



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

Processo n° 12448.724782/2012-48
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1402-001.949 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de março de 2015
Matéria AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO
Recorrentes ECISA PARTICIPAÇÕES LTDA.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007, 2008

PROVA. REORGANIZAÇÕES QUE LEVAM AO MESMO RESULTADO TRIBUTÁRIO. CORRELAÇÃO DE LICITUDES. INEXISTÊNCIA.

O simples fato de existir uma reorganização societária lícita que não utiliza empresa veículo não fundamenta adequadamente a conclusão de que outra forma de reorganização é lícita ou ilícita, utilize ela ou não aquele tipo de empresa, chegue ou não ao mesmo resultado tributário.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

PROVISÃO PARA PERDAS EM INVESTIMENTOS E SUA REVERSÃO.

Comprovado na impugnação, com confirmação em diligência efetuada, que as provisões para perdas em investimentos foram neutras relativamente à apuração da base de cálculo do IRPJ, e que as suas reversões só também ficaram neutras com as exclusões efetuadas pelo contribuinte, cancela-se a glosa destas exclusões.

IRPJ/CSLL. UTILIZAÇÃO DE SOCIEDADE VEÍCULO. REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO TRANSFERIDO. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO INDEVIDA.

1. O direito à contabilização do ágio não pode ser confundido com o direito à sua amortização.
2. Em regra, o ágio efetivamente pago - em operação entre empresas não ligadas e calcadas em laudo que comprove a expectativa de rentabilidade futura - deve compor o custo do investimento, sendo dedutível somente no momento da alienação de tal investimento (inteligência do art. 426 do RIR/99).

3. A exceção trazida pelo caput do art. 386, e seu inciso III, pressupõe uma efetiva reestruturação societária na qual a investidora absorve parcela do patrimônio da investida, ou vice-versa (§6º, II). A operacionalização de tal reestruturação de forma artificial, calcada em operações meramente formais e com fins unicamente tributários mediante utilização de “empresas veículo”, não possui o condão de alterar a verdade dos fatos, de modo a transformar o que deveria ser contabilizado como custo do investimento em amortização de ágio.

3. A amortização do ágio oriundo de operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificiais e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal.

4. Nesse cenário, o ágio artificialmente transferido não pode ser utilizado para redução da base de cálculo de tributos.

5. A utilização de sociedade veículo, de curta duração, constitui prova da artificialidade daquela sociedade e das operações nas quais ela tomou parte, notadamente, no caso concreto, a transferência do ágio ao real investidor para fins de amortização.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2007, 2008

LANÇAMENTOS DECORRENTES. CSLL.

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 ou elementos novos a ensejar conclusões diversas.

Recursos de Ofício e Voluntário Negados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício. Por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Paulo Roberto Cortez, Moisés Giacomelli Nunes da Silva e Joselaine Boeira Zatorre. Ausente, justificadamente, a Conselheira Cristiane Silva Costa. Participou do julgamento a Conselheira Joselaine Boeira Zatorre.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Relator

Processo nº 12448.724782/2012-48
Acórdão n.º **1402-001.949**

S1-C4T2
Fl. 983

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Cristiane Silva Costa, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo de Andrade Couto e Paulo Roberto Cortez.

CÓPIA

Relatório

ECISA PARTICIPAÇÕES LTDA. recorre a este Conselho, com fulcro no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 1972, objetivando a reforma do acórdão nº 12.55.143 da 9ª Turma da Delegacia de Julgamento no Rio de Janeiro/RJ que julgou procedente em parte a impugnação apresentada.

Por bem refletir o litígio até aquela fase, adoto excertos do relatório da decisão recorrida, complementando-o ao final:

Trata-se dos Autos de Infração do IRPJ (fls. 510 a 527) e da CSLL (fls. 528 a 539), lavrados pela DRF – Rio de Janeiro I em 17/04/2012, com ciência da Interessada em 20/04/2012 (fl. 510 e fl. 528), por meio dos quais, para fatos geradores que teriam ocorrido em 30/06/2007, 30/09/2007, 31/12/2007, 31/03/2008, 30/06/2008, 30/09/2008 e 31/12/2008, foi apurado o seguinte crédito tributário:

| Demonstrativo do Crédito Tributário em R\$ | Auto de Infração IRPJ | Auto de Infração CSLL | Total |
|---|------------------------------|------------------------------|----------------------|
| Principal | 8.165.976,14 | 2.809.764,31 | 10.975.740,45 |
| Multa de 75% | 6.124.482,11 | 2.107.323,24 | 8.231.805,35 |
| Juros de Mora calculados até 04/2012 | 3.524.123,02 | 1.217.887,65 | 4.742.010,67 |
| Valor do Crédito Tributário Apurado | 17.814.581,27 | 6.134.975,20 | 23.949.556,47 |

2. *Na Descrição dos Fatos dos Autos de Infração do IRPJ, verifica-se que foram apuradas as seguintes infrações:*

[...]

3. *Do Termo de Constatação Fiscal de fls. 504 a 507, com anexos de fls. 508 a 509, extraí o seguinte:*

DAS AMORTIZAÇÕES DE ÁGIO

Foram observadas despesas com amortização de ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo Patrimônio Líquido. Tais valores estão registrados na conta Amortização de Ágio Dedutível – Cod. 3.32403 e se originaram da incorporação de duas acionistas da própria Ecisa Participações Ltda. – ECISAPAR, ocorridas ambas em dezembro de 2006. Nessa ocasião ECISAPAR incorporou Dylpar Participações S/A - DYLPAR, acionista com participação de 26 % no seu capital e Licia Participações Ltda. – LICIA, acionista com 55% do seu capital.

LICIA foi constituída em fevereiro de 2005, com capital de R\$ 1.500,00, por dois sócios - pessoas físicas e tinha como objeto social a participação e administração no capital de outras sociedades e administração de bens próprios. No entanto, tais sócios, em 20/10/2006, cederam suas quotas para BR Malls Participações S/A – BR MALLS que fez dois aportes de capital de R\$ 191.822.729,85 e R\$ 174.487.338,98, em 10/11 e 20/12/2006, respectivamente, passando a ser sua quotista integral.

Tais recursos, porém, foram aplicados diretamente por BR MALLS na aquisição de participações acionárias, em nome de LICIA, na ECISAPAR, DYLPAR e na Ecisa – Engenharia, Comércio e Indústria S/A – ECISAENG. Dessa forma, portanto, BR MALLS, através da LICIA, passou a ser sócia destes empreendimentos comerciais, que se constituem basicamente de exploração e administração de Shopping Centers. Foram nessas aquisições que o ágio em questão foi originado.

Pela compra das participações na ECISAPAR e ECISAENG, foram pagos R\$ 191.801.110,00, cabendo metade a cada uma delas, ou seja, R\$ 95.900.555,00, dos quais R\$ 58.320.450,11 e R\$ 62.819.255,06 respectivamente, a título de ágio por expectativa de rentabilidade futura. A liquidação se deu em 13/11/2006, através de dois cheques de emissão de Itatira Participações S/A, antiga denominação da BR MALLS, nominativos à LICIA, que os endossou em favor das beneficiárias.

A aquisição da DYLPAR se deu da mesma forma, em 20/12/2006, sendo os cheques endossados em favor de cada um dos seus antigos sócios. O valor pago foi de R\$ 174.487.338,98, dos quais R\$ 31.891.870,59 a título de ágio com o mesmo fundamento econômico.

Em atos contínuos, datados do final de dezembro de 2006, DYLPAR e LICIA foram cindidas em duas partes iguais e incorporadas por ECISAPAR e ECISAENG, nas mesmas proporções. Cabe então à BR MALLS as ações destas Cias, já que, através da LICIA e da DYLPAR, havia lhes adquirido o controle acionário.

Foi, portanto, pela incorporação de LICIA, sua acionista controladora, que ECISAPAR registrou o ágio pago nas referidas aquisições, passando a amortizá-lo a partir de janeiro de 2007.

Fica claro que o conjunto dos fatos ora relatados tratou de formalizar investimentos de recursos da BR MALLS em empreendimentos comerciais de seu interesse. É o que se observa no instrumento de Acordo de Investimento, Associação e Outras Avenças, firmado em 24/10/2006, onde estão esmiuçadas todas as particularidades e circunstâncias do negócio realizado, no qual não se vislumbram quaisquer óbices de natureza legal ou contratual.

No entanto, no aspecto formal, fica evidente o ânimo de tirar proveito fiscal da situação. Não há motivação que justifique a intermediação da LICIA no negócio, exceto um planejamento tributário que permitiu a sua incorporação, na tentativa de se utilizar a única hipótese legal de dedução de ágio, expressa no art. 386, III, do RIR/99. Essa intenção é, inclusive, manifestada nos próprios instrumentos de Protocolo e Justificação de cisão e incorporação de LICIA e DYLPAR.

Ora, diante das complexas exigências legais e regulatórias inerentes a uma Companhia Aberta, como é o caso da BR MALLS, LICIA foi “retirada da gaveta” em finais de outubro de 2006 para ser incorporada e extinta dois meses depois. No já mencionado Acordo de Investimento fica registrado, na cláusula segunda, que o seu objeto “é regular os termos e condições gerais pelos quais a BR MALLS, através da LICIA, se tornará acionista das Companhias e, indiretamente, dos empreendimentos e sociedades dos quais as Companhias participam,...”. Não houve nem a preocupação de revesti-la de formalidades extrínsecas. Ela foi omissa na entrega da DIPJ 2007, exercício em que lhe foram “aportados” os recursos envolvidos na operação. Como já mencionado, tais recursos, embora registrados na escrituração, jamais transitaram pelo seu caixa.

Vale salientar que, no caso, houve o que se convencionou chamar de incorporação às avessas. LICIA, a investidora, foi incorporada pelas investidas (ECISAPAR e ECISAENG). Portanto, o ágio que passou a ser amortizado por estas tem origem na aquisição de participação nelas próprias, as investidas. Ou seja, uma inversão absurda, onde quem amortiza o custo de aquisição são as beneficiárias dos recursos e não a fonte – BR MALLS. Não é essa, em absoluto, a hipótese legal prevista no referido art. 386, III, do RIR/99, senão vejamos:

[...]

