMESTRAL. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE CONTROLADORA POR SUA CONTROLADA. AUSÊNCIA DE FINALIDADE ECONÔMICA. ABUSO DE DIREITO. DEDUÇÃO INDEVIDA DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO.

A patologia presente no negócio jurídico praticado corresponde ao abuso de direito, que se caracteriza pelo cometimento de um excesso quanto à observância dos limites e da funcionalidade da lei. Nessas condições, são qualificados como abuso de direito os atos negociais de incorporação de sociedade controladora por

Processo nº 18471.000999/2005-29

SI-CFII
Fl. 23

Acórdão n.º 1301-000.711

sua controlada, formalmente praticados à luz de interpretação literal da legislação societária específica com o único objetivo de obter efeito fiscal favorável, se sob a ótica do ordenamento jurídico, da "vontade da lei", fica demonstrada a ausência de finalidade econômica na incorporação realizada. Em decorrência, não são oponíveis ao Fisco os efeitos concernentes à dedução da amortização do ágio.

EXIGÊNCIA DA MULTA QUALIFICADA DE 150%. ABUSO DE DIREITO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA MULTA DE 75%.

Constatado o abuso de direito no negócio jurídico, impõe-se a aplicação de penalidade pelo ilícito praticado. A hipótese de incidência da multa qualificada prevista no inciso II, do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 c/c os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964, não contempla, todavia, a circunstância verificada nos autos de publicidade e ampla divulgação dos atos e negócios realizados, com total conhecimento da Fiscalização. Divergência quanto à interpretação jurídica das operações, vistas pela pessoa jurídica sob a ótica de legislação específica, de modo literal, com a inobservância, contudo, do ordenamento jurídico, não enseja a aplicação da multa qualificada, e sim da multa de 75% (setenta e cinco por cento) prevista no inciso I.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Aplica-se ao lançamento tido como reflexo as mesmas razões de decidir do lançamento matriz, em razão de sua íntima relação de causa e efeito, na medida em que não há fatos os elementos novos a ensejar conclusões diversas.

Lançamento Procedente em Parte

Ciente da decisão em 10 de setembro de 2008, a interessada ingressou com recurso em 09 de outubro seguinte.

Alega, em síntese, que os autos de infração devem ser cancelados, face à expressa manifestação de improcedência da acusação veiculada nas exações feitas pela Fiscalização, eis que: (i) os autos de infração foram lavrados a partir da acusação da prática de simulação; (ii) por meio do julgamento já realizado, a 5ª Câmara do 1º Conselho definiu que o fundamento dos autos de infração foi efetivamente a prática de simulação, bem como que o julgador administrativo, na atividade de revisão dos lançamentos, deve se limitar a verificar se a acusação formulada pela Fiscalização, com base nos fatos e na motivação jurídica exposta no lançamento, está correta; (iii) a Delegacia de Julgamento foi peremptória ao afirmar que os atos praticados pela Recorrente não se qualificam como operações simuladas, irregularidade que fundamentou os lançamentos.

Acrescenta que o Conselho de Contribuintes deve manter a conclusão da Delegacia de Julgamento, de que não houve simulação, e cancelar a exigência imposta pelos autos de infração, desconsiderando a inovação improcedente feita pela DRJ.

Pondera que pode ser aceito o argumento da DRJ, no sentido de que o PN 46/87, citado como motivação aos autos de infração, autorizaria o Fisco a declarar ineficazes, para fins tributários, os atos classificáveis como abusivos, por serem espécies de "operações simuladas", assim considerados quaisquer negócios que demonstrem suposto desvio de seu perfil objetivo e, nessa medida, sejam tidos por artificiais (§§ 197 a 200 do voto vencedor da decisão DRJ).

Afirma que a inexistência de simulação é comprovada por três razões: as ações praticadas pela Recorrente (a) vão ao encontro dos objetivos da Lei 9.532/97, sem lhe atribuir vantagem que já não detinha; (b) são explicáveis por motivos extra-fiscais, tanto que não fizeram com que passasse a ostentar direito ao benefício fiscal que já não poderia exercer, e (c) estão devidamente comprovadas, produzindo os efeitos fáticos e jurídicos a ela inerentes.

Aduz que mesmo que fosse possível examinar os atos praticados sob a perspectiva da acusação inovadora feita pelo voto vencedor da decisão DRJ - abuso de direito - , o que se aceita meramente para argumentar, ainda assim os AIs devem ser cancelados. Isso porque os atos em exame: (i) culminaram na produção dos efeitos desejados pelas normas envolvidas; (ii) foram praticados antes da introdução do art. 116, parágrafo único, do CTN, o qual é inaplicável até o momento, face à inexistência de lei ordinária que discipline sua utilização e, (iii) não foram requalificados para o que a Fiscalização julga ter ocorrido, procedimento que é obrigatório.

Conclui, afinal:

(i) O voto vencedor da decisão afastou a acusação de simulação que deu fundamento aos AIs lavrados pela Fiscalização. Não obstante, manteve a exigência fiscal a partir de argumentação distinta, qual seja, a prática de abuso de direito. Todavia, e vedado as autoridades julgadoras alterar a motivação das exigências fiscais na revisão de lançamentos quando da sua impugnação pelo contribuinte. No caso em exame, a 5ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes já definiu que a fundamentação legal dos AIs é a acusação da prática de simulação. Por esse motivo, deve ser mantida a fundamentação exposta na decisão recorrida para afastar a existência de simulação e alterada a sua conclusão, a fim de ser declarada a improcedência das autuações;

(ii) Só se pode cogitar da existência de simulação no campo fiscal quando o contribuinte pratica atos com o propósito exclusivo ou preponderante de alcançar economia fiscal artificial, por meio da declaração da prática de certo negócio quando, na realidade, não realizou negócio algum ou realizou negócio diverso. No caso em exame, a incorporação de 140 Partic. por TNL somente permitiu o exercício de amortização de ágio que já havia sido garantido desde a aquisição das ações no leilão de desestatização. Os arts. 7º e 8 da Lei 9.532/27, já asseguravam a amortização do ágio mediante a mera incorporação de TPART por TNL. A criação da 140 Partic. foi motivada por razões de natureza societária e regulatória e não fiscal, pois a simples incorporação direta produziria efeito tributário idêntico. As operações só se realizaram de forma mais complexa para que houvesse cumprimento integral às legislações fiscais, societária e regulatória, sem que houvesse transferência do passivo vinculado a aquisição do controle de TNL e a perda do controle pelos seus detentores. Com

Processo nº 18471.000999/2005-29

SI-CFII
Fl. 25

Acórdão n.º 1301-000.711

isso, foi possível exercer o direito de amortização do ágio, semelhantemente às demais empresas que concorreram no processo de privatização, sem se cogitar de simulação; .

(iii) Caso se admita possível examinar os atos sob a ótica do abuso de direito, constatar-se-á que a causa que o motivou foi observar a Lei das S/A e a LGT e, ao mesmo tempo, usufruir da amortização do ágio inequivocamente garantido pelos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97. Tal constatação, ao contrário da demonstração de excesso, de anormalidade e de desvio de conduta caracterizadores do abuso, revela a conformação exata com os propósitos normativos de cada um dos diplomas legais citados, caracterizadores de exercício regular de direito. Isso porque os institutos de direito privado regulatório foram legitimamente utilizados de modo a alcançar seus objetivos, igualmente obter a finalidade fixada pela legislação fiscal. Logo, as operações examinadas eram necessárias, de modo que não poderia ser exigido de TNL conduta diversa, o que afasta a figura do abuso, caracterizando exercício regular de direito, seja do ponto de vista do direito societário, regulatório ou fiscal.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Valmir Sandri, Relator

Ambos os recursos atendem os pressupostos legais para admissibilidade. Deles, portanto, tomo conhecimento.

Como se viu do relatório, o litígio gira em torno dos efeitos fiscais decorrentes de reorganização societária, pois passou à Recorrente, relacionada com o programa de desestatização das empresas de telecomunicação. Sua solução, portanto, passa pela compreensão do programa de desestatização levado a efeito na última década do século passado.

Da leitura do programa de privatizações vê-se que havia exigência no sentido de que a empresa ou grupo de empresas que adquirissem as ações das empresas de telecomunicações de titularidade da União concentrassem-nas em sociedade de fim específico – SPE –, que funcionaria como holding. E, para tornar mais atrativa a compra das empresas de telecomunicações, a lei instituiu um “benefício fiscal” representado pela possibilidade de, no caso de junção de empresas em que uma delas detenha investimentos na outra, adquiridos com ágio fundamentado na perspectiva de rentabilidade futura da investida, ser computado no lucro real da empresa resultante dessa junção a amortização do ágio.

Essa é a compreensão a que levam as normas contidas no Modelo de Reestruturação e Desestatização das Empresas Federais de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.546/97 (editado em consonância com a Lei nº 9.472/97 - Lei Geral das Telecomunicações e com a Lei nº 9.494/97) e nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, que tratou dos efeitos fiscais da reestruturação societária.

O art. 3º do Modelo de Reestruturação e Desestatização (anexo ao Decreto 2.546/97), estabeleceu que a reestruturação societária das empresas federais de telecomunicações dar-se-ia mediante cisão parcial da Telecomunicações Brasileiras S. A. – TELEBRÁS –, que ficou autorizada a constituir doze empresas que a sucederiam como controladora das empresas do setor então atuantes.

No art. 5º do mesmo Modelo, ficou determinado que a desestatização das empresas dar-se-ia mediante alienação onerosa, a uma empresa ou consórcio de empresas, nos termos do edital, das ações de propriedade da União que lhe asseguram, direta ou indiretamente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade.

O programa de desestatização, supervisionado por comissão ligada hierarquicamente ao Ministério das Comunicações, exigia que o(s) vencedor(es) da licitação concentrasse(m) os investimentos adquiridos em uma empresa veículo, mais especificamente, uma sociedade de propósito específico (SPE), que atuaria como holding.

Contemporaneamente à adoção de medidas para implementação das privatizações, foi editada a Lei nº 9.532, de 1997, cujos artigos 7º e 8º passaram a permitir, à pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, quando uma delas detiver participação societária na outra adquirida com ágio com fundamento

Processo nº 18471.000999/2005-29

SI-CFII
Fl. 27

Acórdão n.º 1301-000.711

em rentabilidade futura (alínea “b” do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77), amortizar o valor do ágio 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.

A Tele Norte Leste Participações S/A. (TNL) foi uma das empresas constituídas a partir da cisão da TELEBRÁS, conforme previsto no art. 3º do Modelo de Reestruturação e Desestatização.

Para uma melhor compreensão dos meus pares, relaciono abaixo, em ordem cronológica, as operações praticadas que geraram questionamentos da fiscalização, valendo-me do descrito na decisão recorrida.

1 - a TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A. foi legalmente constituída em maio/1998, em decorrência do processo de reestruturação e privatização do sistema de telefonia brasileiro com a cisão de parte do acervo da sociedade Telecomunicações Brasileiras S/A. - Sistema Telebrás -;

2 - em agosto/1998, um Consórcio formado por diversas empresas adquiriu, em leilão de desestatização, a totalidade das ações ordinárias da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A. em poder da União, representativas de 51,79% de seu capital votante, correspondente a 64.405.151.125 ações, pelo valor de R\$ 3.434.000.108,00, superior ao seu patrimônio líquido contábil (PL), ou seja, o preço pago envolveu parcela substancial de ágio, o qual foi capitalizado na TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A. na mesma base, mediante pagamento de 40% à vista e o restante em duas parcelas iguais, com vencimento em 04/08/1999 e 04/08/2000;

3 - no instrumento de constituição do Consórcio Telemar, seus integrantes se comprometeram a constituir uma Sociedade de Propósito Específico – SPE -, que seria a sucessora das partes de todos os direitos e obrigações advindos da participação de cada empresa consorciada no leilão de privatização;

4 - em cumprimento à referida obrigação, seus integrantes aprovaram, em assembléia extraordinária realizada em outubro/1998, a aquisição de ações da sociedade então denominada GUANACO PARTICIPAÇÕES S/A., constituída em 29/07/1997, bem como a alteração de seu Estatuto Social para o fim de estabelecer que o seu objeto social seria a participação exclusiva no capital social da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A., aprovando ainda a alteração de sua denominação social para TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A.;

5 - em 27/07/1999, a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A. assumiu perante a União e o referido Consórcio a responsabilidade pelo integral cumprimento, de todas as obrigações contratuais decorrentes da aquisição das ações ordinárias pelo Consórcio, especialmente as duas parcelas restantes do preço de aquisição da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A.;

6 - em 28/07/1999, as empresas-integrantes do Consórcio, acionistas da TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A., resolveram em assembléia extraordinária aumentar o capital social da TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A., capitalizando-a com as ações da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A., passando a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A. a

Processo nº 18471.000999/2005-29

SI-CFII
Fl. 28

Acórdão n.º 1301-000.711

ser titular das 64.405.151.125 ações ordinárias adquiridas no leilão de privatização e, por conseguinte, controladora direta da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A.;

7 - a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A. procedeu ao desdobramento do custo de aquisição das ações, mediante a indicação de seu valor de PL e o ágio correspondente à diferença a maior entre o preço de aquisição do investimento e o montante do PL da controlada;

8 - em 26/11/1999, a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A. optou por adquirir uma empresa ainda em fase pré-operacional, a 140 PARTICIPAÇÕES S/A.;

9 - em 30/11/1999, a 140 PARTICIPAÇÕES S/A. deliberou e aprovou aumento de capital de R\$ 1.000,00 para R\$ 4.267.024.343,13, mediante a emissão de 64.405.151.125 ações ordinárias nominativas sem valor nominal;

10 - ainda em 30/11/1999, essas ações da 140 PARTICIPAÇÕES S/A. foram totalmente subscritas e integralizadas pela acionista TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A. com as ações mantidas em seu poder, de emissão da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A., sendo transferido o investimento para a 140 PARTICIPAÇÕES S/A. e permanecendo na TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A. o passivo resultante da aquisição das ações da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A. no leilão de desestatização, passando a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A a manter, então, o controle indireto da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A.;

11 - a integralização do capital acima mencionada tornou a 140 PARTICIPAÇÕES S/A. subsidiária integral da TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A., tendo havido, no caso, uma incorporação de ações, nos moldes do artigo 252 da Lei das S/A.

