



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

Processo n° 16682.720880/2011-11
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-001.150 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de agosto de 2013
Matéria IRPJ e CSLL.
Recorrente MULTIPLAN EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

GLOSA DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. INDEVIDA. SIMULAÇÃO. NÃO CARACTERIZADA.

Deve ser afastada a imputação de simulação, quando não demonstrado o pacto simulatório.

O fato de o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária brasileira, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com ágio não se constitui em conduta simulada, pois, diante de dois caminhos lícitos, não estaria obrigado a optar pelo mais oneroso tributariamente, ou seja, aquele em que ele adquirisse diretamente as ações com ágio e depois não pudesse realizar o evento (incorporação, fusão ou cisão) que lhe permitisse recuperar o custo sem alienar o investimento.

A dedutibilidade da amortização do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, após a incorporação da controladora pela controlada, encontra expressa previsão legal nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. O Conselheiro Tadeu Matosinho fez declaração de voto.

(assinado digitalmente)

EDUARDO DE ANDRADE - Presidente.

(assinado digitalmente)

ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR - Relator.

Processo nº 16682.720880/2011-11
Acórdão n.º **1302-001.150**

S1-C3T2
Fl. 1.882

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eduardo de Andrade, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Márcio Frizzo, Guilherme Pollastri, Cristiane Costa e Alberto Pinto.

CÓPIA

Relatório

Versa o presente processo sobre recurso voluntário interposto pelo contribuinte em face do Acórdão n.º 12-46.246 da 8ª Turma da DRJ/RJ1, cuja ementa assim dispõe:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

GLOSA DE DESPESAS INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE CONTROLADORA (“EMPRESAVEÍCULO”)

POR SUA CONTROLADA. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. INDEDUTIBILIDADE.

É indedutível a amortização do ágio, quando uma sociedade controlada (autuada), sem demonstrar haver propósito comercial na operação, tendo como único objetivo a obtenção de benefício fiscal (amortização do ágio), incorpora a sociedade controladora (“empresa veículo”), em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura da própria controlada.

PREJUÍZOS FISCAIS. INEXISTÊNCIA.

Se da ação fiscal resultou a absorção da integralidade dos prejuízos fiscais acumulados, correta a glosa da compensação efetuada em exercícios futuros.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

CSLL. 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 ou elementos novos a ensejar conclusões diversas.

BASES NEGATIVAS DE CSLL. INEXISTÊNCIA.

Se da ação fiscal resultou a absorção da integralidade das bases negativas de CSLL acumuladas, correta a glosa da compensação efetuada em exercícios futuros.

INCORPORAÇÃO REVERSA INTERNA. DOLO.

A conduta planejada consubstanciada na incorporação reversa interna com o único propósito de gerar ágio artificial por meio da utilização de empresa veículo, adquirida tão-somente para este fim, opera no sentido de se concluir que existiram atos preparatórios e de execução que analisados objetivamente, compõem percurso notoriamente utilizado para lesar o Erário Público, devendo a autuação ser realizada com multa agravada.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento. A incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, após o seu vencimento, está prevista nos artigos 43 e 61, § 3º, da Lei nº 9.430/1996.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

A recorrente tomou ciência da decisão recorrida em 03/08/2012 (Termo de Ciência por Decurso de Prazo a fls. 1753) e interpôs recurso voluntário (a fls. 1757 e segs.) em

20/08/2012, conforme Termo de Análise de solicitação de Juntada a fls. 1850, no qual alega as seguintes razões de defesa:

a) que o Acórdão da DRJ encontra-se fundamentado nos seguintes argumentos:

a.1) que as operações societárias embora lícitas do ponto de vista individual, conforme reconheceu a própria fiscalização, teriam sido estruturadas de tal forma (em seqüência), a fim de criar, no seu conjunto, condições para que o ágio fosse amortizado, razão pela qual não teriam propósito negocial;

a.2) que a empresa BERTOLINO não teria qualquer objetivo econômico ou social e que referida empresa teria como única finalidade “transportar” ágio para ser amortizado na interessada, ou seja, seria uma sociedade de passagem (empresa-veículo);