Mais claro impossível. A permissão é para a pessoa jurídica investidora, aquela que suportou o ônus da aquisição da participação que porventura venha a incorporar.

Portanto, não há como admitir a amortização de ágio que vem sendo efetivada pela ECISAPAR. Os valores assim deduzidos estão sendo glosados, resultando no respectivo lançamento dos tributos devidos sobre os montantes registrados trimestralmente, conforme Demonstrativo anexo, cujas informações foram extraídas da escrituração contábil.

DA REVERSÃO DE PROVISÕES

Tais reversões têm origem na própria despesa de amortização de ágio. É que estas deduções foram levadas a cabo de duas formas distintas. Uma parcela, equivalente a 1/3, pelo simples registro da respectiva despesa de amortização, lançada a débito do resultado de cada exercício. Outra, equivalente a 2/3, na forma de exclusão na apuração do lucro real. Isto porque, segundo esclarecimentos prestados pela própria empresa, em resposta ao Termo de Intimação de 29/11/2011, por ser controlada de Companhia Aberta, a ECISAPAR está adstrita às determinações da Comissão de Valores Mobiliários, que regula a forma de contabilização do ágio nessas circunstâncias (Instrução CVM 349). Daí que, atendendo tal determinação, foram constituídas provisões equivalentes à diferença entre o valor a ser aproveitado como dedução dos tributos e o total do ágio, o que equivale a um estorno parcial das referidas despesas. Tais provisões foram então excluídas para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido de modo a recompor os montantes do benefício fiscal almejado.

Da mesma forma e pelas mesmas razões para a glosa das despesas com amortização, não se admitiu tais exclusões, o que resultou em lançamento dos tributos devidos, embora em infração distinta, sobre os montantes das exclusões trimestrais, conforme anexo 1 ao Termo de Intimação Fiscal de 29/11/2011, cujas informações foram extraídas do LALUR.

DAS OUTRAS EXCLUSÕES

No decorrer dos exames foram solicitados reiterados esclarecimentos a respeito da rubrica outras exclusões na apuração do lucro real e base de cálculo da CSSLL, sem que fossem apresentados elementos que pudessem lhes comprovar a origem e natureza. Depois de retificar o LALUR por diversas vezes, na tentativa de justificar tais exclusões, a empresa, em resposta ao Termo de Intimação de 29/11/2011, admitiu as divergências entre as informações declaradas na DIPJ 2008 e as registradas no LALUR, o que resultou em exclusões não comprovadas nos 2º e 3º trimestres de 2007, conforme demonstrado no anexo 2 ao referido Termo de Intimação Fiscal.

[...]

4. *Inconformada, a Interessada apresentou, em 21/05/2012 (carimbo de fl. 627), a Impugnação de fls. 627 a 656, com anexos de fls. 657 a 703, da qual extraí o seguinte:*

[...]

2. DOS FATOS E DOS AUTOS

2.1. Em 17.02.2005, LICIA PARTICIPAÇÕES LTDA. (LICIA) foi constituída por dois sócios, pessoas físicas, com capital inicial de R\$ 1.500,00, tendo por objeto a participação e administração no capital de outras sociedades como sócio, quotista ou acionista (sociedade holding) e administração de bens próprios.

2.2. Em 20.10.2006, ambos os sócios de LICIA cederam suas respectivas quotas a ITATIRA PARTICIPAÇÕES S.A., antiga denominação social de BR MALLS PARTICIPAÇÕES S.A. (BR MALLS), e a três pessoas físicas. Em razão da referida cessão, BR MALLS passou a ser quotista majoritária de LICIA.

2.3. Em 10.11.2006, foi aprovado aumento de capital de LICIA, no montante de R\$ 191.821.232,85, o qual foi integralmente subscrito e integralizado por BR MALLS. O montante integralizado foi utilizado por LICIA para adquirir participação societária na IMPUGNANTE e na Ecisa Engenharia Comércio e Indústria S.A. (ECISAENG), no valor de R\$ 95.900.555,00 para cada empresa. Em razão das referidas aquisições, LICIA passou a deter 28,8% das quotas da IMPUGNANTE e das ações da ECISAENG.

2.4. As quotas do capital da IMPUGNANTE e as ações de ECISAENG foram adquiridas por LICIA por preço superior aos correspondentes valores de patrimônio líquido contábil (PLC), razão pela qual coube a LICIA, por força da legislação em vigor, desdobrar os custos de aquisição dos investimentos na IMPUGNANTE e em ECISAENG, indicando os seus valores de PLC e os ágios então verificados, os quais tiveram por fundamento expectativas de rentabilidade futura.

2.5. Em 20.12.2006, os quotistas de LICIA aprovaram novo aumento de capital social, desta vez no montante de R\$ 174.487.338,98, o qual foi também subscrito e integralizado por BR MALLS. O referido valor foi utilizado por LICIA para adquirir a integralidade das ações de DYLPAR PARTICIPAÇÕES S.A. (DYLPAR), que, por sua vez, detinha 26,2% das quotas da IMPUGNANTE e das ações da ECISAENG.

2.6. Em razão da aquisição descrita em 2.5., acima, LICIA desdobrou o custo de aquisição do investimento em DYLPAR, indicando o seu valor de PLC e o ágio verificado, o qual também teve por fundamento expectativas de rentabilidade futura.

2.7. Em 27.12.2006 e 28.12.2006, foi deliberada, respectivamente, a cisão total de DYLPAR e LICIA em duas parcelas, com a subsequente incorporação de cada uma das parcelas cindidas pelas empresas por elas controladas, a IMPUGNANTE e a ECISAENG.

2.8. Em razão da incorporação de DYLPAR e de LICIA pela IMPUGNANTE: (i) BR MALLS passou a deter 55% das quotas da IMPUGNANTE (26,2% referentes à participação anterior de DYLPAR e 28,8% de LICIA); e (ii) a IMPUGNANTE passou a contabilizar um ativo diferido correspondente aos ágios originalmente registrados nas empresas incorporadas, bem como as respectivas provisões (retificadoras do valor dos ágios) para atender às determinações da Instrução nº 349, de 06.03.2001, da Comissão de Valores Mobiliários - CVM (PROVISÃO CVM).

2.9. Ainda em decorrência da incorporação de DYLPAR e de LICIA, a IMPUGNANTE, na forma da legislação em vigor, passou a deduzir fiscalmente o produto da amortização desses ágios.

2.10. A dedução do ágio processou-se da seguinte forma: (i) registro de despesas de amortização levada a resultados de cada exercício, em contrapartida da redução dos respectivos ágios; tal despesa, contudo, era parcialmente anulada pelo registro a resultados (receita) correspondente à reversão das PROVISÕES CVM; e (ii) exclusão, no Livro de Apuração do Lucro Real (LALUR), das receitas decorrentes da reversão das PROVISÕES CVM, mantendo-se, dessa forma, a dedutibilidade fiscal integral dos ágios acima mencionados, conforme permitido pela legislação em vigor.

2.11. Em 17.04.2012, a fiscalização lavrou os AUTOS para exigir da IMPUGNANTE o recolhimento de IR e CSLL relativos ao segundo, terceiro e quarto trimestres do ano-calendário de 2007, bem como do ano-calendário de 2008. Os AUTOS foram lavrados porque a fiscalização entendeu que, ao apurar as bases de cálculo dos referidos tributos, a IMPUGNANTE deduziu/excluiu, de forma indevida, os valores correspondentes a "(i)" e "(ii)" do item 2.10., acima.

2.14. A IMPUGNANTE passa a demonstrar, a seguir, as razões de fato e de direito que justificam a improcedência dos AUTOS.

[...]

4. DA PARTE NÃO LITIGIOSA

4.1. A IMPUGNANTE reconhece que, do montante total de R\$ 8.036.387,98 excluído das bases de cálculo do IR e da CSLL na rubrica "Outras Exclusões" da DIPJ 2008, mais especificamente no segundo e terceiro trimestres do ano-calendário 2007, conforme mencionado no item 2.13., acima, R\$ 4.950.215,06 correspondem a exclusões indevidas, já tendo procedido ao recolhimento dos valores correspondentes dos referidos tributos, acrescidos de juros e da multa de ofício, esta reduzida em 50% (DOC. 2).

4.2. O valor restante, de R\$ 3.086.172,92, foi indevidamente glosado pela autoridade lançadora, conforme será demonstrado na Seção 6, abaixo.

5. DO ÁGIO RELATIVO À AQUISIÇÃO DA IMPUGNANTE E DA SUA DEDUTIBILIDADE

5.1. Conforme demonstrado acima: (i) LICIA adquiriu quotas do capital da IMPUGNANTE e ações de DYPLAR (que, por sua vez, também detinha quotas da IMPUGNANTE) por preço superior ao correspondente valor de PLC, razão pela qual coube a LICIA desdobrar o custo de aquisição dos investimentos, indicando o seus valores de PLC e os ágios então verificados, os quais tiveram por fundamento expectativas de rentabilidade futura; (ii) com a incorporação de LICIA e DYLPAR, a IMPUGNANTE passou a aproveitar fiscalmente os referidos ágios.

5.2. De acordo com a fiscalização, a IMPUGNANTE não poderia deduzir a amortização de tais ágios (via apropriação de despesas e exclusões no LALUR, conforme descrito em 2.10.,

acima), uma vez que: (i) a utilização por BR MALLS de LICIA para aquisição de participação societária na IMPUGNANTE e na DYLPAR, seguida da cisão total de LICIA e DYLPAR e posterior incorporação das parcelas cindidas pela IMPUGNANTE, não revelaria propósito negocial; e (ii) nas incorporações inversas, não se justificaria a contabilização, pelo incorporador (no caso, a IMPUGNANTE), de ágio de si próprio.