12 - tendo em vista que o único ativo da 140 PARTICIPAÇÕES S/A. era o investimento detido na TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A., adquirido com o pagamento de ágio (prêmio), foi aprovada em AGE de 30/12/1999, a incorporação e consequente extinção da 140 PARTICIPAÇÕES S/A. pela TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A., pelo valor contábil, mediante o recebimento pelos acionistas da sociedade incorporada de ações da sociedade incorporadora, conforme laudo de avaliação do investimento, tendo sido verificado ágio no balanço de incorporação;

13 - assim, devido à incorporação, a TELEMAR PARTICIPAÇÕES S/A. recebeu, em substituição das ações da 140 PARTICIPAÇÕES S/A., ações da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A. na mesma quantidade e espécie das ações originais, subrogando-se nos mesmos direitos e obrigações, sem que tenha havido alteração no capital da TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A. no momento da incorporação;

14 - a operação referenciada resultou na constituição de reserva de ágio, registrada no Ativo Diferido no valor de R\$ 2.464.787.233,00, equivalente ao montante pago como ágio na aquisição do controle da companhia, em contrapartida de “Reserva Especial de Ágio”, a ser amortizada em 60 meses, com base na expectativa de rentabilidade futura das sociedades controladas pela TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A.;

Dessa forma, a TNL passou a amortizar o ágio de R\$ 2.464.787.233,00, com base nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, que dispõem:

Processo nº 18471.000999/2005-29

Acórdão n.º 1301-000.711

S1-CFTI
Fl. 29

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

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

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

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados em até dez anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração;

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

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

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

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

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

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

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

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito

Processo nº 18471.000999/2005-29

SI-CFII
Fl. 30

Acórdão n.º 1301-000.711

que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

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

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

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

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

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

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

Por sua vez, a fiscalização considerou ter havido redução indevida do lucro real em razão de exclusão de valores do lucro líquido, no seu entender, sem autorização da legislação.

No Termo de Verificação que deu origem ao auto de infração, o autuante reconhece como regular o fundamento e o registro do ágio em 31/07/1999, quando da aquisição das ações da TNL (Termo de Verificação Fiscal, item 2, fl. 3, *in fine*).

Entretanto, a autoridade fiscal justificou o lançamento de ofício alegando que os negócios jurídicos realizados compuseram um planejamento, com apego à literalidade da lei, sem nenhuma finalidade econômica, e que nunca se pretendeu transferir as ações para sociedade diversa de sua real adquirente (a TPAR), sendo que o único objetivo das operações realizadas foi reduzir tributos, mediante aproveitamento da benesse fiscal referente à amortização do ágio.

Nas palavras da fiscalização, a Recorrente não conseguiu combater a *“tese que as operações que resultaram na incorporação da 140 PARTICIPAÇÕES S/A, foram simuladas, cujo objetivo era especificamente o enquadramento em situação jurídica que propiciava redução de pagamento de tributos pela TELENORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A e, portanto, devem ser afastados porque se apegam tão-somente à literalidade da estipulação. Não se denota nenhuma finalidade econômica na aproximação dos interessados. Existia a possibilidade jurídica, mas não a vontade sincera de transferir as ações para empresa diversa da verdadeira adquirente”* (fls. 540).

Ou seja, a fiscalização considerou ter ocorrido um planejamento inoponível ao fisco, por não ter havido razão econômica *“na aproximação dos interessados”* (aumento de

Processo nº 18471.000999/2005-29

SI-CTF1
Fl. 31

Acórdão n.º 1301-000.711

capital da empresa 140 Participações subscrito por TPART e integralizado com ações da TNL), e considerou infringidos os artigos 149, inciso VII e parágrafo único, 105 e 116 do CTN, 51 da Lei nº 7.450/75 e PN 48/87.

Em sua defesa a interessada argumentou, em síntese: (a) que a empresa 140 PART e a TNL reuniam as condições para aplicar o tratamento previsto no art. 7º da Lei nº 9.532/97; (b) que não tem qualquer influência o fato de ter sido usada terceira empresa na materialização do benefício, pois a amortização seria possível mesmo que isso não houvesse ocorrido, se a reunião das empresas se desse diretamente entre TNL e TPART; (c) que a incorporação não se deu diretamente para não infringir direitos societários da minoria, como exige a legislação societária; (d) que os atos praticados não podem ser desconsiderados se não acarretaram prejuízo para o fisco (a amortização do ágio seria possível em caso de reunião da TNL com a TPAR, sem interferência da 140 PART), nem para os demais acionistas, pois a estruturação da operação objetivou evitar vantagem indevida para o acionista controlador, como exige a lei; (e) que não é possível desconsiderar o negócio jurídico com base no parágrafo único do art. 116 do CTN e, (f) que não ocorreram dolo, fraude à lei, simulação ou abuso de direito.

A vista da impugnação, a decisão de primeira instância após fazer uma análise das operações praticadas pela Recorrente, com base em doutrina, concluiu que os atos foram praticados com abuso de direito, bem como, que a legislação fiscal somente admite a dedutibilidade da amortização do ágio proveniente de incorporação de sociedade controladora por sua controlada, se efetivamente ocorre o desembolso do valor pago a este título, do mesmo modo que se exige o efetivo pagamento para toda e qualquer dedução pleiteada no âmbito fiscal, ainda que a incorporação realizada tenha observado os ditames da legislação societária.

Por sua vez, a extinta 5ª. Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, ao analisar o recurso do contribuinte, declarou nula a decisão recorrida, ao argumento de que “*É nula a decisão de primeira instância que centra a manutenção da autuação em motivação diversa daquela constante do lançamento, por cerceamento do direito de defesa e por não se revestir a autoridade julgadora da competência para lançar*”, pelo fato de que, enquanto a fiscalização entende como desobedecida a Lei 7.450 e o PN 46/87, pela ocorrência de contradição entre sua vontade e a vontade da Lei (simulação), a motivação central da decisão recorrida para a manutenção da autuação foi a utilização por parte da recorrente do benefício da dedução prevista no artigo 386, inciso III, do RIR/99, sem que tivesse havido o correspondente e efetivo pagamento do ágio, daí concluiu a turma julgadora ter resultado em dano ao Erário.

Tendo sido proferida nova decisão, entendeu a Turma Julgadora, por maioria de votos, manter a decisão anterior – provimento parcial para desqualificar a multa de ofício -, agora não mais questionando o desembolso do pagamento do ágio para efeito de dedutibilidade, mas redirecionando seus argumentos no sentido de que os pressupostos para a constituição do ágio não foram atendidos. Reprisando os argumentos anteriormente proferidos, assentou que a figura jurídica adequada ao caso examinado, em razão dos fatos e documentos trazidos aos autos, seria a do abuso de direito, uma vez que os motivos de natureza não tributária alegados nos autos não se mostraram suficientemente concretos para o fim de demonstrar que a verdadeira "vontade da interessada" não consistiu, única e exclusivamente, em obter vantagem fiscal. Com tal escopo, teria realizado a citada operação societária, calcando-se, tão somente, na interpretação literal da legislação.

Portanto, o deslinde do caso, para uma apreciação completa, passa pelos seguintes passos:

1º passo: Responder a questão: As operações praticadas pelo contribuinte estão inquinadas de simulação, como julgou a peça acusatória, isto é, o auto de infração?

2º passo: Sendo a resposta acima negativa, a concussão imediata é o cancelamento da autuação, eis que foi esse o fundamento da peça acusatória. Contudo, para não ficar sem enfrentamento a conclusão da decisão recorrida, impõe-se perquirir se as operações foram praticadas com abuso de forma, em prejuízo ao fisco, constituindo, portanto, um “planejamento tributário inoponível”, na lição de Marco Aurélio Greco, como decidiu a DRJ.

3º passo: Se a resposta à segunda questão for negativa, deve-se determinar como se enquadram as operações em questão, tidas pela fiscalização como sendo um “planejamento tributário”.

Vamos as questões:

Há simulação nas operações praticadas pelo contribuinte?

De plano, registro a minha posição no sentido de que não vislumbro qualquer simulação na operação praticada pela Recorrente, por alguns motivos singelos, quais sejam: (i) as operações, todas elas, foram divulgadas por intermédio de fatos relevantes; (ii) tais operações foram amplamente reguladas pela CVM; (iii) todos os atos foram registrados e contaram com a participação dos órgãos competentes e respeitaram os termos do Edital de Privatização e do Contrato de Compra e Venda realizado com a União, quando da venda de sua participação na Tele Norte Leste.

Vejamos isto com mais acuidade.

A hipótese encerra a discussão sobre o tênue limiar existente entre os procedimentos e operações praticadas pelos contribuintes com total amparo legal, por isso, considerados como lícitos, por se encontrarem ao abrigo dos comandos legais e não existir nenhuma norma que vede o comportamento ou obrigue em contrário, e aqueles procedimentos que encerram manobras, artifícios ou subterfúgios que contrariam leis ou normas e contêm no seu bojo comportamentos revestidos da característica de dolo, fraude, conluio ou simulação e, portanto, enquadra-se como evasão ilícita, configurando o tipo legal dos crimes tributários.

Para concluir a propósito da correção ou não das operações realizadas, verifiquemos, inicialmente, se foram lícitos os atos jurídicos praticados pela Recorrente.

JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES define negócio jurídico como “toda manifestação de vontade que visa a um fim prático que é tutelado pela ordem jurídica”. Os negócios jurídicos possuem elementos constitutivos, divididos em Gerais: **capacidade, objeto lícito e possível e consentimento**; naturais: que decorrem da própria natureza do ato praticado, isto é, o ato jurídico de compra e venda, tem como consequência natural, a transmissão do domínio do bem, e acidentais: as cláusulas acessórias, que deverão, necessariamente, ser fixadas para modificar, alguns dos elementos naturais do negócio, como por exemplo, **a condição, o termo e o encargo**.

Tais elementos são fundamentais para determinar o negócio jurídico em três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia. O negócio pode existir, mas não ter validade, por falta de capacidade de agente. Pode, ainda, existir e ser válido, mas não possuir eficácia, em razão de uma condição suspensiva. A declaração de vontade é elemento essencial do negócio jurídico. Quando a declaração de vontade apresenta algum vício, dizemos que há um defeito no negócio jurídico. Defeito do negócio jurídico, explica Francisco Amaral: "são as imperfeições que neles podem surgir, decorrentes de anomalias na formação da vontade ou na sua declaração" São vícios do consentimento o erro, dolo, coação, simulação e fraude contra credores. (AMARAL, Direito Civil: introdução, p. 479-480).

No caso dos autos, importa verificarmos apenas o conceito de simulação tida como defeito do negócio jurídico, fundamento do auto de infração. O Vocabulário Jurídico de De Plácido e Silva, assevera que:

“Simulação. No sentido jurídico, sem fugir ao sentido normal, é o ato *jurídico* aparentado *enganosamente* ou com *fingimento*, para esconder a real intenção ou para *subversão* da verdade.

Na simulação, pois, visam sempre os simuladores a fins ocultos para engano de terceiros.

Praticamente, a simulação resulta da substituição de um ato jurídico por outro, ou da prática de um ato sob aparência de um outro, com a alteração de seu conteúdo ou de sua data, para esconder a realidade do que se pretende.

Assim, a doação que se faz sob *aparência de venda*, a venda que se promove sob o aspecto de um depósito, ou a locação contratada sob a *modalidade de venda*, revelam simulações. Indicam-se contratos que se realizam sob *fingimento* ou sob *disfarces*, escondendo a *realidade dos verdadeiros contratos*.”

Caracteriza-se a simulação como a desconformidade entre o negócio jurídico aparente e o negócio jurídico real, desde que cientes, as partes interessadas, nas hipóteses de (a) conferimento ou transmissão de direitos a pessoas diversas daquelas a quem, realmente, se conferem, ou transmitem, (b) inclusão de declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira, (c) instrumentos particulares antedatados, ou pós-datados, tendo como pressuposto (a) a intenção de prejudicar terceiros ou (b) de violar disposição de lei (simulação contra a lei, inconfundível com a fraude à lei).

A simulação, como vício da declaração de vontade, deve reunir os requisitos enunciados.”

Por seu turno, a fiscalização enxergou a simulação no caso em concreto, em razão dos seguintes fatos:

“Aludidos negócios jurídicos, que compuseram o planejamento tributário, devem ser afastados porque se apegam tão-somente à literalidade da estipulação. Não se denota nenhuma finalidade econômica na aproximação dos interessados. Existia a possibilidade jurídica, mas não a vontade sincera de transferir as ações para empresa diversa da verdadeira adquirente. Mesmo admitindo como válida a transferência dos ativos para a

empresa 140 PARTICIPAÇÕES, prevalece o fato de que jamais existiu vontade efetiva, haja vista que os documentos (ver itens “c”, e “d” acima) explicitavam que o objetivo das partes, seria a economia fiscal.”