a.3) que a BERTOLINO não teria sido sucedida pela empresa GYGAX, na medida em que esta teria apenas recebido parte dos ativos da BERTOLINO, sendo irrelevante a existência da GYGAX para o deslinde da questão;

a.4) que inexistiria propósito negocial na reestruturação societária implementada, na medida em que utilizada empresa de passagem, efêmera;

a.5) que a RECORRENTE teria deixado de explicar o motivo pelo qual o fundo de investimento optou por efetuar o investimento, não diretamente, como previsto no Acordo pactuado, mas sim indiretamente, por meio de holding brasileira;

a.6) que a RECORRENTE ao incorporar a empresa BERTOLINO, chamada “incorporação às avessas”, passaria a ser titular de um ágio amortizável, cuja origem estaria na expectativa de rentabilidade futura dela mesma, o chamado “ágio de si mesmo”;

a.7) que não haveria a necessária independência entre as partes envolvidas no negócio societário na medida em que o fundo de investimento estrangeiro era controlador direto da empresa BERTOLINO e detinha participação indireta na interessada;

a.8) que as operações societárias em questão estariam inquinadas ao instituto do abuso de direito uma vez que a incorporação realizada não teria surtido nenhum efeito societário e a operação teria como finalidade predominante pagar menos imposto;

a.9) que a conduta planejada consubstanciada na incorporação reversa interna com o único propósito de gerar ágio artificial, por meio da utilização de empresa veículo, a BERTOLINO, compõe percurso notoriamente utilizado para lesar o Fisco, restando caracterizada a realização de atos sem motivos legítimos, com excessos intencionais, dolosos;

b) que, de acordo com a Lei nº 9.532/97 e normas que a complementaram, a **união da investidora e da investida por meio de processo de incorporação reversa transforma o ágio fundamentado nas perspectivas de rentabilidade do investimento em conta do ativo**

diferido - posteriormente transformada em conta do Ativo intangível - o qual deverá ser amortizado à razão de, no máximo, 20% ao ano, sendo o produto desta amortização levado em conta na determinação da base de cálculo do IRPJ e da CSLL;

c) que os artigos 7º e 8º do referido diploma legal não exigiram qualquer propósito negocial para que as incorporações por ele disciplinadas pudessem ser efetuadas, sendo o aproveitamento do ágio por si só suficiente e justificável;

d) que as incorporações efetuadas logo após o processo de privatização não se justificariam senão em razão do próprio aproveitamento do ágio verificado, conforme expressamente previsto na Lei nº 9.532/97;

e) que é evidente que as empresas adquirentes, até mesmo em razão de terem sido constituídas exclusivamente para o processo de privatização, não exerciam quaisquer das atividades que até então eram predominantemente exercidas em território brasileiro pelas estatais. Ou seja, na data em que publicada a Lei nº 9.532/97, já era de pleno conhecimento do governo que nenhuma sinergia operacional entre a investidora e a investida poderia ser razoavelmente apresentada para justificar as incorporações que viriam a ser efetuadas, com a consequente dedutibilidade do ágio então verificado na aquisição da empresa;

f) que o tratamento previsto na Lei nº 9.532/97 não foi, contudo expressamente circunscrito à aquisição das empresas estatais sendo aplicável a todo e qualquer caso de aquisição de empresas que viessem a ser incorporadas;

g) que até mesmo reestruturações societárias consistentes na aquisição de investimento em empresa operacional por determinada sociedade, transferência do mesmo à empresa veículo e na subsequente incorporação desta última pela empresa operacional foram expressamente aceitas e disciplinadas de forma genérica pela CVM como forma de o contribuinte usufruir do benefício fiscal concedido pela Lei nº 9.532/97. Nesse sentido, o seguinte trecho da Nota Explicativa da CVM na Instrução nº 349/2001:

“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.”

h) que o próprio Poder Executivo, por uma de suas autarquias (a CVM), reconhece, expressamente, que o registro de ágio por uma pessoa jurídica, inclusive uma veículo criado após a aquisição dos investimentos de terceiros, com a subsequente incorporação da empresa investidora é apto a gerar a dedutibilidade do ágio nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, independentemente da existência de qualquer motivação negocial;

i) que as operações societárias referidas no TVF tiveram motivação econômica, foram praticadas de forma legal e devidamente registradas nos Órgãos públicos,

não havendo que se falar que as operações societárias seriam um mero estratagema para viabilizar a amortização do ágio em questão;

j) que a própria D. Autoridade Fiscalizadora, corroborado pelo r. acórdão recorrido, afirma que as operações realizadas pela RECORRENTE, analisadas isoladamente, não poderiam ser consideradas ilícitas, *verbis*:

“Em uma primeira análise, bastante simplista, verifica-se que todas as transações efetuadas pela fiscalizada decorreram de acordos de vontade e que, de fato, nenhuma delas, isoladamente, poderia ser considerada ilícita, o que levaria à conclusão também simplista de que a referida conduta estaria a revelar apenas a intenção de praticar o planejamento tributário, perfeitamente aceitável em uma sociedade caracterizada pela liberdade de auto-organização.” (pág. 5 do TVF)

l) que, em 9 de junho de 2006, houve a assinatura do Acordo para Subscrição e Aquisição de Ações (DOC. 07, anexado à impugnação) entre a Multiplan Planejamento, Participações e Administração S/A, e demais acionistas, 1700480 ONTARIO INC. e como interveniente Multiplan Empreendimentos Imobiliários S/A, ora RECORRENTE;

m) que, no referido acordo a 1700480 ONTARIO INC. se obrigava a realizar um investimento na RECORRENTE no valor de R\$ 850 milhões mediante a subscrição de ações ordinárias e preferenciais e aquisição de ações ordinárias no valor de R\$ 150 milhões dos acionistas vendedores;

n) que há, no Acordo, disposição expressa no sentido de que a 1700480 ONTARIO INC. poderia ceder seus direitos a uma subsidiária integral (cláusula 14.2 do Acordo para Subscrição e Compra de Ações), sendo que essa previsão é mais do que lógica, pois seria um contrassenso a criação, por 1700480 ONTARIO INC, de uma empresa no Brasil antes de estar concluído o negócio (ou seja, a criação de uma empresa só para discutir a associação);

o) que, assim, como seria de se esperar, o negócio foi fechado com 1700480 ONTARIO INC, ficando esse autorizado a formalizá-lo através de empresa local, que veio a ser BERTOLINO PARTICIPAÇÕES LTDA;

p) que, em 20 de junho de 2006, foi assinado o Acordo de Prorrogação de prazo (DOC. 08, anexado à impugnação), para postergar a data de fechamento do acordo de investimento para 21 de junho de 2006;

q) que, em 21 de junho de 2006, foi assinado o Aditivo ao acordo para subscrição e aquisição de ações (DOC. 09, anexado à impugnação);

r) que, no referido aditivo, dentre outras disposições, a 1700480 ONTARIO INC. cede seus direitos de aquisição e subscrição das ações, nos termos previstos no Acordo firmado em 9 de junho de 2006, para sua subsidiária brasileira, BERTOLINO PARTICIPAÇÕES LTDA;

s) que BERTOLINO passou a deter 46,3 % das ações da Recorrente e foi reduzida a participação dos demais sócios - Sr. José Isaac Peres - para 53,7 %;

t) que a utilização pela ONTARIO da subsidiária brasileira, BERTOLINO PARTICIPAÇÕES, deu-se em razão do interesse de ONTARIO em ter uma empresa no Brasil (parte de BERTOLINO existe até hoje, pois ela foi cindida antes de ser incorporada pela RECORRENTE - GYGAX) e pelas seguintes razões imediatas:

t.1) a possibilidade de abertura de uma conta em banco brasileiro para receber os valores necessários para realização do investimento em território nacional (mais de um bilhão de reais);

t.2) a utilização desta conta corrente em instituição bancária brasileira para viabilizar a transferência de recursos (TED) simultaneamente para a MULTIPLAN (aumento de capital no valor de R\$ 850 milhões) e para os demais acionistas que alienaram participação societária à BERTOLINO (no valor total de R\$ 150 milhões), de forma a viabilizar as concomitantes quitações recíprocas e transferências de ações para a BERTOLINO;

t.3) a agilidade para fechamento de uma única operação de câmbio no valor de mais de um bilhão de reais necessária para garantir a segurança na manutenção das obrigações contratadas em moeda nacional - afastamento do risco cambial;