5.3. Frise-se que, no caso concreto, o lançamento efetuado pela fiscalização, conforme demonstra o TERMO anexo aos AUTOS, não questiona: (i) a existência dos ágios verificados na aquisição das quotas e ações da IMPUGNANTE e da DYLPAR; (ii) o fato de as referidas aquisições terem sido feitas de forma onerosa e entre partes não relacionadas; e (iii) o fundamento para o registro dos ágios, qual seja, expectativas de rentabilidade futura da IMPUGNANTE. O único fundamento dos AUTOS é a ausência de propósito negocial para a utilização de empresa veículo (LICIA) para adquirir investimentos em outras.

5.4. Para demonstrar os equívocos cometidos na lavratura dos AUTOS, algumas digressões acerca da disciplina legal do ágio e de sua amortização para fins fiscais se fazem necessárias.

[o Recorrente passa a discorrer sobre a evolução da legislação e a amortização do ágio, concluindo ser infundada a exação fiscal...]

[...]

a legislação. Ou seja, a pretensa falta de propósito na utilização de LICIA jamais poderia ter o condão de impedir a dedutibilidade do ágio, pois, como visto, não foi este o objetivo buscado pelo legislador com a edição da Lei nº 9.532/97.

5.48. No caso, a exemplo do que ocorreu nas situações analisadas nos Acórdãos acima mencionados, os ágios deduzidos pela IMPUGNANTE são legítimos, já que tiveram origem em operações onerosas e realizadas entre partes não relacionadas; ou seja, não há dúvida de que o ágio efetivamente existiu e que, por consequência, não poderia deixar de ser considerado e deduzido pela IMPUGNANTE.

5.49. Neste particular, repise-se que o lançamento efetuado, conforme demonstra o TERMO anexo aos AUTOS, não questiona a efetiva existência dos ágios e o fato de que as referidas aquisições foram feitas de forma onerosa e entre partes não relacionadas. Também não há qualquer questionamento quanto ao fundamento do ágio, qual seja, expectativa de rentabilidade futura. O único fundamento dos AUTOS é a ausência de propósito comercial na utilização de suposta empresa veículo (LICIA) para adquirir investimentos em outras.

5.50. Por outro lado, ressalte-se que, com intuito de afastar a legalidade do aproveitamento fiscal dos ágios em causa, a fiscalização argui, ainda, que, por conta da incorporação inversa de LICIA, a IMPUGNANTE teria efetuado de forma ilegal e injustificada a contabilização de ágio de si própria. De fato, afirma o TERMO anexo aos AUTOS:

"Vale salientar que, no caso, houve o que se convencionou chamar de incorporação às avessas. LICIA, a investidora, foi incorporada pelas investidas ([IMPUGNANTE] e ECISAENG). Portanto, o ágio que passou a ser amortizado por estas tem origem na aquisição de participação nelas próprias, as investidas. Ou seja, uma inversão absurda, onde quem amortiza o custo de aquisição são as beneficiárias dos recursos e não a fonte - BR MALLS."

5.51. Nada mais equivocado. A incorporação inversa está expressamente prevista no art. 8º da Lei nº 9.532/97, tendo os seus efeitos sido expressamente reconhecidos pela CVM, da seguinte forma (art. 6º, III, da Instrução CVM nº 319, de 03.12.1999):

6. DAS EXCLUSÕES EFETUADAS PELA IMPUGNANTE A TÍTULO DE REVERSÃO DE PROVISÃO PARA PERDA NA REALIZAÇÃO DE INVESTIMENTOS

[...]

6.17. Por todo o exposto, não pode prevalecer a glosa das exclusões efetuadas pela autoridade lançadora, no montante de R\$ 3.086.172,92, uma vez que: (i) os registros relativos à constituição e à reversão das provisões acima mencionadas foram efetuados em razão da aplicação do MEP, pelo que a sua contrapartida, em contas de resultados (receitas e despesas), corresponde a ajustes de equivalência patrimonial, os quais não produzem efeitos fiscais; e (ii) a constituição das referidas provisões não afetou as bases de cálculo do IR e da CSLL apuradas pela IMPUGNANTE no primeiro trimestre do ano-calendário de 2007, razão pela qual está correta a exclusão referente à receita de sua reversão, no segundo e terceiro trimestres do mesmo ano-calendário, por não ser ela (receita) tributável pelo IR e pela CSLL, conforme art. 392 do RIR, art. 2º da Lei nº 7.689/88 e art. 39 da IN nº 390/04)

7. DO PEDIDO

7.1. Em razão do exposto, pede e espera a IMPUGNANTE que os AUTOS sejam considerados improcedentes e que, conseqüentemente, sejam cancelados os créditos por eles lançados, à exceção da parte reputada não litigiosa pela IMPUGNANTE, a qual já foi objeto de pagamento.

5. *Às fls. 705 a 722, encontra-se Extrato do Processo de 22/05/2012, o qual já leva em consideração o pagamento efetuado pela Interessada da matéria não impugnada.*

6. *Em 18/06/2012, o processo foi encaminhado para esta DRJ (fl. 724).*

7. *Em 25/09/2012, por meio da Resolução nº 12-000.146, esta 9ª Turma converteu o julgamento em diligência (fls. 725 a 744). Da referida Resolução, extraí o seguinte:*

(...)

CONSIDERAÇÕES

9. Como relatado, a Fiscalização deixou claro para o Interessado no Termo de Intimação Fiscal de 29/11/2011 (fl. 457) não ter identificado a origem das exclusões de R\$ 6.843.859,17 no 2º trimestre de 2007 e de R\$ 1.192.528,81 no 3º trimestre de 2007, bem como solicitou os devidos esclarecimentos a respeito, sendo que as denominou Total exclusões Não Identificadas no Anexo 2 ao referido Termo de Intimação Fiscal (fl. 459).

10. Na resposta ao referido Termo de Intimação Fiscal (fls. 462 a 467), o Interessado não apresentou qualquer esclarecimento a respeito da origem das exclusões em foco.

11. É evidente que compete ao Interessado a comprovação da origem das exclusões por ele efetuadas, bem como a de que tinha direito a elas, porque é ele quem acusa a existência delas, não havendo qualquer litígio a respeito disso.

12. Assim sendo, não há qualquer dúvida a respeito da pertinência, quando da lavratura dos Autos de Infração, da glosa efetuada pelo Fisco dessas exclusões, por falta de comprovação de sua origem e de sua correção.

13. No item 6.2 da Impugnação (fl. 650), o Interessado confessa que da exclusão de R\$ 8.036.387,98 (6.843.859,17 + 1.192.528,81), no 2º e 3º trimestres de 2007, das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, R\$ 4.950.215,06 correspondem a exclusões efetivamente

indevidas, tendo ele já procedido ao recolhimento dos valores correspondentes dos referidos tributos, acrescido de juros e da multa de ofício, esta reduzida em 50% (Doc. 2, fls. 693 a 697).

14. No Doc. 2, fl. 693, o Interessado apresentou a seguinte tabela:

| Período | Trimestre | Outras Excluídas | CSLL | Total IRPJ | Multa (75%) | Juros (SELIC) | Total | Total com multa reduzida | |
|------------|-----------|------------------|------------|------------|--------------|---------------|------------|--------------------------|--------------|
| (A) | (B) | (C) | (D) | (E) | (F) | (G) | (H) | (I) = (E) + (F) + (G) | |
| 30/06/2007 | 2017 | 4.781.735,61 | 717.260,34 | 472.173,56 | 1.189.433,90 | 892.025,43 | 446.037,71 | 598.285,25 | 2.679.754,58 |
| 30/09/2007 | 2017 | 168.479,45 | 25.273,02 | 16.867,05 | 42.139,86 | 31.604,90 | 15.802,45 | 20.650,15 | 91.764,91 |
| Total | | 4.950.215,06 | 742.532,26 | 489.040,61 | 1.231.573,77 | 923.630,32 | 461.840,16 | 618.935,40 | 2.771.519,49 |

| Período | Trimestre | Outras Excluídas | CSLL | Total IRPJ | Multa (75%) | Juros (SELIC) | Total | Total com multa reduzida | |
|------------|-----------|------------------|------------|------------|-------------|---------------|------------|--------------------------|------------|
| (A) | (B) | (C) | (D) | (E) | (F) | (G) | (H) | (I) = (E) + (F) + (G) | |
| 30/06/2007 | 2973 | 4.781.735,61 | 430.356,70 | 436.356,20 | 322.267,15 | 161.343,58 | 215.469,17 | 569.552,53 | 804.708,55 |
| 30/09/2007 | 2973 | 168.479,45 | 15.170,35 | 15.170,35 | 11.377,76 | 5.688,88 | 7.118,65 | 21.766,17 | 28.077,28 |
| Total | | 4.950.215,06 | 445.526,26 | 445.526,56 | 334.344,92 | 167.072,46 | 223.607,22 | 1.003.358,70 | 836.286,24 |

| | | | | | | | |
|-------------------|--|--------------|--------------|------------|------------|--------------|--------------|
| Total IRPJ + CSLL | | 1.677.106,32 | 1.257.825,24 | 618.911,62 | 642.022,61 | 3.776.948,18 | 3.148.035,56 |
|-------------------|--|--------------|--------------|------------|------------|--------------|--------------|

15. Desta tabela, verifica-se que, para efeito do cálculo dos DARF, o Interessado considerou indevidas a exclusão de R\$ 4.781.735,61 no 2º trimestre de 2007 e R\$ 168.479,45 no 3º trimestre de 2007, num total de R\$ 4.950.215,06 para os dois trimestres.

16. Como as glosas em foco foram de R\$ 6.843.859,17 no 2º trimestre de 2007 e de R\$ 1.192.528,81 no 3º trimestre de 2007, num total de R\$ 8.036.387,98, chega-se à conclusão, com base na tabela acima, que o Interessado considera como devidas a exclusão de R\$ 2.062.123,56 (6.843.859,17 – 4.781.735,61) no 2º trimestre de 2007, e de R\$ 1.024.049,36 (1.192.528,81 – 168.479,45) no 3º trimestre de 2007, num total de R\$ 3.086.172,92.