É fundamental tecer algumas observações preliminarmente. A primeira observação, diz respeito ao fato de o ilustre fiscal iniciar a sua acusação falando em **“negócios jurídicos, que compuseram o planejamento tributário”**, afirmando, ainda na mesma frase, que estes devem ser **“afastados porque se apegam tão somente à literalidade da estipulação”**, porém, mais adiante, restringir a acusação de negócio simulado apenas e tão somente à incorporação da 140 PARTICIPAÇÕES pela TNL, ou seja, o que a fiscalização inquiriu de simulado e “afastou” foi tão somente um negócio jurídico, qual seja, a incorporação da 140 PARTICIPAÇÕES pela TNL.

Na representação fiscal para fins penais, este fato fica ainda mais evidente, pois o fiscal qualifica como responsáveis pela simulação apenas as pessoas físicas que assinaram o Protocolo e Justificação da incorporação da 140 PARTICIPAÇÕES S/A. pela Tele Norte Leste Participações S.A.

A segunda observação defluiu de o termo de verificação da autuação carregar a sua explanação com adjetivos, se referindo a uma “vontade sincera”, a uma “vontade efetiva”, como se estes elementos fossem determinantes para se classificar um negócio jurídico como sendo simulado. Você pode firmar um casamento sem nunca ter tido a vontade sincera ou efetiva de casar, por amar uma outra pessoa, e nem por isso esse casamento é simulado.

A simulação é um vício da vontade, a vontade em desconformidade com o ato praticado. O elemento central na definição jurídica de simulação é “aparentar a realidade de uma intenção que não é a verdadeira, e que se disfarça por esse fingimento.”(De Plácido e Silva).

A pergunta que se deve fazer, assim, para verificar se existiu simulação, é a de que, se os negócios praticados pelo contribuinte foram realizados para esconder ou ocultar um outro negócio que seria a real intenção das partes, esta sim, a verdadeira.

No caso dos autos, isto inexistiu. A comprovação disso está nos fatos relevantes publicados na imprensa em 03 de dezembro de 1999, para conhecimento geral, em que o contribuinte explica de forma pormenorizada toda a operação e explicita de forma clara e precisa qual sua intenção com o Plano de Reestruturação Societária.

Ocorre que em 03 de dezembro de 1999, a Comissão de Valores Mobiliários editou a IN CVM 319, alterada pela IN CVM 320, de 06/12/99, regulando as operações de incorporação entre companhias abertas e o reconhecimento e aproveitamento do ágio.

Em razão deste dispositivo, toda a reestruturação comunicada ao mercado por intermédio do fato relevante de 03 de dezembro de 1999, teve que sofrer algumas alterações e foi novamente informada ao mercado, é o que se depreende do “fato relevante” posterior, que ajusta a reorganização societária a nova realidade normativa exarada pela CVM, a saber:

“FATO RELEVANTE

Telemar Participações S.A. (“Telemar”) e Tele Norte Leste Participações S.A. (“TNL”), em cumprimento ao disposto no artigo 157 da Lei no 6.404/76 e na Instrução CVM no 31/84 e as recentes Instruções CVM no 319/99 e 320/99,

vêm a público divulgar o seguinte fato relevante que em sua integralidade rerratifica o Fato Relevante anterior e a respectiva Nota Explicativa publicadas em 03 de dezembro de 1999, passando a constituir a informação oficial da TNL com respeito à operação aqui descrita:

1. **Benefício Fiscal:** Objetivando fortalecer a estrutura financeira da TNL, através do incremento da capacidade de geração de caixa e conseqüentemente da capacidade de investimento, a Telemar e a TNL pretendem que a TNL aproveite em suas operações o benefício fiscal representado pela despesa de amortização do ágio (“Ágio”) pago pela Telemar, por ocasião da aquisição das ações que compõem o controle acionário da TNL (“Ações”).

2. **Melhoria no Fluxo de Caixa:** O Ágio a ser transferido para a TNL irá possibilitar uma melhoria no fluxo de caixa da TNL, na medida em que a respectiva amortização representa uma despesa não financeira dedutível da base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica e da contribuição social sobre o lucro, nos termos dos art. 7º e 8º da Lei no 9.532/97.

3. **Valor do Ágio:** O valor do Ágio contabilizado na Telemar em 30 de novembro de 1999 é de aproximadamente R\$ 2.465 bilhões. O Ágio poderá ser amortizado, no mínimo, nos próximos 5 exercícios sociais na razão de até 20% ao ano.

5. **Não Transferência de Passivos: O aproveitamento do Ágio na TNL ocorrerá após uma série de operações societárias que terão por objetivo impedir que sejam transferidos para a TNL, juntamente com o Ágio, quaisquer dívidas oriundas da aquisição das Ações ou outras obrigações da Telemar ou de qualquer outra companhia criada no curso da operação descrita neste fato relevante.**

6. **Incorporação:** A Telemar subscreveu e integralizou o capital de uma nova companhia holding com as Ações (“Holding”) cem por cento por ela controlada. Posteriormente, a TNL incorporará a Holding (“Incorporação”).

7. **Avaliação Patrimonial:** A avaliação dos patrimônios para fins da Incorporação será realizada com base nos critérios previstos na Lei n. 6.404/76 para elaboração das demonstrações financeiras, sendo responsável por tal avaliação a Price Waterhouse Coopers Auditores Independentes S/C, a qual já manifestou por escrito que não possui qualquer conflito de interesses, conforme previsto no artigo 2o, Parágrafo 1o, XIV da Instrução CVM no 319/99. A data base da Incorporação será 30 de novembro de 1999, e as variações patrimoniais da Holding posteriores a esta data serão contabilizadas diretamente na TNL.

8. **Mesmas Ações:** Na Incorporação será vertido para a TNL todo o patrimônio da Holding, que inclui o Ágio e o investimento na própria TNL. O acionista da Holding receberá, em decorrência da Incorporação e em substituição das Ações da TNL, ações na mesma quantidade e na mesma espécie das Ações originais, sub-rogando-se nos mesmos direitos e obrigações, inexistindo, portanto, qualquer alteração no capital da TNL, no momento da Incorporação.

9. **Reserva Especial de Ágio:** Conforme previsto na Instrução CVM nº 319/99, em contrapartida à contabilização do Ágio no ativo diferido da TNL, será constituída uma Reserva Especial de Ágio na incorporação (“Reserva Especial”).

10. Direito de Preferência: *Ao término de cada exercício social em que a TNL vier a gozar do mencionado benefício fiscal decorrente da amortização do Ágio, a parcela da Reserva Especial correspondente a tal benefício fiscal será objeto de capitalização em proveito do acionista controlador (Telemar), estando o respectivo aumento de capital sujeito ao direito de preferência dos demais acionistas, conforme previsto no parágrafo 1o do artigo 7o da Instrução CVM no 319/99 e as importâncias por eles pagas serão entregues à Telemar, sem que tal procedimento possa, a qualquer título, afetar o controle da TNL pela Telemar.*

11. Preço de Emissão: *As ações a serem emitidas pela TNL em decorrência da capitalização de parcelas da Reserva Especial em cada exercício social terão seus respectivos preços de emissão determinados em consonância com o disposto no parágrafo 1o do artigo 170 da Lei no 6.404/76 e posteriores alterações.*

12. Dividendos: *A amortização do Ágio não acarretará reflexos negativos sobre o pagamento de dividendos dos acionistas da TNL, comprometendo-se a Telemar a exercer seus direitos de acionista da TNL de modo a fazer com que os dividendos dos acionistas da TNL não sejam prejudicados em razão da despesa decorrente da amortização do Ágio.*

13. Custo de Operação: *Estima-se que os custos da operação a que se refere este fato relevante serão da ordem de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais), aí incluídos despesas com auditores, avaliadores, consultores e advogados.*

14. Controle Societário: *Nenhuma das operações contempladas neste fato relevante importará na alteração do controle societário final da TNL, e sua realização não afetará negativamente as vantagens políticas e patrimoniais dos acionistas detentores de ações ordinárias ou preferenciais.*

15. Aprovações: *As operações previstas neste fato relevante já foram aprovadas nos Conselhos de Administração da Telemar e da TNL, sendo que a partir desta data serão convocadas e realizadas as assembléias gerais e demais eventos societários necessários para a implementação dessas operações.*

16. Comunicações às Autoridades: *As operações aqui previstas serão comunicadas às autoridades competentes.*

17. Documentos Disponíveis: *Os documentos pertinentes às operações aqui previstas estarão disponíveis na sede da TNL para exame e cópia.*

18. Incorporação das Operadoras: *Considerando a nova situação trazida pela superveniência da Instrução CVM n.o 319/99, as etapas subsequentes do Plano, especialmente aquela descrita no item 3 (iii) do Fato Relevante publicado em 3 de dezembro de 1999, prevendo a incorporação de algumas Operadoras pela TNL, ficam por ora suspensas.*

19. Transparência: *A Telemar, a TNL e seus acionistas controladores permanecem comprometidos com o futuro das empresas e de suas controladas, assumindo o compromisso perante seus acionistas e o público em geral de divulgar, ao longo do processo, as informações relativas a todos e quaisquer atos e fatos relevantes.”*

Processo nº 18471.000999/2005-29

SI-CFII
Fl. 37

Acórdão n.º 1301-000.711

O fato relevante, cabe registrar, é uma obrigação dos administradores da empresa, nos termos do artigo 157, §4º da Lei 6.404/76, servindo para dar publicidade às situações que influenciam em suas atividades, consoante lição de Modesto Carvalhosa:

“A publicidade de fatos relevantes (full disclosure) é o sistema que coloca os acionistas da companhia e os investidores em situação de avaliarem a oportunidade, o preço e as condições dos negócios de aquisição, e a alienação de valores mobiliários emitidos pela companhia.

Trata-se de regra de defesa da companhia contra eventuais argüições de seus acionistas e do público investidor em geral e, ainda, da Comissão de Valores Mobiliários no que respeita á responsabilidade por transações no mercado que decorram de eventuais mutações no estado de seus negócios.

Uma vez plenamente reveladas pela companhia tais modificações, toda a responsabilidade sobre a tomada de decisão, com referência aos valores mobiliários de sua emissão, cabe ao próprio investidor.

Os administradores desvinculam-se de quaisquer perdas materiais sofridas pelos acionistas ou investidores, no que diz respeito aos negócios realizados com valores emitidos pela sociedade.”

Vejam que os “fatos relevantes” acima descrevem exatamente o roteiro das operações que, posteriormente, foram, de fato, adotadas pela Recorrente. Então, como inquirar de simuladas operações que foram inteiramente divulgadas, descrevendo minuciosamente a sua forma e os objetivos, mediante fato relevante? Não há como!

De fato, todos os negócios foram realizados e atenderam estritamente os fins almejados e divulgados ao público por intermédio dos fatos relevantes. No caso, inexistente qualquer operação, negócio simulado, fingido, não verdadeiro, que teria sido realizado para encobrir uma outra intenção das partes.

O fato relevante de 12 de dezembro de 1999, expressa textualmente o objetivo das operações, que foi a de *“fortalecer a estrutura financeira da TNL, através do incremento da capacidade de geração de caixa e conseqüentemente da capacidade de investimento; a Telemar e a TNL pretendem que a TNL aproveite em suas operações o benefício fiscal representado pela despesa de amortização do ágio (“Ágio”) pago pela Telemar, por ocasião da aquisição das ações que compõem o controle acionário da TNL (“Ações”).*

Cabe novamente repetir, não há negócio fingido, oculto, visando a encobrir outro negócio que seria o real. Não existem dois negócios, um tentando encobrir outro, elemento essencial a configurar algo com sendo simulado.

As operações societárias, de transferência de ativos, de incorporação, foram aquelas declaradas e realizadas de acordo com a legislação que regula estes tipos de operação, e os fins e os meios foram aqueles também expressados nos fatos relevantes e documentos societários. Não existe, repita-se outro negócio simulado.

Não demonstra o ilustre fiscal que haveria um negócio aparente, onde estaria a declaração enganosa da vontade necessária à caracterização da simulação, e outro negócio real e oculto. E não demonstra porque, mais uma vez, não existe dois negócios, mas apenas um, verdadeiro, qual seja, a transferência de ativos por intermédio de uma incorporação pura e simples.

Processo nº 18471.000999/2005-29

SI-CFII
Fl. 38

Acórdão n.º 1301-000.711

Veja que o fiscal diz que “existia a possibilidade jurídica” para realizar as operações, negando apenas que houvesse uma “finalidade econômica na aproximação dos interessados”, e que a finalidade do negócio teria como objeto tão somente “a economia fiscal”. A alegação de simulação, portanto, não aponta um vício na manifestação de vontade das partes, elemento necessário a sua configuração, pois se apegua apenas e tão somente aos efeitos extrínsecos obtidos com os negócios praticados, que foi a economia fiscal.

Vejam a importância da questão, que deve ser analisada e julgada com parcimônia, comedimento, sem emoções que o assunto pode trazer. A fiscalização, como acima demonstrado, lavrou o auto de infração pelo fato de o contribuinte ter realizado operações simuladas, aplicando a multa capitulada no artigo 44, inciso II, da Lei n. 9.430/96, isto é, a multa de 150% para os casos elencados nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n. 4.502/64, promovendo representação fiscal para fins penais, em que se afirma o seguinte:

“Evidencia-se assim o claro intuito do contribuinte de eximir-se de pagar os tributos devidos, com a caracterização da simulação, cabendo assim a aplicação da multa prevista no inciso II do artigo 957 do RIR, de 150%.”

E o que é mais sério, a Representação qualifica as pessoas físicas, diretores das duas empresas, que assinaram o Protocolo e Justificação da incorporação da 140 PARTICIPAÇÕES S/A. pela Tele Norte Leste Participações S/A., que no seu entendimento, seriam os responsáveis por esta suposta simulação.