u) que, para realização da operação acima descrita a sociedade BERTOLINO PARTICIPAÇÕES, em 21 de junho de 2006, celebrou Contrato de Câmbio (DOC. 10, anexado à impugnação) no valor de R\$ 1.060.530.000,00 (um bilhão e sessenta milhões e quinhentos e trinta mil reais);

v) que a aquisição da participação societária da RECORRENTE se deu com o pagamento de ágio, em razão da expectativa de rentabilidade estimada com base em resultado de exercícios futuros, devidamente amparada por Laudo de Avaliação de ações fornecido pela APSIS Consultoria Empresarial Ltda., com data base de 21 de junho de 2006 (DOC. 03, anexado à impugnação);

x) que, em 22 de junho de 2006, foi realizada a Assembléia Geral Extraordinária da ora RECORRENTE (DOC. 11, anexado à impugnação), devidamente registrada na Junta Comercial do Rio de Janeiro, para deliberar sobre o aumento de capital da RECORRENTE de R\$ 160 milhões para R\$ 264 milhões mediante emissão e subscrição de novas ações, sendo parte ordinárias e parte preferenciais, sendo que o preço de emissão das ações alcançou o valor total de R\$ 850 milhões, do qual R\$ 104 milhões destinaram-se ao capital social e R\$ 745 milhões à Reserva de Capital - prêmio de subscrição;

z) que, em 22 de junho de 2006, foi celebrado Acordo de Acionistas de Multiplan Empreendimentos Imobiliários S/A (DOC. 12, anexado à impugnação), com a finalidade de regular o relacionamento de BERTOLINO e MULTIPLAN PLANEJAMENTO, PARTICIPAÇÕES E ADMINISTRAÇÃO S/A como acionistas da Multiplan Empreendimentos Imobiliários;

aa) que o Acordo de Acionistas de 2006 foi celebrado com validade de 15 anos;

ab) que, além do investimento na MULTIPLAN, a Bertolino manteve aproximadamente R\$ 60 milhões de reais em dinheiro investidos no Brasil;

ac) que o crescente interesse da RECORRENTE em realizar a sua abertura de capital, verificou-se a necessidade de simplificar a sua estrutura societária;

ad) que, para abertura de capital, verificou-se que seria importante que a ONTARIO possuísse participação direta na sociedade, considerando que trata-se de sócio com renome internacional, que traria maior credibilidade à RECORRENTE e atrairia mais

investidores quando da abertura do capital, conforme atesta a carta do Banco Credit Suisse (DOC. 06, anexado à impugnação);

ae) que, 11 meses após o investimento da BERTOLINO na MULTIPLAN, e consequente geração do ágio, foi realizada a incorporação da BERTOLINO pela RECORRENTE;

af) que a escolha da incorporação de BERTOLINO por MULTIPLAN, dentre as demais variantes acima apontadas, foi absolutamente lógica, por convir a ambas as partes envolvidas;

ag) que, nos termos da legislação então vigente, a incorporação de investidoras por investidas, com extinção de investimentos adquiridos com ágio, como no caso, são sempre precedidas do registro, na incorporada, de provisão de valor equivalente ao do ágio a amortizar, dando origem a um ativo fiscal diferido que é transferido à incorporadora em contrapartida do registro de uma reserva especial de lucro;

ah) que a incorporação de BERTOLINO por MULTIPLAN importou na elevação do valor de seu patrimônio líquido, melhorou seus índices de liquidez e propiciou o lançamento de suas ações por um preço significativamente mais elevado;

ai) que a incorporação ocorreu em conformidade com os artigos 223 a 229 da Lei nº 6.404/76 e com a Instrução CVM nº 319/99, com as alterações promovidas pela Instrução CVM nº 349/01, e, como acima frisado, foi precedida de uma cisão parcial, realizada em 28 de maio de 2007, nos termos do Instrumento Particular de 4ª Alteração do Contrato Social da BERTOLINO PARTICIPAÇÕES LTDA. (DOC. 13, anexado à impugnação);

aj) que, conforme a Ata de Resolução de Sócios da BERTOLINO PARTICIPAÇÕES LTDA. (DOC. 14, anexado á impugnação), de 28 de maio de 2007, foi aprovado o Protocolo de Cisão;