17. À fl. 703, da cópia do Razão da conta de resultado nº 3.5.6.01.0001 – Perdas na Realização de Investimentos, verifica-se que as exclusões que o Interessado considera devidas têm o valor de R\$ 2.062.203,56 (2.650.603,45 – 588.399,89) no 2º trimestre de 2007, e de R\$ 1.023.969,36 (3.674.572,81 – 2.650.603,45) no 3º trimestre de 2007. Relativamente aos valores encontrados no item 16, aqui o valor da exclusão é maior em R\$ 80,00 (2.062.203,56 – 2.062.123,56) no 2º trimestre de 2007, e menor em R\$ 80,00 (1.023.969,36 – 1.024.049,36) no 3º trimestre de 2007. Assim sendo, no cálculo dos DARF, para ser coerente com as informações de fl. 703, o Interessado deveria ter considerado indevidas a exclusão de R\$ 4.781.655,61 (4.781.735,61 – 80,00) no 2º trimestre de 2007 e R\$ 168.559,45 (168.479,45 +80,00), num total de R\$ 4.950.215,06 para os dois trimestres. Reproduzo abaixo o Razão aqui referido:

Processo nº 12448.724782/2012-48
Acórdão nº 1402-001.949

S1-C4T2
Fl. 996

05 - ECISA PARTICIPAÇÕES S/A
Período: 01/01/07 até 31/12/07
Moeda: 01 - REAL

RAZÃO

Página: 1
Hora: 12:02
Data: 16/5/2012

| DATA | LOTE | DOC. | SEQ | HISTÓRICO | DEBITO | CREDITO | SALDO (R\$) |
|--|--------|--------|-----|--|---|--------------|---|
| Perdas na Realização de Investimentos | | | | | 3.560,01 - Perdas em Investimentos | | 3.560,01 - Perdas em Investimentos |
| Saldo Anterior | | | | | | | 0,00 |
| 31/03/07 | MONKEN | 001661 | 1 | Provisão para perda investimento ECEC | 160.189,89 | | 160.189,88 |
| 31/03/07 | MONKEN | 001661 | 3 | Provisão para perda investimento Dacom Gestão | 7.264,22 | | 167.454,10 |
| 31/03/07 | MONKEN | 001661 | 5 | Provisão para perda investimento Dacom Desenv | | 71.148,70 | 96.305,40 |
| 31/03/07 | MONKEN | 001668 | 2 | Rev Provisão Perda Investimento Jan-07 | | 739.187,07 | -642.881,67 |
| 31/03/07 | MONKEN | 001668 | 4 | Rev Provisão Perda Investimento Jan-07 | | 119.344,02 | -762.225,69 |
| 31/03/07 | MONKEN | 001668 | 6 | Provisão Perda Investimento Jan-07 | 3.629,42 | | -758.396,27 |
| 31/03/07 | MONKEN | 001669 | 4 | Provisão Perda Investimento Fev-07 | 81.482,10 | | -676.914,17 |
| 31/03/07 | MONKEN | 001669 | 5 | Provisão Perda Investimento Fev-07 | 81.692,34 | | -595.221,83 |
| 31/03/07 | MONKEN | 001669 | 6 | Provisão Perda Investimento Fev-07 | 6.821,94 | | -588.399,89 |
| 30/04/07 | MONKEN | 001728 | 4 | Ajuste p/ Prov p/ Perda EGEC Emp. Gerenc. Emp. Comerciais S/A | 497.515,09 | | -90.884,80 |
| 30/04/07 | MONKEN | 001728 | 6 | Ajuste p/ Prov p/ Perda Dacom Des. Aval. Com. Shoppings Center Ltda. | | 21.881,84 | -112.766,64 |
| 30/04/07 | MONKEN | 001728 | 7 | Ajuste p/ Prov p/ Perda Dacom Gestão Comercial Ltda. | 7.292,53 | | -105.474,11 |
| 31/05/07 | MONKEN | 001807 | 4 | Ajuste p/ Prov p/ Perda Dacom Des. Aval. Com. Shoppings Center Ltda. | | 234.547,13 | -340.021,24 |
| 31/05/07 | MONKEN | 001807 | 5 | Ajuste p/ Prov p/ Perda Dacom Gestão Comercial Ltda. | 11.132,90 | | -328.888,34 |
| 31/05/07 | MONKEN | 001807 | 6 | Ajuste p/ Prov p/ Perda Natca2006 Participações S/A | 1.055.711,50 | | -728.823,16 |
| 30/06/07 | MONKEN | 001871 | 4 | Ajuste p/ Prov p/ Perda Dacom Des. Aval. Com. Shoppings Center Ltda. | | 97.919,51 | 628.903,65 |
| 30/06/07 | MONKEN | 001871 | 5 | Ajuste p/ Prov p/ Perda Dacom Gestão Comercial Ltda. | 3.565,18 | | 632.468,83 |
| 30/06/07 | MONKEN | 001871 | 6 | Ajuste p/ Prov p/ Perda Natca2006 Participações S/A | | 1.055.711,50 | -423.222,67 |
| 30/06/07 | MONKEN | 001880 | 1 | Ac doc 1728 de Abr-07 ref reversão Prov p/Perda EGEC | | 2.227.380,76 | -2.650.603,45 |
| 31/07/07 | RODRIG | 001921 | 3 | Ajuste p/ Prov p/ Perda Dacom Des. Aval. Com. Shoppings Center Ltda. | | 35.827,07 | -2.686.430,52 |
| 31/07/07 | RODRIG | 001921 | 4 | Ajuste p/ Prov p/ Perda Dacom Gestão Comercial Ltda. | 12.022,43 | | -2.674.408,09 |
| 31/08/07 | RODRIG | 001950 | 3 | Ajuste p/ Prov p/ Perda Dacom Des. Aval. Com. Shoppings Center Ltda. | | 85.160,82 | -2.759.568,91 |
| 31/08/07 | RODRIG | 001950 | 4 | Ajuste p/ Prov p/ Perda Dacom Gestão Comercial Ltda. | 6.579,99 | | -2.752.988,92 |
| 30/09/07 | FFARIA | 001986 | 2 | Baixa da provisão da perda | | 859.806,44 | -3.612.595,36 |
| 30/09/07 | FFARIA | 001986 | 4 | Baixa da provisão da perda | | 61.977,45 | -3.674.572,81 |
| Total | | | | | 1.935.119,52 | 5.609.882,33 | |

———— Soma tório ————

$$\textcircled{2} - \textcircled{1} = 2.062.203,56 \rightarrow \Delta 2^{\text{o}} \text{ trimestre}$$

$$\textcircled{3} - \textcircled{2} = 1.023.929,36 \rightarrow \Delta 3^{\text{o}} \text{ trimestre}$$

18. Na cópia do Razão acima, o valor da variação do 3º trimestre é de R\$ 1.023.969,36 (3.674.572,81 – 2.650.603,45) e não R\$ 1.023.929,36 como indicado nela de forma manuscrita.

19. No item 6. (itens 6.1. a 6.17.) da Impugnação (fls. 650 a 656), intitulado Das Exclusões Efetuadas pela Impugnante a Título de Reversão de Provisão para Perda na Realização de Investimentos, o Interessado apresenta suas explicações acerca da origem das

exclusões que seriam devidas, além da documentação contábil que daria sustentação à sua defesa (fls. 698 a 703).

20. Devo consignar que ao só trazer na Impugnação as suas explicações e documentação acerca de que parte das exclusões em foco seria lícita, o Interessado impediu que o Auditor Fiscal Autuante as pudesse analisar e auditar.

21. Assim sendo, entendo que sobre a parte impugnada ora em foco não se tem um litígio propriamente dito, uma vez que esta parte do lançamento foi feita corretamente pelo Fisco por ausência de comprovação da origem e da correção da referida exclusão. O Interessado não contesta a ausência de comprovação, tanto é assim que na Impugnação a preenche com suas explicações e documentação.

22. Neste tipo de caso, em princípio entendo que o julgamento deva ser convertido em diligência para que Auditor Fiscal designado pelo órgão encarregado de fazer auditoria dentro da Receita Federal, a Delegacia de Fiscalização pertinente, tenha oportunidade de se pronunciar a respeito do que foi omitido ao Auditor Fiscal Autuante, a não ser que os membros do colegiado se sintam suficientemente seguros para chegar às suas convicções, independentemente do referido pronunciamento, lembrando-se que a *expertise* na atividade de auditoria acumula-se, mais acentuadamente, nas Delegacias de Fiscalização, porque é aí que ela é praticada rotineiramente.

23. No presente caso, entendo ser necessário que sejam auditadas as informações prestadas pelo Interessado somente na Impugnação.