Ora, como pode haver simulação neste documento, devidamente registrado na Junta Comercial, objeto de fato relevante submetido ao mercado e à CVM, e que respeitou integralmente as regras da Lei das S/As? Mais uma vez concluo, não há como!

Para que se configure a simulação, é imprescindível, comprovadamente, um descompasso entre a *intentio facti* e o *intentio jùris*, sem os quais, não se pode falar em simulação, eis que a simulação pressupõe operação que não existe, falseia-se a realidade do que efetivamente ocorreu, ou seja, ocorre a desconformidade consciente e querida da declaração com a vontade, mas é preordenada com a parte à qual a declaração se dirige e acordado com ela, a fim de enganar terceiros.

In casu, os fatos ocorridos não foram fingidos nem simulados e tampouco dissimularam outro fato. Todas as circunstâncias fáticas levantadas no auto de infração realmente aconteceram na realidade negocial e não tiveram o objetivo de encobrir outros fatos.

Não se pode deixar de reconhecer que é dever das autoridades fiscais coibir práticas de utilização do ordenamento jurídico por meio de estratégias, formadas como negócios simulados, com fraude à lei ou com dolo que causem prejuízo ao Erário Público. Bem assim, não pode se negar que os contribuintes utilizam formas simuladas para esconder dolosamente fatos geradores.

Contudo, não se pode admitir que considerações ou interpretações subjetivas da autoridade fiscal, possam descaracterizar operações legítimas e revestidas de licitude praticadas pelos contribuintes com total amparo no ordenamento jurídico vigente e qualificá-las como simuladas.

De fato, não pode prevalecer o entendimento e a possibilidade de o aplicador da lei, com base em meras interpretações pessoais, no sentido de que, se uma determinada operação fosse realizada de modo diverso ensejaria uma tributação maior, possa identificar conteúdos econômicos diversos daqueles efetivamente queridos e realizados pelos contribuintes, e desconsiderar as operações formalmente legítimas para exigir tributo de acordo com as suas convicções subjetivas, sob a suposição de outra operação considerada por ele como sendo a real.

Ora, se de tal operação resultou em economia fiscal para a empresa, não cabe à autoridade administrativa, por faltar-lhe competência, poder descaracterizar fatos válidos e lícitos que se encontram acobertados e previstos pelas leis civis, comerciais e fiscais, para exigir tributo, apenas pelo fato de a contribuinte ter utilizado uma empresa veículo para não prejudicar acionistas minoritários – redução dos dividendos em razão da amortização do ágio e das despesas de financiamentos pela aquisição das ações do Governo Federal -, como determinado pela CVM, reprisando novamente aqui o fato de que, se a operação tivesse sido efetuada de forma direta, a economia fiscal seria a mesma.

Portanto, de plano, afasto a possibilidade de enquadrar a operação em tela como sendo simulada, aliás, como o fez a própria decisão recorrida nas duas vezes em que se pronunciou nos presentes autos, quando afastou a acusação de simulação para enquadrar a reestruturação efetuada pela Recorrente como tendo sido realizada com abuso de direito, sem a qualificação da multa.

Pois bem, Constatado a inexistência de qualquer ato simulado, sigo na análise das operações praticadas pela Recorrente, no sentido de que, se as mesmas representariam um abuso de direito, caminho trilhado pela r. decisão recorrida nas duas vezes em que se pronunciou nos autos, devendo, entretanto, ficar consignado aqui que não foi essa a infração imputada pela fiscalização.

O abuso de direito

A decisão recorrida, arrimando-se na obra de Marco Aurélio Greco, traz vários conceitos do que seria um planejamento tributário inoponível ao fisco. Para tanto, classifica a operação praticada pela contribuinte como sendo um ilícito civil, em razão de abuso de direito, colocando a questão nos seguintes termos:

“Assim, ainda que nenhum óbice tenha havido em relação a qualquer dispositivo específico da legislação societária, a partir de sua interpretação literal, deve-se levar em consideração, contudo, o que motivou a interessada a optar pela prática das operações descritas. Em outras palavras, deve-se dar um passo atrás na análise para se averiguar a verdadeira vontade da interessada, se convergente ou não com a vontade do ordenamento jurídico, antes que se pense no passo seguinte: o da compatibilidade das operações praticadas à luz da legislação de regência. O que motivou os atos, bem como a vontade da interessada em praticá-los, antecederam as operações realizadas.

Então, pesquisando sobre o motivo/vontade que levou a interessada a adotar a estratégia de incorporar a sociedade 140 PARTICIPAÇÕES S/A, será que o seu interesse foi o de observar o verdadeiro ‘espírito da lei’, a ‘vontade da lei’ que atribui ao instituto da incorporação finalidade de agregação de empresas? Será que ‘vontade da interessada’ coincidiu com a ‘vontade da lei’, cujo desejo é que o instituto da incorporação apresente uma finalidade econômica? Será que as

operações realizadas tiveram como objetivo essa finalidade econômica, consistente, por exemplo, em agregar o patrimônio da empresa incorporada, reunir atividades econômicas para reduzir custos, otimizar desempenho, incorporar tecnologia, conquistar fatia de mercado trazendo para si novos clientes a fim de tornar-se mais conhecida no ramo, melhorar suas condições para fazer face à concorrência, etc? ”

Após analisar a incorporação realizada, conclui que tal procedimento possibilitou a TNL a deduzir o ágio glosado, Vejamos:

“Se a 140 PARTICIPAÇÕES S/A, no âmbito das operações realizadas, não serviu, efetivamente, de instrumento de agregação de empresa, conforme toda documentação acostada aos autos demonstra, se a operação de incorporação não apresenta qualquer substância econômica, sendo assim dizer, ‘fatia’, economicamente falando, sendo utilizada exclusivamente como empresa veículo para o objetivo visado de dedução da amortização do ágio, e não tendo praticado nenhum ato negocial próprio de empresa enquanto esteve ativa, conforme já comentado neste voto, a resposta a todas as perguntas formuladas no parágrafo anterior, certamente, é ‘não’. ‘Isto é, a vontade da interessada’, previamente elaborada antes do início das operações, não se coaduna com a ‘vontade da lei’, com a ‘vontade do ordenamento jurídico’”

E conclui:

“Em suma, não resta dúvida de que a interessada tem o direito, previsto na Constituição Federal, de organizar sua vida da maneira que melhor lhe aprouver. Porém, o exercício desse direito supõe a existência de causas reais que levem a tal atitude. A auto-organização com a finalidade predominante de pagar menos imposto, sem a observância do ordenamento jurídico, configura o abuso de direito. Como tal, uma vez provado tratar-se de obrigação com esta razão principal, como penso, restou provado nestes autos, pode o Fisco recusar seus efeitos no âmbito tributário de modo a neutralizar os efeitos fiscais do excesso abusivo.

(...)

A sociedade controlada TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S/A. dispunha de instrumentos na legislação que lhe davam liberdade para agir com relação à operação de incorporação da sociedade controladora 140 PARTICIPAÇÕES S/A., porém, nos termos da Lei nº 7.450/1985 e do Parecer Normativo CST nº 46/1987, o excesso por ela cometido nesta iniciativa consiste na inobservância do ordenamento jurídico, visando obter efeito fiscal favorável. Os motivos de natureza não tributária alegados nos autos não se mostram suficientemente concretos para o fim de demonstrar que a verdadeira ‘vontade da interessada’ consistia, única e exclusivamente, em obter vantagem fiscal. Para tanto, realizou a citada operação societária, calcando-se, tão somente, na interpretação literal da legislação. Entretanto, essa forma de interpretação da legislação contrapôs-se ao ordenamento jurídico, à ‘vontade da lei’, cujos preceitos e princípios requerem efetiva finalidade econômica na hipótese de incorporação de empresas. Tal finalidade econômica, entretanto, não restou provada nestes autos, conforme bem concluiu o fiscal atuante e com o qual concordo inteiramente. Por essa razão, considero que os efeitos extraídos do ato jurídico realizado são inoponíveis ao Fisco, por não serem eficazes perante a legislação tributária.

Aqui cabe chamar a atenção para um fato, que em minha opinião é importante, ou melhor, fundamental ao deslinde da questão. Vejamos:

Processo nº 18471.000999/2005-29

SI-CFII
Fl. 41

Acórdão n.º 1301-000.711

A decisão recorrida a despeito de inicialmente falar que seria necessário “*levar em consideração (...) o que motivou a interessada a optar pela pratica das operações descritas*”, **analisa tão somente uma operação**, qual seja, a incorporação da empresa 140 PARTICIPAÇÕES S/A. pela TNL.

Passa então a perquirir se esta, e tão somente esta operação, estaria em conformidade com o direito ou, se ao contrário, teria sido praticada de forma abusiva ao direito. Assim, prega uma coisa e realiza coisa distinta, pois diz que planejamento tributário é uma conjugação de negócios praticados que devem ser analisados na sua inteireza, mas para julgar a questão analisa apenas a incorporação em tela, de forma isolada, autônoma, aliás, como fez a fiscalização quando da lavratura do auto de infração.

Ou seja, analisa a fotografia que contém a incorporação, e não o filme inteiro que está longe de começar neste singelo evento.

Greco chama atenção, em sua obra, sobre esta distinção em enxergar as coisas, dizendo que:

“A questão fundamental é saber como devemos enxergar a realidade, pois ela comporta mais de uma perspectiva. Pode ser vista fotograficamente, quadro a quadro, e com isto chegaremos a uma conclusão positiva ou negativa em relação a cada quadro isolado. Mas também pode ser vista cinematograficamente, vale dizer, o filme inteiro.”

Carnelutti, em sua Teoria Geral, trata da visão estática (fotografia) e dinâmica (filme), nos seguintes termos:

A análise do “fato” planejamento tributário, por seu próprio conceito, pressupõe a verificação da realidade sob o prisma cinematográfico. Ver o filme com todo o seu roteiro, início, meio e fim. Como falar de vontade, causa, de um ato, analisando apenas o quadro ou a cena em que este ato é praticado.

Interessante notar que a DRJ expressamente propugna isso, quando diz que “deve-se dar um passo atrás na análise para se averiguar a verdadeira vontade da interessada, se convergente ou não com a vontade do ordenamento jurídico, antes que se pense no passo seguinte” (Item 169 da decisão da DRJ). Este discurso, quanto à necessidade de se analisar as operações, estão ressaltados nos seguintes trechos da decisão:

“201. O abuso de direito é, pois, caso de ineficácia parcial de um ato praticado, cuja figura tem como características uma norma, um direito e um excesso cometido no seu exercício.

202. A ilicitude que contamina a operação está no excesso, não sendo caso de desconsiderá-la e sim de identificar o ilícito cometido, para o fim de negar sua eficácia perante a legislação tributária.

203. Então, uma vez qualificada como abuso de direito, qual foi o excesso cometido pela interessada em sua conduta objetivando incorporar sociedade?

204. Segundo o Professor Greco, na prática, muitas vezes não se trata de analisar um negócio jurídico isolado, mas seqüência de atos ou negócios. Muitas “operações” de planejamento fiscal se dão através de seqüência que visam certo efeito. Diz, então, que é o exemplo típico relatado no Parecer Normativo nº

Processo nº 18471.000999/2005-29

SI-CFII
Fl. 42

Acórdão n.º 1301-000.711

46/1987, em que o caso concreto não é de uma operação, mas varias operações encadeadas para um fim almejado”.

Mas, contraditoriamente ao discurso acima, a decisão recorrida analisa tão somente a operação de incorporação realizada entre a empresa 140 PARTICIPAÇÕES e a TNL, conforme os seguintes excertos:

“205. Conforme exposto neste Parecer Normativo, no qual se apóia o autuante para fundamentar a autuação, as partes interessadas (TELEMAR, 140 e TELE NORTE LESTE) praticaram ato jurídico (incorporação), sob determinado manto legal (legislação societária), para o fim de obter vantagens fiscais (dedução da amortização do ágio), indicando formalmente o fundamento econômico do ágio, satisfazendo assim a legislação de regência, porém, na prática, a incorporação efetuada revelou-se sem nenhuma finalidade econômica. A operação engendrada carrega subjacentemente à intenção de realizar negócio entre as mesmas pessoas, que assumem simultaneamente posição de compradora e vencedora, adquirindo para si mesmas quotas de capital que já lhes pertence.

224. No caso concreto, penso que a interessada praticou ilícito civil, que não configura a hipótese de incidência do inciso II, do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, que trata da aplicação da multa qualificada. Todos os atos e negócios por ela praticados foram tornados públicos e amplamente divulgados. Em nenhum momento a Fiscalização deixou de conhecê-los e nem a tal foi impedida. A divergência concentra-se na interpretação dos atos negociais praticados: se a incorporação da controladora por sua controlada deve ser vista sob a ótica da interpretação literal da legislação societária, na esteira da conduta adotada pela interessada, ou se deve ser interpretada à luz do ordenamento jurídico, o que os torna ineficazes perante o Fisco, conforme entendimento do fiscal autuante e deste relator.”

Então, para análise do fato planejamento tributário no caso em concreto, é fundamental vermos o filme inteiro subjacente às operações praticadas pela contribuinte. E este filme inicia-se na década de 90, quando foram implementadas as regras de desestatização de empresas pelo Governo Federal.

Dentro desse programa, em julho de 1997, o Congresso Nacional aprovou a Lei Geral das Telecomunicações (Lei nº 9.472), que continha as diretrizes para a privatização do Sistema Telebrás. Segundo a Lei Geral, o processo decisório relativo à privatização do setor ficou a cargo de uma Comissão Especial de Supervisão, ligada hierarquicamente ao Ministério das Comunicações e, em fevereiro de 1998, foi assinado Contrato entre o BNDES e o Ministério das Comunicações, atribuindo-se ao Banco a coordenação da modelagem de venda e do próprio leilão do Sistema Telebrás.