al) que, em 29 de maio de 2007, foi celebrado Instrumento Particular de 5ª Alteração do Contrato Social da BERTOLINO PARTICIPAÇÕES LTDA, para aprovar o Protocolo e Justificativa para a incorporação da BERTOLINO pela MULTIPLAN Empreendimentos Imobiliários;

am) que as operações societárias que culminaram com o aproveitamento do ágio pela RECORRENTE, visavam não só investimento a ser realizado por fundo estrangeiro, bem como a simplificação da estrutura societária da RECORRENTE, de forma preparatória a uma futura abertura de capital da incorporadora, ofertas primária e secundária, que ocorreram em 2007, com a proteção dos interesses dos acionistas controladores, e posterior oferta primária de ações no mercado de capitais (Follow-on), realizada em 2009, proporcionando, ainda, melhor posicionamento estratégico e desempenho das atividades econômicas pela incorporada e incorporadora;

an) que, da análise da operação como um todo verifica-se evidente o fundamento econômico para a realização dos atos societários: o ágio legitimamente pago na aquisição de ações da RECORRENTE pela empresa BERTOLINO PARTICIPAÇÕES LTDA., a qual foi absorvida pela RECORRENTE, que passou a amortizar esse valor com fundamento no artigo 386, § 6º, inciso II, do RIR/99;

ao) que a D. Autoridade Fiscalizadora e o acórdão recorrido, citando artigo de Iudicibus, Martins e Gelbcke, confunde a operação praticada pela RECORRENTE com operações praticadas entre partes relacionadas, afirmando que a falta de independência entre as

partes envolvidas na negociação faria surgir um fenômeno extremamente *sui generis*: o ágio gerado internamente;

ap) que o negócio se deu entre BERTOLINO/ONTARIO de um lado e acionistas da ora RECORRENTE de outro, empresas absolutamente independentes no momento da aquisição das ações da RECORRENTE, com ágio, por BERTOLINO;

aq) que a premissa tomada pelo acórdão recorrido no sentido de que existiria dependência entre as partes, portanto, operação gerada dentro de um mesmo grupo, exsurge do fato de que quando da incorporação da BERTOLINO pela RECORRENTE, a primeira detinha 46% do capital da ora RECORRENTE;

ar) que se trata de flagrante equívoco do r. acórdão na medida em que a relação entre as partes surgiu em momento posterior ao surgimento do ágio;

as) que, se o momento da incorporação fosse o momento correto de se aferir a independência das partes, para efeitos de se validar ou não a natureza do ágio, todos os ágios seriam ignorados, pois o fato de uma empresa ter participação na outra (e é a essas situações que a Lei nº 9.532/97 se dirige) tornaria a lei inaplicável, ou seja, a Lei seria inaplicável a todas as incorporações, fusões ou cisões cujos efeitos visou disciplinar;

at) que a sociedade decorrente da cisão (GYGAX) existe até hoje, conforme Resolução Anual dos Sócios de 12/04/2011, logo, equivoca-se a autoridade fiscal quando alega que a Bertolino teria sido constituída com a finalidade de propiciar o aproveitamento fiscal do ágio;

au) que não se justifica a alegação de que foi amortizado o ágio da Multiplan em si mesma, quando se percebe que a operação caracteriza hipótese de benefício fiscal expressamente previsto em lei (conforme mencionado, o § 6º do artigo 386 do RIR/99), sendo que, em todas incorporações reversas com extinção de investimentos adquiridos com ágio fundamentado em perspectivas de rentabilidade ocorre tal fato;

av) que, novamente, equivoca-se o Sr. Agente Fiscal ao dizer que teriam sido criadas “diversas pessoas jurídicas, todas vazias, existentes apenas “no papel”, na medida em que apenas uma sociedade foi criada e não várias, sendo que referida sociedade sofreu uma cisão parcial e, como acima ressaltado, a sociedade resultante da cisão - GYGAX PARTICIPAÇÕES - continua existindo até os dias de hoje;