24. A partir dos lançamentos contábeis registrados nas cópias dos Razões anexados à Impugnação, preparei tabela que resume para os três primeiros trimestres de 2007 o que consta nas cópias dos Razões da conta de Resultado nº 3.5.6.01.0001 - Perdas na Realização de Investimentos, da conta de Patrimônio Líquido nº 2.4.5.02/0009 (esta conta é uma subconta da conta nº 2.4.5.02 - Prejuízos Acumulados) e da conta de Passivo 2.2.4.01 - Provisão Perda Investimentos (na qual juntei as contas 2.2.4.01.0001 - EGEC, 2.2.4.01.0002 - Dacom Desenvolvimento, 2.2.4.01.0003 - Dacom Gestão e 2.2.4.01.0005 - Natca). Chamo a atenção para o fato de que na conta de Patrimônio Líquido 2.4.5.02/0009 não considerei os lançamentos a débito, em 01/06/2007, de Ajuste de Provisão de CSLL, no valor de R\$ 18.552,30, e de Ajuste de Provisão de IRPJ, no valor de R\$ 51.534,19, uma vez que não têm a

ver com o tema desta Resolução, com o quê o saldo final desta conta, em 30/06/2007, passou de R\$ 3.744.659,30 para R\$ 3.674.572,81:

| Provisões para Perdas na Realização de Investimentos e Reversões delas de acordo com as cópias dos Razões anexados à Impugnação | | | | | Exclusão segundo à Impugnação |
|---|------------------------|----------------------|----------------------|---------------|-------------------------------|
| | Período | Crédito | Débito | Saldo | |
| 3.5.6.01.0001 | 1º TRIM.DE 2007 | 929.679,79 | 341.279,90 | 588.399,89 | |
| 2.4.5.02/0009 | 1º TRIM.DE 2007 | 173.825,80 | 3.848.398,61 | -3.674.572,81 | |
| 2.2.4.01. | 1º TRIM.DE 2007 | 3.157.321,62 | 71.148,70 | 3.086.172,92 | |
| Total | 1º TRIM.DE 2007 | 4.260.827,21 | 4.260.827,21 | 0,00 | |
| 3.5.6.01.0001 | 2º TRIM.DE 2007 | 3.637.440,76 | 1.575.237,20 | 2.062.203,56 | 2.062.203,56 |
| 2.4.5.02/0009 | 2º TRIM.DE 2007 | 2.227.380,78 | 2.227.380,78 | 0,00 | |
| 2.2.4.01. | 2º TRIM.DE 2007 | 1.077.722,11 | 3.139.925,67 | -2.062.203,56 | |
| Total | 2º TRIM.DE 2007 | 6.942.543,65 | 6.942.543,65 | 0,00 | |
| 3.5.6.01.0001 | 3º TRIM.DE 2007 | 1.042.571,78 | 18.602,42 | 1.023.969,36 | 1.023.969,36 |
| 2.4.5.02/0009 | 3º TRIM.DE 2007 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | |
| 2.2.4.01 | 3º TRIM.DE 2007 | 18.602,42 | 1.042.571,78 | -1.023.969,36 | |
| Total | 3º TRIM.DE 2007 | 1.061.174,20 | 1.061.174,20 | 0,00 | |
| 3.5.6.01.0001 | | 5.609.692,33 | 1.935.119,52 | 3.674.572,81 | |
| 2.4.5.02/0009 | | 2.401.206,58 | 6.075.779,39 | -3.674.572,81 | |
| 2.2.4.01. | | 4.253.646,15 | 4.253.646,15 | 0,00 | |
| Total Geral | | 12.264.545,06 | 12.264.545,06 | 0,00 | 3.086.172,92 |

25. Da tabela acima e das cópias dos Razões das quais ela se originou, observo o seguinte:

- que, segundo as cópias dos Razões apresentadas na Impugnação, o Interessado efetuou as constituições das referidas provisões e de suas reversões, de modo que ao final do 3º trimestre de 2007, a conta de resultado 3.5.6.01.0001 apresentasse um saldo credor de R\$ 3.674.572,81 e a conta de patrimônio líquido 2.4.5.02/0009 apresentasse um saldo devedor de R\$ 3.674.572,81 (saldo só considerando os lançamentos que dizem respeito à presente Resolução). É preciso saber se o Interessado encerrou esta conta de resultado ao final do 3º trimestre, a debitando do valor de R\$ 3.674.572,81 com contrapartida de crédito do mesmo valor na conta de patrimônio líquido 2.4.5.02/0009, ou se o fez de outra maneira, de modo que se tenha uma visão mais completa de seus procedimentos;

- que é preciso saber se as receitas contabilizadas, segundo as cópias dos Razões apresentadas na Impugnação, nos 2º e 3º trimestres de 2007, nos valores de R\$ 2.062.203,56 e R\$ 1.023.969,36, fazem parte das receitas informadas na DIPJ 2008, bem como

se as respectivas exclusões informadas na Impugnação fazem parte do LALUR dos 2º e 3º trimestres de 2007 e compoem as denominadas Outras Exclusões da DIPJ 2008.

[...]

Requeru-se, então, realização de diligência a respeito das discrepâncias apresentadas em relação às provisões e suas possíveis reversões.

[...]

8. Às fls. 747 a 748 tem-se a Intimação efetuada em decorrência da diligência, e as fls. 749 a 754, com anexos de fls. 755 a 792, a resposta da Interessada.

9. Como resultado da diligência, o Auditor Fiscal Diligenciante (que foi o próprio Autuante) apresentou o Relatório Fiscal de fl. 795, a seguir reproduzido:

[relatório concluindo que: "As receitas decorrentes das reversões de provisões para perdas, nos valores de [...] foram devidamente declaradas na rubrica "Outras receitas não operacionais" dos respectivos trimestres (ficha 06 A - linha 44) na DIPJ 2008 [...] o saldo obtido com a exclusão dos montantes não litigiosos do total das "outras exclusões" declaradas na DIPJ, é coincidente com os das reversões de provisões dos dois trimestres, o que indica que elas compõem as referidas rubricas".

10. A Interessada tomou ciência do Relatório Fiscal da diligência em 05/03/2013 (AR de fl. 793), mas não quis aditar razões de defesa relacionadas ao resultado da diligência (vide item 05 da petição da Interessada de fls. 800 a 802).

11. Em 02/04/2013, o processo foi encaminhado para esta DRJ.

Em análise da impugnação apresentada, a 9ª Turma da DRJ no Rio de Janeiro/DRJI julgou-a parcialmente procedente, exonerando o crédito tributário concernente às exclusões do lucro real e da base de cálculo da CSLL, uma vez que restou comprovado que se tratavam de exclusões que visavam a anular no resultado fiscal receitas advindas de reversão de provisão, a qual, quando de sua constituição, não gerou qualquer efeito fiscal. Em razão do montante de tributos exonerado, recorreu-se de ofício ao CARF.

O contribuinte foi cientificado da decisão em 06 de junho de 2013, conforme aviso de recebimento de fl. 897, apresentando em 04 de julho de 2013 o recurso voluntário de fls. 902-935. Em síntese, além de reforçar todos os argumentos expendidos em sua impugnação a respeito da suposta dedutibilidade do agio quando preenchidos três requisitos (i - o efetivo

pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; ii - a realização das operações originais entre partes não ligadas; iii - seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura), aduziu ainda que:

- concordou com parte do lançamento realizado (glosa de R\$ 4.950.215,06), efetuando o pagamento de IRPJ e CSLL referente à parte incontroversa dos autos no prazo de apresentação da impugnação, acrescida de taxa juros (Selic) e multa de ofício de 37,5% (multa de ofício aplicada foi de 75%, com a redução de 50% a que faria jus por ter realizado o pagamento no prazo para apresentação de impugnação);

- a decisão recorrida, ao dar provimento parcial à impugnação, fez constar que “*declara como não impugnados os montantes de R\$ 1.052.990,91 e R\$ 381.236,73, acrescidos de multa de 75% e juros de mora*”; alega, contudo, que os referidos juros de mora e também a multa não seriam mais devidos em razão do pagamento já realizado. Nesse ponto, requer que não seja cobrada do crédito tributário correspondente;

- o valor por ela recolhido superaria o indicado no cálculo realizado pela DRJ, uma vez que esta levou em conta os saldos de prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL, enquanto ela não o teria feito em razão de as autoridades fiscais já terem se utilizado de tais montantes exigidos não só nestes autos, mas também decorrentes de outras infrações supostamente cometidas nos mesmos períodos das exclusões (todas já impugnadas);

- requereu, assim, que caso seja considerado correto o cálculo realizado pela DRJ, e houvesse manutenção do restante do crédito tributário em litígio, fosse utilizado seu suposto recolhimento a maior para quitação parcial da dívida, mediante imputação;

- ainda na hipótese de ser mantida exigência, e caso seja considerado correto o cálculo realizado no acórdão recorrido, que o prejuízo fiscal e a base negativa de CSLL correspondentes sejam utilizados para reduzir o crédito tributário remanescente;

- por fim, caso o crédito tributário seja cancelado, alternativamente reconheça-se o direito de reaver os valores supostamente recolhidos a maior ou sejam recompostos os saldos de prejuízo fiscal e base negativa de CSLL então utilizados nos cálculos efetuados pelo acórdão guerreado.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões de fls. 969-979 requerendo que seja negado provimento ao recurso voluntário. Em suma, além de ratificar os argumentos da decisão recorrida quanto à artificialidade das operações mediante uso de sociedade veículo com o único intuito de viabilizar a amortização do ágio, já que a aquisição real das ações com ágio teria sido realizada por BR MALLS – que jamais veio a incorporar a recorrente, condição imposta pelo art. 386 do RIR/99 para amortização do ágio por rentabilidade futura -, alega que

Não há nos autos laudo que comprove o fundamento e o valor do ágio contabilizado por ocasião das operações de aquisição de participações societária da BR MALLS utilizando-se da LICIA como veículo. A contemporaneidade do laudo às operações que fundamenta é requisito lógico formal do aproveitamento de eventual ágio pago.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões de fls. 969-979. Em resumo, ataca a amortização do ágio mediante utilização de empresa veículo em

Processo nº 12448.724782/2012-48
Acórdão n.º **1402-001.949**

S1-C4T2
Fl. 1001

operação sem qualquer propósito comercial distinto do próprio objetivo de reduzir a carga tributária da recorrente.

É o relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Relator.

1. ADMISSIBILIDADE

O recurso de ofício foi interposto em razão da exoneração de tributo e/ou multa em valor superior a R\$ 1.000.000,00 (m milhão de reais). Assim, nos termos do artigo 34, inciso I, do Decreto nº 70.235/72, c/c o artigo 1º da Portaria MF nº 03/2008, restam preenchidos os pressupostos para sua admissibilidade. Dele, portanto, conheço.

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Passo à análise dos recursos.

2. RECURSO DE OFÍCIO

A questão controvertida é relativamente simples. A autoridade fiscal intimou o contribuinte a demonstrar e comprovar com documentação pertinente determinadas exclusões do lucro real e da base de cálculo da CSLL. No decorrer do procedimento fiscal o contribuinte não apresentou qualquer explicação sobre tais exclusões, tampouco os documentos comprobatórios de tais operações.