Neste contexto, também foi editada a Lei nº 9.491/97, que alterou os procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização - PND, estabelecendo em seu artigo 4º, o seguinte:

Art. 4º As desestatizações serão executadas mediante as seguintes modalidades operacionais:

I - alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações;

II - abertura de capital;

Processo nº 18471.000999/2005-29
Acórdão n.º 1301-000.711

SI-CFII
Fl. 43

III - aumento de capital, com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição;

IV - alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações;

V - dissolução de sociedades ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a conseqüente alienação de seus ativos;

VI - concessão, permissão ou autorização de serviços públicos.

VII - aforamento, remição de foro, permuta, cessão, concessão de direito real de uso resolúvel e alienação mediante venda de bens imóveis de domínio da União. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.161-35, de 2001)

§ 1º A transformação, a incorporação, a fusão ou a cisão de sociedades e a criação de subsidiárias integrais poderão ser utilizadas a fim de viabilizar a implementação da modalidade operacional escolhida. (grifamos)

No contexto do PND, a norma legal permitiu a utilização de várias formas societárias possíveis para a implementação da política, inclusive por meio de empresas veículos, como as subsidiárias integrais, de modo a viabilizar a implementação da modalidade operacional escolhida. Posteriormente, em 14 de abril de 1997, foi editado o Decreto nº 2.546, que aprovou o modelo de reestruturação e desestatização das empresas federais de telecomunicações supervisionadas pelo Ministério das Comunicações.

O Modelo de Reestruturação anexo ao Decreto previu, em seu art. 3º, que a reestruturação societária das empresas federais de telecomunicações dar-se-ia mediante cisão parcial da Telecomunicações Brasileiras S. A. - TELEBRÁS, que ficou autorizada a constituir doze empresas que a sucederiam como controladora das empresas do setor então atuantes. Uma dessas empresas foi a Tele Norte Leste Participações (TNL), criada em julho de 1998.

No art. 5º do Modelo anexo ao Decreto nº 2.546/97, ficou determinado que a desestatização das empresas dar-se-ia mediante alienação onerosa, a uma empresa ou consórcio de empresas, nos termos do edital, das ações de propriedade da União que lhe asseguram, direta ou indiretamente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade.

Nos termos do artigo art. 89 da LGT (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997), a licitação seria disciplinada pela Agência, observados os princípios constitucionais, as disposições da Lei e, especialmente, dentre outras regras, que previa “*a participação de consórcio, que se constituirá em empresa antes da outorga da concessão, será sempre admitida.*”

E o programa de desestatização lançado exigia que o(s) vencedor(es) da licitação concentrasse(m) os investimentos adquiridos em uma empresa veículo, mais especificamente, uma sociedade de propósito específico, que atuaria como holding.

Ou seja, no contexto do PND o uso de empresas veículos foi amplamente utilizado, diretamente pela União, que também permitiu o uso destas empresas quando um consórcio, como no caso em tela, ganhasse a concessão.

Processo nº 18471.000999/2005-29

SI-CFII
Fl. 44

Acórdão n.º 1301-000.711

Ainda no contexto do PND, antes do Edital MC/BNDS nº 1/98, que estabeleceu as regras para a desestatização das empresas federais de telecomunicação, foi editada a Lei nº 9.532, de 1997, cujos artigos 7º e 8º, regulamentam a amortização do ágio, nos seguintes termos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu

Processo nº 18471.000999/2005-29
Acórdão n.º 1301-000.711

SI-CFTI
Fl. 45

causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

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

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

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

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

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

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

Mais adiante analisaremos a natureza jurídica das regras criadas por este dispositivo. Mas o importante, neste momento, é a motivação que levou o legislador a editar esta norma reguladora do agir no contexto do PND, que foi aumentar as ofertas dos participantes do leilão das empresas desestatizadas, mediante a garantia aos investidores da dedutibilidade do ágio pago na aquisição das empresas, que foi substancial conforme relata a "Mensagem do Presidente" da Telebrás à época, Sr. Ronaldo Rangel de Albuquerque, nos seguintes termos¹:

"A privatização das 12 controladoras regionais, por intermédio de leilão na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro realizado em 29 de julho de 1998, foi considerado um negócio significativo para a União Federal, na medida em que o preço de venda alcançou R\$ 22,057 bilhões, representando um ágio de 63,74% em relação ao preço mínimo fixado pelo Governo, que era de R\$ 13,470 bilhões.

O objeto da alienação, via leilão em bolsa, foi constituído de ações ordinárias, representativas dos 19,26% correspondentes à participação acionária da União Federal no capital social de cada uma das 12 Companhias criadas como consequência da cisão parcial da TELEBRÁS."

¹ Disponível no site www.telebras.com.br/mercados/balanço98/mensagem.htm

A ligação da arrecadação deste ágio pela União e as regras que garantiram a sua dedutibilidade foi retratada por Bernardo Estellita Lins, em trabalho intitulado "*Privatização das telecomunicações: algumas lições*"²:

"Os sobrepreços refletiram, provavelmente, três aspectos dessa privatização: primeiramente, a adequada definição do marco regulatório; em segundo lugar, o atendimento a interesses estratégicos dos adquirentes que, eventualmente, vêm conduzindo projetos empresariais de caráter internacional; finalmente, a possibilidade oferecida pela legislação de imposto de renda, de lançar o ágio como despesa da empresa adquirida para fins de redução de imposto devido nos dez anos subsequentes." (grifamos)

Ricardo Mariz de Oliveira também demonstra que a finalidade das regras de dedução do ágio visavam a aumentar o preço ofertado pelas empresas adquirentes no leilão da privatização. Vejamos:

A norma legal contida nos art. 7º e 8º foi promulgada com vistas a facilitar as privatizações levadas a cabo pelo Governo Federal, pois passou a permitir a dedução fiscal de certos ágios antes indedutíveis.

(...)

Portanto, essa norma de concessão do direito à dedução fiscal da amortização é uma norma excepcional, baseada em motivações extra-tributárias de (1) conveniência da política fiscal no sentido de favorecer as privatizações, à época promulgação da Lei nº. 9.532, e também de (2) justiça econômica contida na amortização do ágio pago na aquisição do negócio, paulatinamente à geração dos lucros que tenham dado lastro a ele, eis que estes são sujeitos à tributação quando surgidos. Este último dado é que justifica a extensão da norma a quaisquer aquisições, mesmo às feitas fora do programa de privatizações que estava em andamento na data da Lei n. 9.532. (grifamos)

Posteriormente, o Edital MC/BNDS nº 1/98, estabeleceu as condições da desestatização das empresas federais de telecomunicações, mediante leilão das ações ordinárias das companhias desestatizadas, de propriedade da União. Dentre seus dispositivos está o que estabelece "obrigações especiais", que assim dispõe:

"Além das demais obrigações previstas neste EDITAL, os PARTICIPANTES vencedores do LEILÃO de cada uma das companhias e seus eventuais sucessores, a qualquer título, inclusive em decorrência de posterior cessão e transferência de ações, nos termos da legislação em vigor, estará (ão) obrigado(s), solidariamente, de forma irrevogável e irreatável, a cumprir rigorosamente as seguintes obrigações especiais, exercendo para tal, se necessário, seu direito de voto nas Assembléias Gerais (...)"

² Disponível no site www.belins.eng.br

Processo nº 18471.000999/2005-29

SI-CFII
Fl. 47

Acórdão n.º 1301-000.711

Realizado o leilão foi assinado o contrato de compra e venda de ações da TNL, firmado entre a União e as empresas participantes do Consórcio, composto por CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S.A, INEPAR S.A INDÚSTRIA E CONSTRUÇÕES, MACAL INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., FIAGO PARTICIPAÇÕES S.A., BRASIL VEÍCULOS COMPANHIA DE SEGUROS e COMPANHIA DE SEGUROS ALIANÇA DO BRASIL, estipulando na cláusula 5.1, que:

“5.1 – O comprador e seus eventuais sucessores, a qualquer título, inclusive em decorrência de posterior cessão e transferência de AÇÕES ORDINÁRIAS, nos termos da legislação em vigor, estão obrigados, solidariamente, de forma irrevogável e irretroatável, a cumprir rigorosamente as seguintes obrigações especiais, sem prejuízos daquelas previstas no EDITAL, exercendo para tal, inclusive, seu direito de voto nas Assembléias Gerais da COMPANHIA (...)”

O que estou querendo mostrar citando esses dois dispositivos - um do Edital e outro do contrato de compra e venda -, é que a reorganização societária das empresas participantes do leilão de privatização também foi amplamente utilizada e incentivada, em primeiro lugar pela própria União, como previsto no decreto que criou as holdings operacionais, mas também em razão da Lei nº 9.532/97, que estabelecia o direito à dedutibilidade do ágio e o termo “*a quo*” do exercício desse direito que seria o momento de uma reorganização societária (incorporação, fusão ou cisão).

Aliás, o Poder Legiferante não apenas reconhece a ligação ontológica entre o ágio pago e as regras de dedutibilidade previstas na Lei nº 9.532/97, mas reconhece também que esta norma legal foi um incentivo à reestruturação societária de empresas tão necessárias à economia nacional.

Com efeito, foi apresentado pelo então Deputado Waldemar da Costa Neto o Projeto de Lei nº 2.922-A, de 2000, que propunha, em seu artigo 1º, a revogação do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532/97, ao argumento de que ser “*absurdo o benefício fiscal que ela concedeu às empresas vencedoras dos leilões de privatização de empresas estatais.*”

Posteriormente, foi apresentada a este Projeto de Lei emenda propondo a sua supressão, ou seja, a manutenção integral do artigo 7º da Lei nº 9.532/97 no ordenamento jurídico, com a seguinte justificativa:

“Propomos a supressão do dispositivo, tendo em vista afetar negativamente o tratamento contábil relativo às operações de reorganização societária e, conseqüentemente, o desenvolvimento da economia nacional.

Como se sabe, os processos de privatização de empresas estatais e concessão dos serviços públicos têm justamente o objetivo de fortalecer a economia, transferindo aos particulares o controle e a administração de companhias estatais.

Desta forma, andou bem o Estado ao promover a privatização de suas empresas, visando justamente incrementar a situação financeira-econômica do país.

Inclusive, a forma de contabilização atualmente prevista no inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997,

representou um incentivo para que as empresas privadas participassem dos programas de desestatização.

Neste sentido, podemos até dizer que um dos principais incentivos apresentados pelos processos de privatização está inserido na seara fiscal, eis a razão pela qual o benefício fiscal do inciso III do Art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, se faz necessário.

A amortização do ágio efetivamente pago, com o fundamento na rentabilidade futura da empresa adquirida, é perfeitamente justa. O ágio consiste num “plus” no valor da empresa negociada, podendo ser bastante subjetivo, devendo, portanto, ser amortizado ao longo do tempo. O ágio, muitas vezes, representa um substancial valor no preço total de negociação de uma empresa. A amortização a longo prazo permite que a empresa adquirente consiga “digerir” o investimento efetuado de uma forma equilibrada, o que incentiva as reorganizações societárias. As demonstrações financeiras da empresa adquirida, por meio de privatização ou não, registram apenas o valor contábil da própria empresa. O eventual ágio a ser pago, que pode ser bastante relevante, não integra o patrimônio líquido da empresa adquirida; na verdade, podemos dizer que representa uma despesa necessária (do ponto de vista da empresa adquirente) para a aquisição ou reorganização. Na categoria de despesa, deve ter o tratamento apropriado para tanto.

Importantíssimo ressaltar que a amortização do ágio não traz qualquer lesão ao patrimônio público, até porque o assunto faz parte das normas contábeis e dos princípios geralmente aceitos. Ora, não se pode dizer que a aplicação de um princípio contábil, qual seja, amortização do ágio, traz lesão ao poder público, pois muitos desses princípios são legalmente previstos.

Além disso, não há que se falar em prejuízo, porque prejuízo pressupõe a necessária apuração de perda, o que não é o caso.

A amortização de ágio é uma tradição contábil e fiscal e representa a verdadeira harmonização entre as normas contábeis e o tratamento tributário. A supressão do referido inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, representará um desastroso descasamento com relação a esses aspectos e terá conseqüências negativas, porque a proposta representa um desincentivo às reorganizações societárias (inclusive às privatizações), o que culminará com o enfraquecimento da economia nacional e, aí sim, o patrimônio público será lesado.

Também é importante lembrar que a aprovação do dispositivo prejudica enormemente todas as reorganizações societárias praticadas por empresas privadas, e não só as vencedoras dos leilões de privatização. A aprovação do dispositivo seria um retrocesso na tentativa de reerguer o país, já que representa a imposição de mais um ônus injusto e desnecessário às empresas, e por conseqüência, à população em geral.

Processo nº 18471.000999/2005-29

SI-CFTI
Fl. 49

Acórdão n.º 1301-000.711

O Brasil precisa de medidas construtivas, bem estudadas, para que finalmente consiga atingir o desejado equilíbrio econômico.

Ante a todo o exposto, o mais correto é suprimir o referido art. 1º do Projeto de Lei nº 2.922, de 2000, que revoga o inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, fazendo justiça ao próprio projeto de desenvolvimento econômico do país.

Sala das Comissões, 22 de agosto de 2003.”

Posteriormente, o Relator da questão junto à Comissão de Finanças e Tributação, em seu voto, acolheu integralmente as ponderações apresentadas quando da apresentação da emenda supressiva, asseverando, quanto ao mérito, em seu voto que:

“No tocante ao mérito, julgamos conveniente e oportuna a atual sistemática de amortização do valor do ágio, a qual guarda perfeita harmonia com as normas contábeis e com o tratamento tributário. Como o ágio, decorrente da expectativa de rentabilidade positiva do investimento, pode representar um significativo acréscimo no preço total de negociação da empresa, a sua amortização permite que investimento feito nessa empresa seja diluído em determinado período. Estimula-se, assim, o investimento em outras empresas e a reorganização societária, tão importantes num contexto de baixo crescimento econômico do país. O investimento em outras empresas e a reorganização societária contribuem para o fortalecimento das bases da economia nacional.