ax) que a D. Autoridade lançadora silencia sobre a existência de dois Laudos de avaliação elaborados pela APSIS Consultoria Ltda. (DOCs. 03 e 04, anexados à impugnação) que sustentam a expectativa de rentabilidade futura, condição necessária para que a despesa com amortização do ágio seja dedutível da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, nos termos do art. 386 do RIR/99;

az) que as operações societárias realizadas pela RECORRENTE (i) condizem com a vontade de cada uma das partes envolvidas, (ii) estão regulares à luz do ordenamento jurídico vigente à época das operações, (iii) foram realizadas com ampla transparência e divulgação em Jornais de Grande Circulação e nos Prospectos de distribuição pública; (iv) foram praticadas sem o intuito de prejudicar ninguém, tampouco o Fisco, (v) encontram-se em consonância com a maioria dos entendimentos emanados para operações semelhantes pelo Conselho de Contribuintes; e (vi) operaram-se antes da ocorrência de qualquer fato gerador da CSLL e do IRPJ;

ba) que é incabível a qualificação da multa, por não se verificar qualquer intuito doloso nos atos da Recorrente;

bb) que é ilegal a cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões (doc. a fls. 1855 e segs.), nas quais pede que seja negado totalmente provimento ao recurso voluntário, pois sustenta que:

“Vale destacar, por oportuno, que, no presente caso, ao contrário do que ocorre em outras situações de simulação relativa, a comprovação do negócio dissimulado é feita por meio de um documento firmado entre as partes que participaram da simulação. Assim, diferentemente dos casos onde o negócio dissimulado é presumido, aqui tal vontade real é atestada por documento produzido pelas próprias partes envolvidas.

Da análise do negócio simulado e daquele dissimulado, vê-se, deste modo, que, enquanto o termo aditivo foi desfeito ao final das operações, o acordo de investimento foi aquele que efetivamente foi cumprido. Enquanto a participação da BERTOLINO foi cancelada com a incorporação, o compromisso de investimento assumido pelo ONTARIO diante do grupo MULTIPLAN foi plenamente cumprido por ambas as partes.

Destarte, ainda que o termo aditivo previsse uma real cessão de direitos entre a ONTARIO e a BERTOLINO, a incorporação envolvendo essa segunda empresa e a MULTIPLAN desfaria essa cessão. Contudo, como sequer é possível aferir que houve um contrato de cessão, vê-se, na verdade, que a incorporação societária apenas concretizou dois fatos que eram consensuais entre as partes desde o início: a ONTARIO nunca deixou de ser o real adquirente das ações da MULTIPLAN, e a BERTOLINO participou dessa aquisição como mera intermediadora do pagamento apenas para possibilitar a dedutibilidade do ágio”.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior.

O recurso é tempestivo e foi subscrito por advogado com poderes para tal, conforme doc. a fls. 1836, razão pela qual dele conheço.

O fulcro da questão posta em julgamento reside na glosa de despesa com amortização de ágio, razão pela qual, inicialmente, vejamos como o TVF descreve as operações que deram origem à formação do ágio:

- em 27/04/2006, foi constituída a BERTOLINO Participações Ltda, sendo a Texpar Part. Ltda titular de 99 cotas e a Pacaembu Serviços e Participações Ltda. titular de 1 cota;

- em 09/06/2006, é celebrado acordo, no qual fica pactuado que a 1700480 ONTARIO INC faria um investimento direto na Multiplan Empreendimentos Imobiliários S/A (MTE), no valor de R\$ 850.000.539,89 mediante a subscrição de ações, sendo que os sócios Multiplan Planejamento, Participações e Administração S/A (MTP) e Eduardo Kaminitz Peres (EKT) desde já renunciavam a seus respectivos direitos de preferência na subscrição;

- em 14/06/2006, a empresa BERTOLINO sofre uma alteração contratual, pois agora passa a ter novos sócios: 1700480 ONTARIO INC (com 99 cotas) e 1699516 ONTARIO INC (com 1 cota);

- em 21/06/2006, BERTOLINO aumenta seu capital social de R\$ 100,00 para R\$ 1.060.530.000,00, assim dividido: 1.060.529.999 cotas para 1700480 ONTARIO INC e 1 cota para 1699516 ONTARIO INC;