Ato contínuo, a autoridade fiscal glosou tais exclusões, recompondo o lucro real e a base de cálculo da CSLL.

Em sede de impugnação, sobre a matéria, o contribuinte explanou que tais exclusões visavam a anular o efeito de receitas reconhecidas em razão de reversões de provisões que, quando de sua constituição, não teriam tido qualquer efeito sobre as bases de cálculo de IRPJ e CSLL. O julgamento foi então convertido em diligência a fim de que a unidade de origem verificasse se as alegações apresentadas pelo contribuinte, e supostamente amparadas por cópias de lançamentos contábeis, de fato se confirmariam.

De acordo com a autoridade fiscal responsável pela diligência – frisa-se, a mesma que lavrou os autos de infração -, de fato, as exclusões referiam à anulação de receitas provenientes de reversão de provisões não dedutíveis. Diante de tal fato, a decisão recorrida deu provimento parcial à impugnação, cancelando o crédito tributário correspondente.

Ora, diante de tais fatos, não mais resta controvérsia a ser dirimida, pois autoridade lançadora, turma julgadora de primeira e contribuinte concordam que tais exclusões das bases de cálculo do IRPJ e CSLL encontram amparo na legislação.

E tal concordância se embasa no disposto no art. 392, inciso II, do RIR/99, assim vazado:

Art. 392. Serão computadas na determinação do lucro operacional:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 06/04/2015 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 06/04/2015 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 07/04/2015 por LEONARD O DE ANDRADE COUTO

Impresso em 08/04/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

[...]

*II - as recuperações ou devoluções de custos, deduções ou **provisões, quando dedutíveis**; [grifo nosso]*

Da leitura do art. 392 do RIR/99 extrai-se que devem ser computadas ao lucro real as reversões de provisões dedutíveis, implicando que, a *contrario sensu*, não deverão ser computadas ao lucro real as reversões de provisões indedutíveis, tal qual o fato retratado nos autos e objeto do recurso ora analisado.

Assim sendo, voto por negar provimento ao recurso de ofício.

3. RECURSO VOLUNTÁRIO

3.1 QUESTÕES ATINENTES AO JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Em primeiro lugar, analisam-se questões preliminares atinentes ao cumprimento da decisão recorrida.

Conforme relatado, o recorrente concordou com parte do lançamento realizado (glosa de R\$ 4.950.215,06), efetuando o pagamento de IRPJ e CSLL referente à parte incontroversa dos autos no prazo de apresentação da impugnação, acrescida de taxa juros (Selic) e multa de ofício de 37,5% (multa de ofício aplicada foi de 75%, com a redução de 50% a que faria jus por ter realizado o pagamento no prazo para apresentação de impugnação).

O recorrente argumenta que a decisão recorrida, ao dar provimento parcial à impugnação, fez constar que “*declara como não impugnados os montantes de R\$ 1.052.990,91 e R\$ 381.236,73, acrescidos de multa de 75% e juros de mora*”. Alega, contudo, que os referidos juros de mora e também a multa não seriam mais devidos em razão do pagamento já realizado. Nesse ponto, requer que não seja cobrada do crédito tributário correspondente.

Não há dúvidas de que o contribuinte faz jus à redução de multa (de 75% para 37,5%) em relação aos valores recolhidos antes do prazo de apresentação para impugnação. O que a decisão da DRJ enfatizou foi o valor crédito tributário lançado de ofício, (tributo acrescido de multa de 75% e juros de mora) não foi impugnado, implicando a definitividade do crédito tributário correspondente. Não se extrai de tal decisão que não será levada em consideração o pagamento já realizado, inclusive no tocante à redução de multa correspondente.

Trata-se, na realidade, de dúvida atinente à execução do acórdão recorrido, matéria de responsabilidade da unidade preparadora. De toda forma, se ainda não realizado, deve a unidade de origem proceder à alocação dos valores correspondentes, observando a redução de multa a que o recorrente faz jus por ter recolhido parcela do crédito lançado de ofício antes do prazo para apresentação de impugnação.

Discorre ainda o recorrente sobre suposto pagamento a maior da parcela de crédito incontroverso. Isso porque não teria levado em consideração os saldos de prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL considerados nos cálculos elaborados pela primeira instância. Ao final requereu:

- que caso seja considerado correto o cálculo realizado pela DRJ, e houvesse manutenção do restante do crédito tributário em litígio, fosse utilizado seu suposto recolhimento a maior para quitação parcial da dívida, mediante imputação;

- ainda na hipótese de ser mantida exigência, e caso seja considerado correto o cálculo realizado no acórdão recorrido, que o prejuízo fiscal e a base negativa de CSLL correspondentes sejam utilizados para reduzir o crédito tributário remanescente.

Entendo correto o procedimento adotado tanto pela DRJ quanto pela autoridade lançadora. Veja-se que às fls. 513, 523, 532 e 547 consideraram-se os prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL nos lançamentos referentes ao 2º trimestre de 2007 e terceiro trimestre de 2008.

Tendo o recorrente recolhido valor maior que o débito que entende devido, deverá decidir qual o destino a ser dado a tal recolhimento, quer mediante pedido de compensação quer por meio de pedido de alocação de pagamentos à autoridade responsável pelo cumprimento da decisão administrativa definitiva dos presentes autos.

3.2 ÁGIO

A exigência diz respeito à dedutibilidade de ágio pago por BR MALLS Participações S.A. (BR MALLS) quando da aquisição de participações societárias nas empresas ECISA Participações Ltda (ECISAPAR), DYLPAR Participações S.A. (DYLPAR) e ECISA – Engenharia, Comércio e Indústria S.A (ECISAENG).

De acordo com a autoridade fiscal, BR MALLS ao invés de realizar uma aquisição direta das referidas participações societárias, optou pela via do artificialismo, visando exclusivamente à economia tributária. Nesse sentido, a BR MALLS teria se utilizado da empresa veículo LICIA Participações Ltda.

No que atine à LICIA, cumpre ressaltar que ela fora constituída em fevereiro de 2005, com capital social de apenas R\$ 1.500,00, mantendo-se inerte por pouco mais de um ano até as operações que se descreve a seguir.

Em 20/10/2006, os dois sócios pessoas físicas da LICIA cedem suas quotas para BR MALLS, que realizou aportes de capital nos valores, em números redondos, de R\$ 192 milhões e R\$ 174 milhões, em 10/11/2006 e 20/12/2006, respectivamente.

Tais recursos se prestaram à aquisição, pela BR MALLS, tendo a LICIA como intermediária, das participações na ECISAPAR, DYLPAR e ECISAENG. Essas aquisições significaram a contabilização de ágio na LICIA no valor de R\$ 58 milhões (ágio ECISAPAR), de R\$ 63 milhões (ágio ECISAENG) e de R\$ 32 milhões (ágio DYLPAR).

É importante ressaltar que as aquisições ocorreram em novembro e dezembro de 2006, sendo que ainda no final de dezembro de 2006 a DYLPAR e a LICIA foram cindidas em as respectivas parcelas foram incorporadas por ECISAPAR e ECISAENG.

De relevo ainda ressaltar que a BR MALLS havia adquirido o controle anteriormente da ECISAPAR e da ECISAENG, por intermédio da LICIA.

Ato contínuo, a ECISAPAR (Contribuinte Recorrente) incorpora sua acionista controladora, a empresa veículo LICIA, e passa a amortizar o ágio nela registrado, que, diga-se de passagem, era fundado na expectativa de rentabilidade dela própria ECISAPAR, portanto, ágio de si mesma.

A respeito de tais operações, alega a recorrente que esta Egrégia Turma teria entendimento no sentido de que, a amortização do ágio pago com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, com fulcro no art. 7º, inciso III da Lei nº. 9.532/97, deve atender, inicialmente, a 3 (três) premissas básicas, quais sejam:

- o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio;
- a realização das operações originais entre partes não ligadas;
- seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura.

No presente caso, a seu ver, essas premissas básicas foram cumpridas.

Discordo de tal entendimento. Desde o julgamento do processo nº 16561.720026/2011-13 (“Caso Bunge” – acórdão nº 1402-001.460), no qual fui designado redator do voto vencedor, esta turma, ainda que por voto de qualidade, alterou seu posicionamento.

Fixou-se o entendimento de que, em regra, o ágio efetivamente pago - em operação entre empresas não ligadas e calcadas em laudo que comprove a expectativa de rentabilidade futura - deve compor o custo do investimento, sendo dedutível somente no momento da alienação de tal investimento (inteligência do art. 426 do Decreto nº 3.000/99 - Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99).

Por decorrência, incluiu-se nova premissa para que a amortização do ágio por rentabilidade futura fosse possível, qual seja, a extinção do investimento em razão da absorção do patrimônio da investidora pela investida, ou vice-versa, conforme prevê o art. 386, e seu inciso III, do RIR/99.

Naquele caso a hipótese ainda tratava da utilização de empresa veículo cujo único objetivo foi possibilitar, mediante reestruturação societária meramente artificial e formal, a amortização do ágio. No presente caso, para seu deslinde, basta a análise de elemento fundamental para que o ágio pudesse ser amortizado, qual seja, que investida e investidora passassem a ser uma única pessoa jurídica, o que jamais ocorreu no caso concreto.

Reproduzo, assim, as mesmas razões expostas em voto no acórdão nº 1402-001.460.

Entende o I. Relator que a utilização de empresas veículos, por si só, não é suficiente para determinar os efeitos fiscais de determinada operação. Embora concorde que não se pode determinar a existência de patologia fiscal simplesmente pela utilização de empresas veículos, no caso concreto, não me resta qualquer sombra de dúvida que as operações, da forma como foram arquitetadas, visaram a driblar a legislação de regência, buscando posicionar a Recorrente artificialmente perante as normas que permitem a **amortização** do ágio em operações societárias.

Não se pode confundir o direito a contabilização do ágio com as condições para amortização em termos fiscais.

Vejamos, com base no Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99), a legislação que rege a matéria:

Amortização do Ágio ou Deságio

Art.391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).