Acrescente-se ainda que o número de privatizações das empresas estatais a que se referem os autores dos projetos de lei em epígrafe diminuiu significativamente nos últimos anos. Não se deve alterar a legislação tributária vigente com base em argumentos tidos como válidos em outra realidade.”

Aqui, aliás, com a devida *vênia*, cabe uma crítica à decisão recorrida, que menciona o Projeto de Lei nº 2.922, mas apenas na parte que lhe interessa, que foi a motivação que levou o Deputado Waldemar da Costa Neto a apresentar o projeto. Nada diz que esta justificativa foi inteiramente rechaçada pela unanimidade dos membros da Comissão de Finanças e Tributação, tendo sido, posteriormente arquivada. Isso demonstra a paixão que o debate acerca do tema pode trazer, mas que deve ser rechaçado pelo aplicador do direito.

Na verdade, o Programa Nacional de Desestatização, juntamente com as regras atinentes à dedutibilidade do ágio fizeram parte de todo um contexto para a formulação dos preços ofertados nos leilões de privatização e para as sucessivas reorganizações societárias realizadas pelas empresas objeto da desestatização, servindo como atrativo e motivo para o aumento substancial dos valores auferidos pelo Governo com a privatização.

Noutro giro, a dedutibilidade do ágio e a possibilidade de a empresa realizar a reorganização societária para o seu aproveitamento fez parte do pacote de condições ofertadas às empresas que participaram das privatizações, tendo, todas elas, conforme pesquisa na internet, adotado a política incentivada acima.

Uma questão importante que deixei para ressaltar ao final é o fato de as empresas, ao invés de realizarem a incorporação direta, no caso a TNL pela TPAR ou vice-versa, para efeito de exercer o direito à amortização do ágio, realizarem a reorganização societária por intermédio de uma outra empresa, à qual fora transferido o ágio, o que este Conselho vem denominando de empresa veículo.

Conforme documentos acostados aos autos, vê-se que outras empresas de telefonia, no caso, a TELESP CELULAR PARTICIPAÇÕES S.A. e a TELE CENTRO OESTE CELULAR PARTICIPAÇÕES S.A., utilizaram o ágio por intermédio de uma empresa veículo. E por que realizaram essa operação para viabilizar o exercício do direito à dedução do ágio?

A resposta a essa indagação está na regra da Instrução Normativa nº 319/97, da CVM, mais precisamente do artigo 15, que prescreveu:

“Art. 15 - Sem prejuízo de outras disposições legais ou regulamentares, são hipóteses de exercício abusivo do poder de controle:

I. o aproveitamento direto ou indireto, pelo controlador, do valor do ágio pago na aquisição do controle de companhia aberta no cálculo da relação de substituição das ações dos acionistas não controladores, quando de sua incorporação pela controladora, ou nas operações de incorporação de controladora por companhia aberta controlada, ou de fusão de controladora com controlada;

II. a assunção, pela companhia, como sucessora legal, de forma direta ou indireta, de endividamento associado à aquisição de seu próprio controle, ou de qualquer outra espécie de dívida contraída no interesse exclusivo do controlador;

III. o não reconhecimento, no cálculo das relações de substituição das ações dos acionistas não controladores estabelecidas no protocolo da operação, da existência de espécies e classes de ações com direitos diferenciados, com a atribuição de ações, com direitos reduzidos, em substituição àquelas que se extinguirão, de modo a favorecer, direta ou indiretamente, uma outra espécie ou classe de ações;

IV. a adoção, nas relações de substituição das ações dos acionistas não controladores, da cotação de bolsa das ações das companhias envolvidas, que não integrem índices gerais representativos de carteira de ações admitidos à negociação em bolsas de futuros;

V. a não avaliação da totalidade dos dois patrimônios a preços de mercado, nas operações de incorporação de companhia aberta por sua controladora, ou desta por companhia aberta controlada, e nas operações de fusão entre controladora e controlada, para efeito da comparação prevista no art. 264 da Lei nº - 6.404/76 e no inciso VI do art. 2º - desta Instrução; e

VI. a omissão, a inconsistência ou o retardamento injustificado na divulgação de informações ou de documentos que tenham sido postos à disposição do controlador ou por ele utilizados no planejamento, avaliação, promoção e execução de operações de incorporação, fusão ou cisão envolvendo companhia aberta.”

Veja-se que, no caso em concreto, a TELEMAR PART assumiu uma dívida com a União - instrumento de assunção -, conforme se depreende dos autos. Assim, se houvesse uma incorporação entre estas empresas, constituiria manifesto exercício abusivo do

Processo nº 18471.000999/2005-29

SI-CFII
Fl. 51

Acórdão n.º 1301-000.711

poder de controle, em razão da regra clara do artigo 15, inciso II, da IN 319/99, acima transcrito, com reflexo patrimonial aos acionistas minoritários. Vejamos:

Em primeiro lugar, porque a participação na TNL foi adquirida pela TELEMAR PART mediante a assunção de um passivo, e sendo assim, a TNL passaria a ser responsável por esse passivo. Ou seja, haveria um reflexo patrimonial negativo para os acionistas minoritários.

Em segundo lugar, a amortização do ágio constituído com base na rentabilidade futura, contra os lucros a serem obtidos, reduzindo, conseqüentemente, os dividendos futuros dos acionistas, principalmente dos minoritários que não participaram do leilão.

Nos dois casos, haveria, assim, uma vantagem indevida do acionista controlador em prejuízo dos minoritários, e foi justamente por isso que a CVM interveio e expediu as normas sobre o tema.

De fato, a integralização de capital na empresa 140 Participações com as ações da TNL teve por objetivo — alcançado com sucesso — evitar esse prejuízo aos demais acionistas. Esse seu objetivo, ou seja, a operação realizada foi guiada, como afirmado, por razões de cunho apenas societário, não fiscal.

Não se obteve, com a operação, a criação de qualquer vantagem fiscal, muito menos a prática de uma ilicitude. A contribuinte não praticou atos para obter um tratamento fiscal mais benéfico, ao qual ela não teria direito. Ao revés, no caso concreto, a contribuinte já se encontrava em perfeitas condições para a aplicação da norma fiscal.

Ademais, a Lei nº 9.472 (LGT) estabelecia em seu artigo 202, que:

“Art. 202. A transferência do controle acionário ou da concessão, após a desestatização, somente poderá efetuar-se quando transcorrido o prazo de cinco anos, observado o disposto nos incisos II e III do art. 98 desta Lei.

§ 1º Vencido o prazo referido no caput, a transferência de controle ou de concessão que resulte no controle, direto ou indireto, por um mesmo acionista ou grupo de acionistas, de concessionárias atuantes em áreas distintas do plano geral de outorgas, não poderá ser efetuada enquanto tal impedimento for considerado, pela Agência, necessário ao cumprimento do plano.

§ 2º A restrição à transferência da concessão não se aplica quando efetuada entre empresas atuantes em uma mesma área do plano geral de outorgas.”

Ora, se a TNL incorporasse a TELEMAR PART, ainda em razão da dívida - correspondente a 60% do preço da aquisição das ações -, estaria violando a regra do artigo 202 da LGT, visto que haveria mudança no controle acionário da empresa, na medida em que seriam emitidas, com a incorporação, ações em substituição aquelas já existentes, reduzindo, em consequência, a participação dos vencedores do leilão substancialmente, ficando inferior a 50% do capital social e, portanto, em desacordo com a LGT.

Pois bem, este é o filme que deve ser analisado, que se inicia com todas as regras do Programa Nacional de Desestatização, inclusive aquela que regulamentou a dedutibilidade do ágio e incentivou a reorganização societária de empresa, e termina, no caso, com a TNL seguindo exatamente o roteiro de promover uma reorganização societária e realizar a dedução, para efeitos fiscais a que tinha direito com o ágio pago na aquisição das ações. E é neste contexto, penso eu, que deve ser analisada a questão.

E aí vem a pergunta, onde está o abuso de direito?

Com a devida *vênia* da r. decisão, não vejo no caso em exame a dissimulação de qualquer aspecto da legislação de regência. Inexistiu abuso do direito, da forma jurídica ou da interpretação da *mens legis*, eis que os negócios jurídicos praticados pela Recorrente tiveram evidente motivação no plano societário e não se resumiram apenas a provocar a economia do imposto, conforme visto pelo Nobre Julgador da decisão recorrida.

Portanto, analisando todas as etapas do processo de desestatização até os resultados concretos que levaram as empresas a aproveitarem o ágio por intermédio de empresas ditas veículos, não vejo com enquadrar esta operação como sendo um planejamento tributário abusivo, conforme entendeu a r. decisão recorrida, mesmo porque, para restar compreendida como abusiva, uma conduta deve refletir um conflito entre forma e substância, e a prova de tal conflito deve ser feita com base em elementos objetivos e deve inexistir justificativa razoável para tal operação, a qual não seja mera vantagem fiscal, o que, diga-se de passagem, em nenhum momento ficou comprovado nos autos.

E a melhor forma de justificar esta conclusão é adentrar no último questionamento inicialmente posto, o de saber o que ocorreu na realidade, repita-se, na realidade vista na sua inteireza, e não uma realidade parcial, como fez a r. decisão recorrida.

Eis a questão: **Estamos diante de um planejamento tributário?**

Utilizando o mesmo método da decisão recorrida, isto é, do método proposto por Marco Aurélio Greco, entendo enquadrar-se as operações na categoria das "condutas desejadas (induzidas)" e das "condutas positivamente autorizadas pelo ordenamento", cuja pecha de planejamento tributário inoponível ao fisco é rechaçada pelo próprio Greco, a saber:

"Cumpre, desde logo, mencionar três conjuntos de situações que ficarão fora do presente estudo por não configurarem nem planejamento nem elisão.

Estes três conjuntos têm em comum serem formados por condutas que recebem do ordenamento uma qualificação – pelo menos no plano teórico- com maior grau de precisão, quanto ao modo pelo qual ele as trata. Ou seja, não obstante a imanente faixa de imprecisão (a fuzzyness) que cerca toda realidade e todo processo teórico que a ela se reporta, é possível, com pequeno grau de incerteza, identificar:

- condutas repelidas;
- condutas desejadas (induzidas); e
- condutas positivamente autorizadas pelo ordenamento.

Estes três conjuntos de condutas, por se revestirem dessa qualificação jurídica mais nítida, ficarão fora do presente estudo, embora mereçam alguns comentários neste capítulo, pois saber o que não compõe nosso objeto de estudo auxilia na sua identificação e precisão.”³

As condutas desejadas (induzidas) pelo ordenamento, segundo Greco, são as seguintes⁴:

"O segundo conjunto de hipóteses que deve ser apartado do planejamento tributário compõe-se das situações em que o ordenamento positivo deseja certo resultado e veicula preceitos no sentido de viabilizar ou induzir condutas dos destinatários da norma. E estas condutas podem, em certos casos, até mesmo levar a um tributo menor.

Este conjunto engloba duas principais categorias:

- a denominada extrafiscalidade pura; e, particularmente,*
- o engajamento do contribuinte em programas de incentivo.*

Menciono separadamente estas duas figuras, pois embora tenham base conceitual comum (utilizar o instrumento jurídico para induzir comportamentos humanos), a prática mostra que, por um lado, existem situações em que o objetivo visado pela norma é alcançado por outro lado, o atingimento do objetivo depende de um maior esforço do destinatário, muitas vezes consistente na realização de investimentos vultosos ou na formulação de compromissos de desempenho (exportar, incrementar produção, etc).”

E exemplifica o ilustre tributarista:

"Em determinadas hipóteses, como por exemplo no caso dos produtos sem muita felicidade denominados “supérfluos” ou produtos de baixo grau de essencialidade, a maior carga tributária imposta pelo ordenamento induz o contribuinte a fazer uma substituição material e deixar de consumir determinado produto. Promover a substituição material e passar a consumir outro produto é realizar planejamento tributário? Não. Esta hipótese está fora do campo do planejamento porque de certo modo a conduta que implica menor carga tributária apresenta uma intersecção com sentido da diretriz inerente ao ordenamento.

Em outras hipóteses, a submissão a um menor imposto sobre a renda depende da instalação de uma fábrica em determinado ponto do território nacional. Nestes casos, não há dúvida de que a conduta de seguir a diretriz da norma de incentivo fiscal acarretará menor carga tributária, mas este efeito é desejado pelo ordenamento. Ele quer tributar em menor dimensão os rendimentos que decorrerem de atividades econômicas que

³ Obra referida, p.76

⁴ Obra referida, p. 84/85

atendem à busca da redução das desigualdades regionais ou, então, os que resultem da exploração de determinada atividade, etc.

Greco ressalta ainda, que⁵:

"O tema de incentivos e da extrafiscalidade é amplo e sua referência foi feita apenas para mostrar que há um conjunto de situações em que o contribuinte pode ser induzido, instado, estimulado a adotar certa conduta cujo instrumento para sensibilizá-lo é a previsão de vantagens no campo tributário, inclusive desonerações de carga tributária.

Ora, quando o contribuinte decide agir no sentido indicado pelo ordenamento e, com isto, usufrui da menor tributação, não estamos perante hipótese de planejamento tributário nem de elisão.

Em suma, não é a simples circunstância de haver um resultado favorável ao contribuinte que, ipso facto, trata-se de hipótese de planejamento ou elisão."