- em 22/06/2006, foi deliberado o aumento do capital social da MTE de R\$ 160.295.616,00 para R\$ 264.419.053,00, mediante a emissão e subscrição de 47.327.029 novas ações, sendo fixado o preço de R\$ 17,9601 por ação, totalizando assim R\$ 850.000.539,89, dos quais R\$ 104.123.437,00 destinados ao capital social e R\$ 745.877.102,89 à reserva de capital (prêmio de subscrição);

- também em 22/06/2006, BERTOLINO adquiriu: 583.515 ações ordinárias da MTE detidas por EKP pelo valor de R\$ 10.480.010,00 (R\$ 17,9601 p/ação), e 7.768.314 ações da MTE detidas por CAA Corretores Associados Ltda. pelo valor de R\$ 139.519.990,00 (R\$ 17,9601 p/ação), em ambas as aquisições os pagamentos foram por meio de TED-E;

- com tais aquisições, a BERTOLINO passou a deter 46% de participação na MTE;

- em 28/05/2007, 1699516 ONTARIO INC cede sua única cota da BERTOLINO para 1700480 ONTARIO INC, a qual passou a deter a totalidade das quotas da BERTOLINO;

- em 29/05/2007, BERTOLINO é incorporada pela MTE.

A autoridade fiscal, conforme TVF a fls. 1073, enquadrando as operações acima transcritas com simulação (art. 167 do CC), pois entendeu que: *“Embora os fatos descritos, isoladamente e do ponto de vista meramente formal, não denotem ilicitude, a moderna doutrina acerca de planejamento tributário não se satisfaz com a simples constatação da legalidade das operações, mas sim exige motivação extra-tributária”*.

Os julgadores do CARF prestarão um grande serviço ao Estado e a sociedade brasileiras se imprimirem segurança jurídica e isonomia ao sistema, evitando que suas decisões fiquem ao sabor lotérico do entendimento de cada conselheiro sobre conceitos vagos não positivados como, por exemplo, “falta de propósito negocial”, que não passa de uma construção jurisprudencial alienígena sem respaldo no ordenamento jurídico pátrio. Da mesma forma, não me impressiona os efeitos tributários que se tenta dar a um mero pronunciamento técnico da CVM sobre ágio gerado em operações internas, se não vejamos o teor do item 20.1.7 do Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2007, *in verbis*:

“A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de “ágio”.

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.

Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, **única e exclusivamente**, quando o **preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição** de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, **preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros**. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.

Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. **Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como “arm’s length”.**

Portanto, é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade.”.

Nota-se, hoje, que alguns tentam elevar tal pronunciamento da CVM a um **status de norma tributária proibitiva do reconhecimento do chamado ágio interno ao grupo econômico, o que, por si só, já seria absurdo. A análise feita pela CVM é de cunho estritamente**

econômico, pois sequer embasa seu entendimento em qualquer norma jurídica, muito pelo contrário, afirma que, ainda que respeitada a Lei, economicamente é inconcebível o reconhecimento do ágio interno. Como já dito anteriormente, “falta de substância econômica” assim como “falta de propósito negocial” não são institutos jurídicos nacionais, logo não maculam o ato jurídico seja lá qual for o conceito que os seus aplicadores lhes deem, logicamente, desde que não se configurem como um vício do negócio jurídico, segundo o nosso ordenamento legal.

No caso em tela, porém, embora a autoridade fiscal tente enquadrar a situação como ágio interno, nem isso sequer seria possível, pois houve efetivo pagamento pelo ágio a terceiros, ou seja, quando a BERTOLINO pagou R\$ 745.877.102,89 a título de ágio na aquisição de 47.327.029 de novas ações da MTE, não os estava pagando a uma empresa do mesmo grupo econômico.

Da simples leitura do TVF, nota-se que a autoridade fiscal nega em verdade o permissivo legal criado pelos art. 7º e 8º da Lei 9.532/97, ou seja, estamos diante de uma situação em que foi efetivamente pago o ágio (não se trata de planejamento com base no art. 36 da Lei 10.637/02), no qual um investidor estrangeiro (1700480 ONTARIO INC) aporta capital em uma empresa (BERTOLINO), a qual adquire ações de outra empresa com ágio (MTE) e, a seguir, esta incorpora aquela.