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

Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido

Art.426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

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

II-ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;

III-provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior. [grifos nossos]

Constata-se, assim, que, em regra geral, o ágio deverá ser ativado e utilizado como custo somente no momento da alienação do investimento, obviamente se essa vier a ocorrer, o que, frise-se, não há qualquer notícia de que tais alienações tenham ocorrido no caso concreto.

Nesse sentido, compulsando os autos, percebe-se claramente que os investimentos realizados, e adquiridos com ágio, comporiam o ativo da Recorrente, provavelmente, por tempo indeterminado, haja vista a continuidade das operações antes realizadas pelas investidas em novas empresas, segregadas de acordo com o ramo de atividade a que se dedicavam e, ao que tudo indica, ainda se dedicam, com exceção da hipótese de fechamento de capital.

A artificialidade da operação foi justamente buscar o contorno de tais normas imperativas, que impunham a ativação do ágio, buscando posicionar a Recorrente diante de normas de contorno, quais sejam, o art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99, transcritas a seguir, mediante operações societárias meramente com fins fiscais:

Art.386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

[...]

III- poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do §2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

§6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

[...]

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

Isso porque o fato de a formação do ágio ter cumprido os requisitos legais estabelecidos, em especial aqueles em que essa turma firmou entendimento necessários (o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; a realização das operações originais entre partes não ligadas; seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura), não possui o condão de permitir que a regra geral seja desrespeitada, qual seja, o ágio deverá compor o custo do investimento para fins de apuração de ganho de capital em eventual alienação (inteligência do art. 391 c/c art. 426, II, ambos do RIR/99).

Nessa senda, para que o ágio com fundamento em rentabilidade futura possa compor o resultado do período, o regulamento do imposto de renda impõe ou a alienação do investimento – nesse caso, na forma de custo de aquisição -, ou mediante amortização, desde que haja incorporação, fusão ou cisão entre investidora e investida (art. 386, caput e inciso III), ainda que de forma reversa (art. 386, § 6º, II).

A artificialidade da operação está, justamente, no passo intermediário utilizado pela Recorrente a fim de que o ágio, que deveria compor o custo do investimento, que talvez nunca seja alienado, pudesse ser amortizado: a criação de empresas veículos, a fim de que pudesse ser realizada uma operação de reestruturação com incorporação reversa permitindo, no entender da Recorrente, o início da amortização dos valores de ágio. Deu-se, assim, a denominada “transferência de ágio”.

Com efeito, mostra-se falacioso o argumento de que o ágio seria amortizado de qualquer modo, pois, conforme já repisado, os investimentos mantiveram-se inerte na real adquirente (Recorrente), e, as operações a que diziam respeito os investimentos, permaneceram segregadas nas empresas operacionais, o que inviabilizaria por completo qualquer forma de transferência do ágio para o resultado fiscal (com a ressalva feita quanto à operação de fechamento de capital).

Não há dúvida que a pessoa jurídica que, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, absorver patrimônio de outra pessoa jurídica que dela detenha participação societária adquirida com ágio, cujo fundamento seja a rentabilidade futura, poderá amortizá-lo nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração, pois assim possibilita o art. 386 do RIR/99.

De igual forma, não se pode olvidar que o contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio de maneira que melhor lhe convém, com vistas à redução de custos e despesas, inclusive à redução dos tributos, sem que isso implique, necessariamente, qualquer ilegalidade.

Entretanto, o que não se admite atualmente é que os atos e negócios praticados se baseiem numa aparente legalidade, sem qualquer finalidade empresarial ou comercial, para disfarçar o real objetivo da operação, quando unicamente almeje reduzir o pagamento de tributos.

Nesse sentido, colocam-se a seguir os ensinamentos de Marco Aurélio Greco¹:

... a pergunta que se põe é: admitida a existência do direito de o contribuinte organizar a sua vida, este direito pode ser utilizado sem quaisquer restrições? Ou seja, tal direito é ilimitado? Todo e qualquer “planejamento” é admissível? Minha resposta é negativa. (pág. 190)

Ou seja, cumpre analisar o tema do planejamento tributário não apenas sob a ótica das formas jurídicas admissíveis, mas também sob o ângulo da sua utilização concreta, do seu funcionamento e dos resultados que geram à luz dos valores básicos de igualdade, solidariedade social e justiça. (pág. 202)

[...] com o advento do Código Civil de 2002 a questão ficou solucionada, pois seu artigo 187 é expresso ao prever que o abuso de direito configura ato ilícito:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (pág. 206)

No Brasil, entendo que esta possibilidade de recusa de tutela ao ato abusivo (mesmo antes do Código Civil de 2002) encontra base no ordenamento positivo, por decorrer dos princípios consagrados na Constituição de 1988 e da natureza da figura. Porém, a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo porque sua única ou principal finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto.

Esta conclusão resulta da conjugação dos vários princípios acima expostos e de uma mudança de postura na concepção do fenômeno tributário que não deve mais ser visto como simples agressão ao patrimônio individual, mas como instrumento ligado ao princípio da solidariedade social. (pág. 208)

Em suma, não há dúvida de que o contribuinte tem o direito, encartado na Constituição Federal, de organizar sua vida da maneira que melhor julgar. Porém, o exercício deste direito supõe a existência de causas reais que levem a tal atitude. A auto-organização com a finalidade predominante de pagar menos imposto configura abuso de direito, além de poder configurar algum outro tipo de patologia do negócio jurídico, como, por exemplo, a fraude à lei. (pág. 228)

Nota-se, assim, que o direito ao planejamento tributário não pode ser absoluto, há que haver uma conformação entre a existência do direito e o modo como se exerceu esse direito, sob pena de incorrer-se em abuso de direito.

Ricardo Lobo Torres, a esse respeito, esclarece que “a proibição da elisão abusiva no campo tributário nada mais é que a especificação do princípio geral, jurídico e moral, da vedação do abuso de direito”.²

A tributação, historicamente, sempre contou com a rejeição do povo. Esse o motivo em função do qual foi fixada, em 1215, a limitação à tributação pela lei. Na Inglaterra de então, os barões e os religiosos procuraram conter o arbítrio do Rei, fixando que não haveria tributação sem lei que a estabelecesse. Mais adiante, a Constituição Norte-Americana de 1787 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 reprisaram a limitação. Essa perspectiva, entretanto, sofreu alteração ao longo do tempo. Hoje, a tributação não é mais uma concessão da sociedade em favor do Estado, mas um instrumento da sociedade que tem por finalidade manter uma máquina pública estruturada em favor da própria sociedade. Esse é o sentido do dever fundamental do indivíduo de recolher os tributos devidos. Confira-se, a respeito, o pensamento de Klaus Tipke (“Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva”, Douglas Yamashita, São Paulo, Malheiros, 2002, pág. 13):

O dever de pagar impostos é um dever fundamental. O imposto não é meramente um sacrifício, mas sim uma contribuição necessária para que o Estado possa cumprir suas tarefas no interesse do proveitoso convívio de todos os cidadãos. O Direito tributário de um Estado de Direito não é Direito técnico de conteúdo qualquer, mas ramo jurídico orientado por valores. O direito Tributário afeta não só a relação cidadão/Estado, mas também a relação dos cidadãos uns com os outros. É um direito da coletividade.

A Constituição Federal de 1988 caminhou no sentido defendido por Tipke, quando afirma no seu art. 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e estipula como seus fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. A atividade produtiva deve cumprir o seu papel social de importância ao desenvolvimento do país e de fonte de manutenção dos membros da sociedade, mas sem que se sobreponha à cidadania e a dignidade humana.

O art. 3º da Constituição estipula como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Para o atingimento desses objetivos é de suma importância os recursos oriundos da tributação, daí que não se pode admitir o planejamento tributário lastreado exclusivamente na liberdade negocial e no respeito às formas, mas com mascaramento dos atos e negócios praticados para disfarçar o real objetivo da operação, unicamente para se esquivar do pagamento dos tributos.

O pagamento de tributos é a contrapartida à proteção estatal que cada cidadão aspira. Ele tem muita importância para a coletividade e, por isso, pode ser exigido. Não se pode ter uma fixação por direitos, sob o aspecto individualista, esquecendo-se dos deveres, que

também são importantes e que cada cidadão deve cumprir em função da posição que ocupa na sociedade.

Cabível assentar, também, que a orientação constitucional e jurisprudencial antes referida não representa novidade em termos internacionais. Nos Estados Unidos da América, meca do capitalismo e do liberalismo, a Suprema Corte, ao apreciar o caso *Gregory v. Helvering*, já em 1935, reconheceu o direito de planejamento do contribuinte, mas afastou a licitude de operações societárias nas quais presente choque entre a realidade e o artifício formal. Daquele julgado, que tratou de pretensa operação societária isenta do imposto de renda, colhe-se o seguinte excerto da decisão (“Interpretação Econômica do Direito Tributário: o caso *Gregory v. Helvering* e as doutrinas do propósito negocial (*business purpose*) e da substância sobre a forma (*substance over form*)”, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Revista Fórum de Direito Tributário, Belo Horizonte, nº 43, págs. 55 a 62):

Nessas circunstâncias, os fatos falam por eles mesmos e permitem apenas uma única interpretação. O único empreendimento, embora conduzido nos termos do item “b” da seção 112, fora de fato uma forma elaborada e errônea de transposição simulada como reorganização societária, e nada mais. A regra que exclui de consideração o motivo da elisão fiscal não guarda pertinência com a situação presente, porquanto a transação em sua essência não é alcançada pela intenção pura da lei. Sustentar-se de outro modo seria uma exaltação do artifício em desfavor da realidade, bem como retirar da previsão legal em questão qualquer propósito sério. É mantido o julgamento de segunda instância.