Nesse diapasão, entendo que o fato inquinado de planejamento tributário, visto na sua inteireza, repito, o filme, é uma conduta desejada ou induzida pelo ordenamento jurídico, como robustamente demonstrado acima. Ora, o próprio intérprete autêntico, o legislador, reconhece isso, conforme se depreende da exposição de motivo da Comissão de Finanças e Tributação, que rejeitou a revogação do inciso III do artigo 7º da Lei nº 9.532/97, ao acolher o voto do Relator que, textualmente, assevera que este dispositivo teve a função de estimular *"o investimento em outras empresas e a reorganização societária, tão importantes num contexto de baixo crescimento econômico do país"* sendo que *"O investimento em outras empresas e a reorganização societária contribuem para o fortalecimento das bases da economia nacional."*

E mais, é possível enxergar no filme todos aqueles atos praticados pela Recorrente, como sendo uma conduta *"positivamente autorizada"* pelo ordenamento, consoante ensina Greco⁶:

"Neste contexto situa-se a figura das opções fiscais, que são alternativas criadas pelo ordenamento, propositalmente formuladas e colocadas à disposição do contribuinte para que delas se utilize, conforme a sua conveniência.

Estas estão fora do âmbito do planejamento, pois correspondem a escolhas que o ordenamento positivamente coloca à disposição do contribuinte, abrindo expressamente a possibilidade de escolhas. O ordenamento indica dois caminhos deixando ao contribuinte a escolha de seguir um ou outro, sendo que eventualmente um deles pode ser menos oneroso do que o outro. Nas opções estamos sempre perante hipóteses em que há uma escolha expressa que o ordenamento coloca à disposição do contribuinte, hipótese clássica de lei dispositiva.

⁵ Obra referida, p. 92

⁶ Obra referida, p.92/93

Processo nº 18471.000999/2005-29

SI-CFII
Fl. 55

Acórdão n.º 1301-000.711

Por isso, a opção fiscal desenha uma hipótese de conduta positivamente autorizada pelo ordenamento. Não chega a ser hipótese de incentivo ou induzimento a determinada conduta, mas trata-se de uma escolha de ordenamento que expressamente cria e cujos efeitos tributários (de menor tributação) ele assegura. Trata-se de figura semelhante àquela que Hans Kelsen examina sob o nome de “conduta regulada positivamente” ou “liberdade em sentido positivo”.

No caso aqui discutido, além de ter sido uma forma de aumentar o preço das ofertas no leilão de privatização e estimular as reorganizações societárias (condutas induzidas), o artigo 7º da Lei nº 9.532/97, atribui ao contribuinte o termo “*a quo*” para o exercício do seu direito de deduzir o ágio (opção fiscal), ao condicionar a dedutibilidade do ágio a partir do evento incorporação, fusão ou cisão, consoante explicitado no dispositivo.

O fato é que a decisão sobre o evento de incorporação, fusão ou cisão compete exclusivamente aos acionistas das empresas, a ninguém mais, razão pela qual não vejo como atribuir à pecha de abusividade as operações praticadas pela contribuinte com o intuito de aproveitar a parcela do preço pago à União no leilão de privatização, denominado de ágio.

A análise do evento isolado de incorporação e a consequência esdrúxula de sua desconsideração

E mesmo que analisarmos isoladamente o evento de incorporação da empresa 140 PARTICIPAÇÕES pela TNL, ainda assim não consigo enxergar qualquer direito exercido de forma abusiva, como sustentou a decisão recorrida. O argumento central da decisão para inquirir de abusivo esta incorporação, seria o fato de inexistir um interesse econômico. Para chegar a esta conclusão, tentando compilar o seu aresto anulado, várias indagações foram postas para se perquirir a economicidade da operação, que são:

- pesquisando sobre o motivo/vontade que levou a interessada a adotar a estratégia de incorporar a sociedade 140 PARTICIPAÇÕES S/A., será que o seu interesse foi o de observar o verdadeiro “espírito da lei”, a “vontade da lei” que atribui ao instituto da incorporação finalidade de agregação de empresas?

- Será que a “vontade da interessada” coincidiu com a “vontade da lei”, cujo desejo é que o instituto da incorporação apresente uma finalidade econômica?

- Será que as operações realizadas tiveram como objetivo essa finalidade econômica, consistente, por exemplo, em agregar o patrimônio da empresa incorporada, reunir atividades econômicas para reduzir custos, otimizar desempenho, incorporar tecnologia, conquistar fatia de mercado trazendo para si novos clientes a fim de tornar-se mais conhecida no ramo, melhorar suas condições para fazer face à concorrência, etc?

O primeiro ponto é a alegada agregação de empresas como sendo uma finalidade do instituto da incorporação, que deveria ter um cunho econômico, pois “*a operação de incorporação tem como fundamento a venda, por parte dos acionistas da incorporada, de*

Processo nº 18471.000999/2005-29

SI-CFII
Fl. 56

Acórdão n.º 1301-000.711

parcela de seu patrimônio aos acionistas da incorporadora e a compra, com o valor da venda, de parte do patrimônio da incorporadora. (item 52 da decisão)”. Nada mais equivocado.

Veja, toda a interpretação emocional da decisão recorrida, com o devido respeito, parte de uma operação em que se está incorporando empresas com controle distintos, tal como regulado pelo artigo 227 da Lei da S/A, textualmente citado pela decisão no item 48, e que serviu de ponto de partida para todo o raciocínio.

Acontece que a incorporação de empresa controlada sofreu do ordenamento jurídico uma regulação específica, prevista no artigo 264 da Lei nº 6.404/76, na medida em que se trata de um negócio consigo mesmo ou “self-dealing transaction”.

Alfredo Lamy Filho, tratando desse dispositivo, afirma que “o direito brasileiro regulou, expressamente, a matéria, e ao fazê-lo afastou a discussão doutrinária sobre a eficácia da “self-dealing transaction” por isso que previu a incorporação de controlada pela controladora, isto é, de empresas sob o mesmo controle.” (in Temas de S.A., RJ, Renovar, 2007, p. 258).

Aliás, a exposição justificativa do anteprojeto, sobre o artigo 264, mostra a diferença entre a incorporação realizada entre empresas com controle distintos, tal como regulado no artigo 227, e entre empresas com mesmo controle, a saber:

“A incorporação de companhia controlada requer normas especiais para a proteção de acionistas minoritários, por isso que não existem, na hipótese, duas maiorias acionárias distintas, que deliberem separadamente sobre a operação, defendendo os interesses de cada companhia”.

Por isso que a decisão sobre a criação e a extinção de empresas controladas compete exclusivamente aos acionistas das empresas. A criação de empresas, inclusive de empresas veículos que, aliás, foram amplamente utilizadas pelo próprio Governo para formatar o sistema de privatização, bem como a sua extinção por incorporação, independe de qualquer motivação econômica ou financeira, pois está na órbita exclusiva da decisão dos sócios, como bem ressalta Renato Ventura Ribeiro, Professor Doutor da USP - Largo de São Francisco -, que ensina:

“Os motivos para incorporação de companhia controlada são bem variados, como concentração empresarial, para ganhos de eficiência, possibilidade de maior crescimento, benefícios tributários, oportunidades de aquisição a preços baixos, integrações verticais, proteção contra ofertas hostis, entre outros.

A decisão da incorporação, independente da motivação, decorre apenas de uma única vontade, a dos controladores da incorporadora.

Com isso, ela diferencia-se das incorporações nas quais estão envolvidas sociedades com controladores distintos, pois uma das particularidades da incorporação de companhia controlada, como já dito, é a existência de apenas uma única vontade.”

Processo nº 18471.000999/2005-29

SI-CFII
Fl. 57

Acórdão n.º 1301-000.711

O mesmo raciocínio do ilustre Professor da USP vale para a incorporação da controladora pela controlada. Aliás, o artigo 8º da Lei nº 9.532/97, corrobora esta assertiva, também para efeitos fiscais, ao prescrever que a dedutibilidade do ágio está garantida, inclusive na incorporação reversa, a saber:

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

(...)

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

Por essas razões não faz o menor sentido a motivação que levou o auto de infração considerar ter ocorrido um planejamento inoponível ao fisco, por não ter havido razão econômica "na aproximação dos interessados" relativamente à incorporação havida da empresa 140 PARTICIPAÇÕES pela TNL, de modo a possibilitar a dedução do ágio.

Ademais, a criação de empresas veículos envolvendo as empresas que fizeram parte da privatização foi amplamente abordada e regulada pela CVM, por intermédio da Instrução CVM nº 349/01, para ajustar as distorções em razão da regulação anterior prevista na Instrução CVM nº 319/99, que tratava da matéria, passando a determinar o seguinte:

"Art. 1º - O art. 6º da Instrução CVM nº 319, de 3 de dezembro de 1999, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 6º -

.....

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

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

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

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

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

..... (NR)

A Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349/2001 explica os ajustes das distorções provocadas pela regulação anterior em razão do aproveitamento do ágio, a saber:

"NOTA EXPLICATIVA À INSTRUÇÃO CVM Nº 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 caso 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.

Por outro lado, a criação da empresa veículo e a transferência, para esta, do investimento original e, também, do ágio permitiram que, através desse modelo de incorporação, houvesse a possibilidade do seu aproveitamento fiscal, fazendo surgir, contabilmente, uma espécie de crédito tributário fundamentado na diminuição futura do imposto de renda e da contribuição social, em virtude da possibilidade da amortização desse ágio. Portanto, esse benefício fiscal é a única parcela do ágio que poderá ser aproveitada na controlada e que tem substância econômica. Essa é também a parcela do ágio que a CVM vem entendendo, conforme estabelecido na Instrução CVM nº 319, que pode ser capitalizada em proveito exclusivo do controlador. É, portanto, somente essa parcela com substância econômica que pode ser considerada um ativo e que poderia vir a ser capitalizada.

Algumas companhias, a partir da atuação de seus auditores e com a concordância das áreas técnicas desta Comissão, constituíram uma provisão no valor integral ou parcial do valor do ágio transferido, de forma a reconhecer como ativo e como reserva especial somente o montante relativo ao benefício fiscal. A constituição dessa provisão permitiu, ainda, a essas companhias atenderem plenamente uma outra exigência da Instrução CVM nº 319 que estabelece que os dividendos dos acionistas não controladores não podem ser diminuídos pelo montante do ágio amortizado.

A CVM se pronunciou formalmente a esse respeito no OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP/Nº 01/2000, em que menciona que a análise quanto à recuperação do valor do ágio deve ser feita também "por ocasião da incorporação da controlada ou da controladora, por companhia aberta. Se, em função dessa análise, for verificado que o ágio pode não ser recuperável, parcial ou totalmente, a companhia deverá constituir provisão no montante do valor que espera não recuperar, devendo essa provisão ser apresentada por dedução da conta em que o ágio foi registrado". Não obstante essa manifestação, tem sido

argüido que a inexistência de uma norma impositiva da CVM, determinando a obrigatoriedade da constituição dessa provisão, poderia suscitar a adoção de procedimentos não homogêneos para um mesmo evento econômico, com reflexos diferenciados no patrimônio e nos resultados das companhias abertas.

Em decorrência, o art. 1º da nova Instrução veio preencher essa lacuna ao determinar, em última análise, que o ágio na incorporação da controladora, cujo fundamento tenha sido perspectiva de rentabilidade futura ou mesmo direitos de concessão, seja reconhecido nas demonstrações contábeis da incorporadora apenas pelo montante do benefício fiscal esperado. O referido artigo permite também que, para fins de divulgação, esse benefício fiscal seja classificado, de acordo com a sua natureza e prazo de realização, em conta específica do ativo circulante e do realizável a longo prazo.

Essa forma de classificação, como crédito tributário, visa registrar a essência econômica do direito realizável, qual seja, a possibilidade da sua transformação em fluxo positivo de caixa em decorrência da dedutibilidade fiscal. Deve ter, portanto, o tratamento de um Ativo Fiscal Diferido sujeito às regras de reconhecimento e divulgação previstas na Deliberação CVM nº 273/98.

Deve ser ressaltado que a adoção obrigatória das disposições contidas no art. 1º somente alcança as incorporações ocorridas a partir da data da publicação da nova Instrução no Diário Oficial da União. Existem, no entanto, algumas companhias que adotaram procedimentos diferentes da presente norma respaldados na Instrução CVM nº 319 e até mesmo no vazio normativo existente antes da edição da referida Instrução. Nessas circunstâncias, é evidente que as disposições contidas no art. 1º não podem ter alcance obrigatório sobre essas companhias. No entanto, objetivando permitir um tratamento uniforme dessa matéria, facilitando a comparação entre as demonstrações contábeis das diversas companhias que adotaram esse modelo de incorporação, especialmente entre aquelas que atuam em um mesmo segmento econômico, o art. 2º veio permitir a essas companhias ajustarem as suas demonstrações contábeis, constituindo a referida provisão sem transitar diretamente pelo resultado do exercício, tendo como contrapartida o saldo da reserva especial de ágio. Essa possibilidade alcança, inclusive, as incorporações ocorridas no exercício findo em 31.12.2000. Neste caso, a Instrução prevê a possibilidade das companhias efetuarem esse ajuste a partir da data do início do exercício social, devendo, no entanto, refazer e apresentar à CVM e às Bolsas novas Informações Trimestrais (ITR) devidamente ajustadas.

Foi mencionado que, concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original. Dessa forma, torna-se necessário que, na avaliação do investimento na

controladora, sejam recompostos os montantes da equivalência patrimonial e do ágio remanescente.

Embora a nova Instrução não trate da divulgação de fato relevante, é importante mencionar que, em havendo efeito relevante em decorrência da faculdade prevista no art. 2º, deverão ser observadas as disposições contidas na Instrução CVM nº 31/84.