Marco Aurélio Greco assevera ainda que “nem tudo o que é lícito é o honesto” e que o “o ordenamento jurídico não se resume à legalidade; ele contempla também mecanismos em última análise de neutralização de esperteza”, fazendo

*parte daquilo que Tércio Sampaio Ferraz Júnior denomina de **regras de calibração do ordenamento**. Ou seja, os textos legais dão as peças do sistema jurídico, mas para que funcionem coordenadamente precisam ser calibradas, ajustadas.*³ (grifo nosso)

Sobre o tema, Ricardo Lobo Torres conclui que

*No direito tributário o mais importante para a Administração é requalificar o ato abusivo, sem anulá-lo em suas consequências no plano das relações comerciais ou trabalhistas.[...] Na elisão, afinal de contas, ocorre um abuso na subsunção do fato à norma tributária; como lembra Paul Kirchhof, a elisão é sempre uma subsunção malograda [...] Cabe à Administração Tributária, conseqüentemente, corrigir a subsunção malograda, requalificando o fato de acordo com a interpretação correta da regra de incidência.*⁴

Discorrendo sobre o tema planejamento tributário, Greco assim se manifesta:

³ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 231.

⁴ LOBO TORRES, Ricardo. Planejamento Tributário. Elisão abusiva e evasão fiscal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 25.

Recordando: na primeira fase, predomina a liberdade do contribuinte de agir antes do fato gerador e mediante atos lícitos, salvo simulação; na segunda fase do ainda predomina a liberdade de agir antes do fato gerador e mediante atos lícitos, porém nela o planejamento é contaminado não apenas pela simulação, mas também pelas outras patologias do negócio jurídico, como o abuso de direito e a fraude à lei.

Na terceira fase, acrescenta-se um outro ingrediente que é o princípio da capacidade contributiva que – por ser um princípio constitucional tributário – acaba por eliminar o domínio da liberdade, para temperá-la com a solidariedade social inerente à capacidade contributiva.⁵ (grifo nosso)

Salienta ainda o doutrinador que a capacidade contributiva é uma norma programática “possuindo caráter positivo em todos os momentos da atividade de concreção dos preceitos constitucionais: legislação, execução e jurisdição. **É a afirmação de que a eficácia jurídica alcança os intérpretes e aplicadores do Direito e não apenas o legislador**”⁶. (grifo nosso) Acrescenta ainda que se trata de instrumentos de controle do abuso de direito, fraude à lei e outras patologias dos negócios jurídicos, uma vez que negariam a eficácia de regramentos constitucionais.⁷

O Supremo Tribunal Federal já vêm se manifestando nesse sentido, como é possível observar no voto do Ministro Carlos Velloso no julgamento do RE nº 227.832-1 DJ de 28.06.2002), cujo excerto transcreve-se a seguir:

[...] a interpretação puramente literal e isolada do §3º do art. 155 da Constituição Federal levaria ao absurdo, conforme linhas atrás registramos, de ficarem excepcionadas do princípio inscrito no art. 195, caput, da mesma Carta – “a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei...” – empresas de grande porte, as empresas de mineração, as distribuidoras de derivados de petróleo, as distribuidoras de eletricidade e as que executam serviços de telecomunicações – o que não se coaduna com o sistema da Constituição, e ofensiva, tal modo de interpretar isoladamente o § 3º do art. 155, a princípios constitucionais outros, como o da igualdade (C.F., artigo 5º e artigo 150, II) e da capacidade contributiva.

A respeito da colisão entre liberdade de iniciativa e solidariedade, Greco, em excepcional análise sobre o tema, conclui:

[...] quando se diz que é preciso tributar segundo a capacidade contributiva, também é preciso ponderar não ser adequado transformar a capacidade contributiva num valor absoluto que atropela a legalidade e a tipicidade. [...]

Minha concepção ideológica é de que sempre haverá de ponderar os dois conjuntos de valores; ou seja, para mim o ponto de partida é o de que ambos devem estar sentados à mesa

⁵ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 319.

⁶ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 343.

⁷ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 344.

*para dialogar. Vale dizer, não é a rigor um “ponto” de partida, mas uma “dualidade” de partida. Não há caso que não envolva dois tipos de valores. Isso está escrito com todas as letras no artigo 3º, I, da Constituição de 1988 – quando formula **os objetivos do Estado brasileiro** – ao estabelecer que **um deles é o de construir uma sociedade livre, justa e solidária**. Formulação linguística muito feliz, pois coloca numa ponta a liberdade (típica do Estado de Direito) e, na outra ponta, a solidariedade (típica do Estado Social) e entre elas a justiça que resultará da ponderação das duas. Ou seja, **só vamos ter justiça se e quando houver ponderação entre os valores liberdade e solidariedade**.⁸ (grifo nosso)*

Portanto, o procedimento adotado pela autoridade fiscal encontra-se em total sintonia com os princípios da legalidade e da livre iniciativa, encontrando eco não só na doutrina, mas também na jurisprudência, inclusive do Pretório Excelso. Também não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica ou de atos jurídicos. O que houve, na prática, foi uma requalificação dos atos realizados pelo contribuinte, prática adotada como regra de calibração do sistema (conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior), ou de “neutralização de esperteza”, nas palavras de Marco Aurélio Greco.

No caso concreto, ressaltam aos olhos o posicionamento artificial da Recorrente em face das leis de regência de cunhos societário e fiscal.

A estrutura negocial montada pela Recorrente caracteriza o que a doutrina denomina de “operação estruturada em sequência”.

Greco⁹ trata o tema com a maestria peculiar:

Operação Estruturada em Sequência

Sob esta denominação estão as step transactions, vale dizer, aquelas sequências de etapas em que cada uma corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária ou negocial encadeado com o subsequente para obter determinado efeito fiscal mais vantajoso. Neste caso, cada etapa só tem sentido se existir a que lhe antecede e se for deflagrada a que lhe sucede.

Uma operação estruturada indica a existência de um objetivo único, predeterminado à realização de todo o conjunto. E mais, indica a existência de uma causa jurídica única que informa todo o conjunto. Neste casos, cumpre examinar se há motivos autônomos, ou não, pois se estes inexistirem, o fato a ser enquadrado é o conjunto e não cada uma das etapas. (p. 462)

Uso de Sociedades

[...] o elemento relevante quando estamos perante uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal (no registro competente etc.); tão importante ou até mais – em matéria tributária – é a identificação do empreendimento que justifica sua existência. A criação de uma pessoa jurídica tem sentido na

⁸ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 53-54.

⁹ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 462-476.

em 06/04/2015 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 07/04/2015 por LEONARD

medida em que corresponda à vestimenta jurídica de determinado empreendimento econômico ou profissional. A ideia de empresa é o núcleo a ser perquirido. (vide a importância que o Código Civil dá à noção de empresa – artigos 966 e segs.). (p. 468/469)

Conduit companies

A primeira situação a observar é das chamadas conduit companies (empresas-veículos ou de passagem) em que uma pessoa jurídica é criada apenas para servir como canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro sem que tenha efetivamente outra função dentro do contexto. (p. 470)

Deslocamento da Base Tributável

Outro aspecto a ser considerado é o do deslocamento da base tributável para sociedades que se encontrem em situação tributariamente mais favorável.

O deslocamento de base tributária para outra pessoa jurídica que se encontra em regime tributário comparativamente mais vantajoso é elemento que merece especial atenção; aliás, já foi objeto de exame pelo antigo Tribunal Federal de Recursos ao ensejo da mencionada Apelação Cível nº 115.478-RS (julgada em 18.02.87, Rel. Min. Américo Luz). Neste processo, além de outras considerações, encontra-se no relatório do acórdão o seguinte aspecto:

“O que existiu foi na realidade transferência de receita representada pela diferença de preços nas transações entre a autora e as demais empresas, pois a receita que não se realizou foi realizada pelas demais empresas, ainda que sob regime de determinação diferente.”

Este é o ponto a considerar, pois – dependendo das circunstâncias do caso concreto – pode configurar fraude à lei tributária. (p. 475/476) (grifos nossos)

Salienta-se que sem a utilização das denominadas “empresas veículo” não haveria amortização do ágio, pois tais valores deveriam compor o custo do investimento, conforme já abordado. Nesse contexto, é de pouco relevo se as “empresas veículos” efetivamente operavam, ou se suas existências foram efêmeras. O importante para a caracterização como *conduit company* foi a efemeridade de suas participações no negócio, em si. Em curto lapso, simplesmente por sua interposição em negócio jurídico, foi capaz de causar efeitos tributários, não em si mesma, mas na pessoa jurídica que efetivamente ocupava um dos polos da operação negocial perpetrada.

Conforme se observa, os pontos destacados por Greco ressaltam aos olhos no caso concreto, pois as operações perpetradas pela Recorrente foram estruturadas em sequência, sem qualquer propósito negocial que não seja a mera economia tributária. Ou seja, utilizou-se de sociedades de passagem a fim de que a mais valia na aquisição de ações - contabilizada como ágio e que deveria compor o custo do investimento para fins de apuração de ganho de capital - após imediata incorporação reversa entre investida e investidora (empresa veículo), se

transformasse em despesa dedutível na Recorrente mediante transferência do ágio a ser amortizado.

Assim, considerando-se que a real operação foi a aquisição das ações de ECISAPAR por BRMALLS e tais empresas jamais chegaram a tornar-se uma única mediante incorporação ou fusão, não houve a ocorrência da extinção do investimento apta a permitir que o ágio pago na aquisição das ações pudesse ser amortizado, devendo tal valor compor o custo de aquisição das ações de ECISAPAR em eventual futura alienação de tais ações por parte de BRMALLS.

A respeito dos argumentos trazidos pelo patrono do recorrente em sede de sustentação oral a respeito da necessidade de capitalização de LICIA para obtenção de empréstimos bancários, ainda que compusesse seu recurso voluntário, o que não ocorre, não seria elemento apto a justificar a criação de LICIA, de modo a demonstrar a existência de propósito comercial distinto da mera economia tributária, pois não há qualquer elemento que demonstre que tais empréstimos não poderiam ter sido tomados pela própria BRMALLS.

Por esses motivos, nego provimento ao recurso voluntário.

4. CONCLUSÃO

Isso posto, voto por negar provimento aos recursos de ofício e voluntário.

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO - Relator