Finalmente, cabe ressaltar que, objetivando possibilitar às companhias abertas optarem pelo ajuste previsto no art. 2º ainda nas suas demonstrações contábeis de 31.12.2000, a CVM, em caráter excepcional, não se utilizou do processo de colocação dessa Instrução em audiência pública. O assunto, no entanto, foi objeto de análise no âmbito da Comissão Consultiva sobre Normas Contábeis – grupo de trabalho criado pela CVM, nos termos da Deliberação CVM nº 161/94, e integrada por representantes da Associação Brasileira dos Analistas do Mercado de Capitais (Abamec), da Associação Brasileira das Companhias Abertas (Abrasca), do Conselho Federal de Contabilidade (CFC), da Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras (Fipecafi) e do Instituto Brasileiro de Contadores (Ibracon).”

Veja que eventual distorção econômica na utilização da empresa veículo foi causada pela própria regulação levada a efeito pela Instrução CVM nº 319/99, e não pelo veículo utilizado em si. Esta nova Instrução veio consertar isso, legitimando a uso da empresa veículo do ponto de vista econômico, determinando o tratamento do ágio como sendo um Ativo Fiscal Diferido.

E neste ponto, cabe retomar a análise dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Todos reconhecem que tais dispositivos vieram regular um benefício fiscal. Aliás, o artigo 7º da Instrução CVM 319/99, foi explícito neste ponto, vejamos:

“Art. 7º - O protocolo de incorporação de controladora por companhia aberta controlada poderá prever que, nos casos em que a companhia vier a auferir benefício fiscal, em decorrência da amortização do ágio referido no inciso III do art. 6º - desta Instrução, a parcela da reserva especial de ágio na incorporação correspondente a tal benefício poderá ser objeto de capitalização em proveito do acionista controlador.”

Mas é importante registrar que a obrigação do registro do ágio na aquisição de participação societária decorre da regra do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, ao prescrever que:

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

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

Processo nº 18471.000999/2005-29

SI-CFII
Fl. 61

Acórdão n.º 1301-000.711

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

O ágio, a rigor, é neutro do ponto de vista fiscal, somente produzindo efeitos nesta órbita quando da alienação ou liquidação do investimento. Antes da Lei nº 9.532 tratar da questão, o ágio na baixa do investimento mediante incorporação, fusão e cisão era considerado uma perda de capital, plenamente dedutível para efeito de imposto de renda, nos termos do artigo 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77:

“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;”

Em razão da incorporação há a liquidação do investimento, representando o ágio uma perda de capital imediata dedutível do IRPJ e da CSLL, como, alias, é a jurisprudência desse E. Conselho (Acórdãos nºs. 101-89.158, 101-88.018, 107-04.213 e 107-05.875).

Então, até o advento da Lei nº 9.532/97, quando da liquidação do investimento, a dedutibilidade do ágio decorria de sua própria natureza de perda de capital, que afetava o lucro contábil da empresa, reduzindo, por conseguinte, imediatamente, o lucro tributário.

Por sua vez, a Lei nº 9.532/97, deu um tratamento diverso ao ágio reconhecido nos termos do artigo 20 do Decreto-lei n. 1598/77, e o fez apenas para efeito fiscal. Regulou o aproveitamento do ágio condicionado ao evento absorção do patrimônio e montante ao longo de determinado prazo. Com efeito, a cabeça e o inciso III do artigo 7º da Lei 9532/97, prescrevem o seguinte:

“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:

...

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;”

Processo nº 18471.000999/2005-29

SI-CFII
Fl. 62

Acórdão n.º 1301-000.711

Assim, este dispositivo previu a amortização do ágio com fundamento em rentabilidade futura apenas para efeitos fiscais, tanto que a norma fala em “*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*”.

Em outras palavras, estabeleceu o dispositivo uma nova regra para a utilização do ágio, diferente daquela prevista anteriormente, possibilitando o contribuinte, sob determinada condição (absorver o patrimônio) e por prazo certo, forma de reduzir a base de cálculo do IRPJ mensalmente por, ao menos, 60 meses.

No presente caso, o auto de infração e a decisão recorrida suprimiram este benefício fiscal ao criarem condições inexistentes na própria legislação tributária, mais precisamente, no inciso II, do artigo 7º, da Lei nº 9.532/97. Esse dispositivo condicionou a amortização do ágio apenas e tão somente à absorção do patrimônio da investida pela investidora ou vice-versa (art. 8º da norma legal), absorção esta que só pode ocorrer mediante incorporação, cisão ou fusão.

Veja-se que o evento condicionante trazido pela norma não é, em si, a incorporação, fusão ou cisão, mas sim a absorção do patrimônio. E por que a absorção do patrimônio foi determinada como evento condicionante para o contribuinte usufruir o benefício condicional? Simples! Porque com a absorção do patrimônio este ágio simplesmente desaparece, na medida em que há uma confusão do patrimônio de uma empresa com a outra. O artigo 219 da Lei nº 6.404/76, é claro ao dizer que: “*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.”

Veja que o inciso III, do artigo 7º, da Lei nº 9.532/97 abarca apenas as extinções realizadas mediante incorporação, fusão ou cisão, e não abarca a regra do encerramento por liquidação, em que o ágio será considerado perda de capital.

No caso dos autos ocorreu este evento, conforme se denota de todos os documentos acostados; a TNL absorveu o patrimônio da empresa 140 PARTICIPAÇÕES, que foi extinta, fazendo desaparecer, pela confusão patrimonial, o ágio existente.

Portanto, a condição da regra fiscal foi cumprida, fazendo *jus*, o contribuinte, a usufruir no prazo determinado (mínimo e máximo estipulado) o benefício fiscal estabelecido, que não pode ser revogado por uma nova norma legal, e muito menos por ato administrativo, como é o auto de infração.

Na verdade, há uma total inversão da questão no caso. Uma coisa é o contribuinte utilizar-se de negócios jurídicos para obter vantagens fiscais.

Como é sabido, este Conselho vem reiteradamente rechaçando operações, como a denominada “casa e separa”, ou mesmo o “ágio interno”, quando a causa da operação societária é tão somente a criação de uma vantagem fiscal.

Outra coisa completamente diversa é quando a legislação tributária cria regra fiscal para regular a utilização pelo contribuinte de determinadas “vantagens fiscais” (dedução

Processo nº 18471.000999/2005-29

SI-CFII
Fl. 63

Acórdão n.º 1301-000.711

de despesa, amortização, etc.), trazendo e regulando em seu bojo eventos, por exemplo, elementos e situações do direito societário, civil ou comercial.

Nas perdas no recebimento de créditos, por exemplo, a legislação fiscal – RIR/99 - criou uma série de regras para possibilitar a sua dedução, dispondo que:

Art. 340. As perdas no recebimento de créditos decorrentes das atividades da pessoa jurídica poderão ser deduzidas como despesas, para determinação do lucro real, observado o disposto neste artigo (Lei nº 9.430, de 1996, art. 9º).

§ 1º Poderão ser registrados como perda os créditos (Lei nº 9.430, de 1996, art. 9º, § 1º):

I - em relação aos quais tenha havido a declaração de insolvência do devedor, em sentença emanada do Poder Judiciário;

II - sem garantia, de valor:

a) até cinco mil reais, por operação, vencidos há mais de seis meses, independentemente de iniciados os procedimentos judiciais para o seu recebimento;

b) acima de cinco mil reais, até trinta mil reais, por operação, vencidos há mais de um ano, independentemente de iniciados os procedimentos judiciais para o seu recebimento, porém, mantida a cobrança administrativa;

c) superior a trinta mil reais, vencidos há mais de um ano, desde que iniciados e mantidos os procedimentos judiciais para o seu recebimento;

De fato, na maioria dos casos, por questões de mercado, os comerciantes só iniciam uma cobrança administrativa ou judicial da dívida em casos extremos. Tentam, em primeiro plano, todas as formas para cobrar a dívida amigavelmente, como, aliás, faz a própria Receita Federal do Brasil para cobrar seus créditos.

Porém, o comportamento de ingressar com medida judicial pode ser alterado em razão de aspectos estritamente fiscais, com o intuito de o contribuinte obter a dedutibilidade da perda com o crédito. Assim, por exemplo, se o contribuinte possui um crédito de R\$ 500.000,00, vencido há mais de um ano, pode iniciar o processo judicial por motivos exclusivamente fiscais, isto é, para obter a dedução da perda como despesa.

E neste caso, não cabe ao intérprete perquirir se este processo judicial é procedente ou improcedente, razoável ou não razoável, bom ou ruim. A lei fiscal não trouxe esses elementos qualificativos do evento que condiciona a dedutibilidade da perda.

Na verdade, neste e noutros casos, a lei fiscal induz o comportamento, ou seja, interfere na própria vontade do contribuinte. A vontade, o impulso que leva a prática da ação é eminentemente fiscal.

Realmente, não há qualquer abusividade ou ilicitude no caso de o contribuinte realizar determinado negócio jurídico motivado por vantagens fiscais instituídas

Processo nº 18471.000999/2005-29

SI-CFII
Fl. 64

Acórdão n.º 1301-000.711

pela legislação. O que é ilícito, por ser abusivo, seria a causa de o negócio jurídico ser a vantagem fiscal. Não há ilícito o fato de a motivação ser fiscal. Este é o ponto fundamental, pois causa e motivo são coisas distintas.

A causa é de natureza objetiva, enquanto que o motivo é subjetivo. O motivo constitui a causa impulsiva, a causa, a causa final.⁷ MOREIRA ALVES, resume bem a questão, quando ensina que:

“a causa de um negócio jurídico difere dos motivos que levaram as partes a realizá-lo. Com efeito, a causa se determina objetivamente (é a função econômico-social que o direito objetivo atribui a determinado negócio jurídico); já o motivo se apura subjetivamente (diz respeito aos fatos que induzem as partes a realizar o negócio jurídico). No contrato de compra e venda, a causa é a permuta entre a coisa e preço (essa é a função econômico-social que lhe atribui o direito objetivo; essa é a finalidade prática a que visam, necessária e objetivamente, quaisquer que sejam os vendedores e quaisquer que sejam os compradores); os motivos podem ser infinitos (assim, por exemplo, alguém pode comprar uma coisa para presentear com ela um amigo). (...) A distinção entre causa e motivo é importante porque, em regra, a ordem jurídica não leva em consideração o último.”

Assim, a título de síntese, enquanto a causa é a função típica de determinado negócio jurídico, o motivo é a razão metajurídica que levou a pessoa a realização do mesmo, que só influenciará na órbita jurídica se esta motivação for ilícita (art. 166 do CCv.).

O problema da reorganização societária “ilícita” do ponto de vista tributário está quando a causa, isto é, a função econômico-social que o direito objetivo atribui a determinado negócio jurídico, é distorcida para criar, instituir ou estabelecer uma vantagem fiscal. Aliás, a própria decisão recorrida cita casos em que o vício encontra-se na causa típica dos negócios jurídicos, como no acórdão 101-96.724, que tratou de “ágio fabricado internamente”. Neste caso, a operação societária cria um ágio artificialmente, para assim obter a vantagem fiscal.

O vício está na formação do ágio e não no seu aproveitamento posterior, quando da incorporação. Entretanto, é óbvio que o vício do ágio macula o seu próprio aproveitamento.

Mas se o ágio é legítimo como no caso em tela, o seu aproveitamento deve seguir a causa típica estipulada no ordenamento para a incorporação de empresas. Se na compra e venda a causa é a permuta entre a coisa e preço, como asseverou Moreira Alves, na incorporação a causa típica é a absorção de uma ou mais sociedades por outra; esta é a função econômico-social que lhe atribui o direito objetivo, como deixa patente o art. 227 da Lei nº 6.404/76, *verbis*:

“Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.”

⁷ cf. W. Barros Monteiro, p29

Processo nº 18471.000999/2005-29

SI-CFII
Fl. 65

Acórdão n.º 1301-000.711

A absorção do patrimônio de uma empresa por outra é a finalidade prática a que visam, necessária e objetivamente, quaisquer que sejam as empresas incorporadoras e incorporadas, constituindo, esta, por conseguinte, a sua causa típica.

E foi exatamente esta causa típica, a pessoa jurídica absorver o patrimônio de outra, estipulada pelo artigo 7º, III, da Lei nº 9.532/97, como condição para o contribuinte usufruir da regra do benefício fiscal oneroso.

Neste caso, a lei concede o benefício fiscal, e condiciona o seu aproveitamento, isto é, a vantagem fiscal estipulada em lei, à pessoa jurídica absorver o patrimônio de outra. Trata-se de indução da norma fiscal à realização de absorção de patrimônio de empresa por intermédio de incorporação, cisão ou fusão, o que não passou despercebido do Poder Legiferante, que corroborou isso ao vetar o projeto de lei que pretendia revogar a norma isencional em tela, como acima demonstrado.

Assim, por tudo que foi dito acima, entendo, sem nenhuma dúvida, não ter ocorrido, quer simulação, quer abuso de direito e/ou planejamento tributário em desacordo com a lei, mas tão somente a prática de conduta abarcada e induzida pelo ordenamento jurídico, por intermédio das regras estipuladas nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, sem qualquer prejuízo para Fazenda Pública que pudesse caracterizar economia ilícita de imposto, pois a escolha de outras soluções legais e direta como a incorporação, produziria idêntica consequência tributária com relação à amortização de ágio feita por intermédio da empresa veículo.

Pelo exposto, DOU provimento ao recurso voluntário. Quanto ao recurso de ofício, sua apreciação fica absorvida pelo decidido no recurso voluntário, e por consequência, nego-lhe provimento.

É como voto.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2011.

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri, Relator.