Da mesma forma, não estamos diante do planejamento de transferência de ágio externo (aquele decorrente do processo de privatização, em que o investidor se utiliza de empresa veículo para transferir o ágio que pagou no leilão de privatização para a empresa operacional adquirida). Trata-se aqui de aplicação direta do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 sem utilização de empresa veículo, pois a autoridade fiscal se insurge contra o fato de o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com ágio. Por certo, entendeu a autoridade fiscal que estaria obrigado o investidor a optar por adquirir diretamente as ações da recorrente com ágio, pois aí não teria como se valer das referidas normas – caminho mais oneroso.

No que tange ao enquadramento da conduta da recorrente como simulação, inicialmente, ressalto que a simulação em matéria fiscal foi bem enfrentada no Parecer CST 46/87, do qual retiro duas conclusões, quais sejam, que as operações simuladas são:

- a) ilícitas na medida em que pretendem encobrir ato de natureza jurídica com efeitos tributários mais onerosos para o contribuinte;
- b) devem prevalecer os efeitos do negócio dissimulado.

O referido parecer analisou uma situação em que o contribuinte remetia dividendos travestidos de devoluções de capital, para escapar da tributação que havia à época sobre a remessa de dividendos. Note-se, assim, que estávamos diante de um caso de simulação relativa, pois havia o ato simulado – devolução de capital – e o ato dissimulado – remessa de dividendos (simulação sobre a causa do negócio jurídico).

Como bem sustenta Beleza dos Santos (A Simulação em Direito Civil, ed. Lejus, p. 211): “*Para que exista a simulação relativa é portanto necessário que, em virtude de um conluio das partes, se simule um ato aparente para enganar terceiro e que sob essa aparência se dissimule outro correspondente à vontade real e séria das partes*”.

Qual o conluio demonstrado nos autos? Será que fazer jus aos benefícios dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 podem ser tomados como enganar o Fisco? Qual o ato dissimulado?

Todas as respostas são negativas, pois a contribuinte quis transferir o ágio para a operacional, o que encontrou amparo no art. 8º da Lei 9.532/97. Veja que, sob qualquer prisma, a existência do ágio era indiscutível, pois sequer se enquadrava na débil definição de ágio interno adotada por alguns. Ademais, não resta demonstrado no TVF qual o ato

dissimulado nem a autoridade fiscal demonstra o pacto simulatório, o que, por si só, já seria suficiente para afastarmos a acusação de simulação.

Note-se que os efeitos buscados pela recorrente eram os efeitos próprios do atos praticados (adquirir a participação de terceiros na MTE com ágio por meio da BERTOLINO e depois promover a incorporação desta por aquela) e não de atos eventualmente dissimulados.

Sustenta, então, a autoridade fiscal que a simulação estaria configurada na utilização da BERTOLINO apenas para adquirir as ações de MTE com ágio e depois ser incorporada, possibilitando a geração de despesas com amortização do ágio, pois “*a RECORRENTE teria deixado de explicar o motivo pelo qual o fundo de investimento optou por efetuar o investimento, não diretamente, como previsto no Acordo pactuado, mas sim indiretamente, por meio de holding brasileira*”.

Há que se distinguir o conceito de motivo e causa do negócio jurídico. A futura incorporação da BERTOLINO e o aproveitamento da despesa de amortização do ágio podem ser até o motivo do aporte de capitais na BERTOLINO, mas não a sua causa. Causa é o fim que o agente procura e o leva a prática do ato, sem se cogitar do fim, que antes tivera, e do fim, ou fins, ulteriores, que com o ato entende alcançar. Motivos são as pré-intenções que dão ensejo ao negócio. O que é essencial ao negócio jurídico é a causa, sendo que o acordo sobre a causa pode ser simulante: *dissimula-se a doação, simulando-se o pagamento; dissimula-se o pagamento, doando-se; vende-se, simuladamente, quando, em verdade, se doou* (Pontes de Miranda, in *Tratados de Direito Privado*, Tomo 3, ed. Bookseller, p. 124/126/127).

No caso em tela, a 1700480 ONTARIO INC queria aportar capital na BERTOLINO, para constituir uma subsidiária no Brasil, não restando demonstrado qualquer simulação quanto a causa do negócio, ou seja, sobre a existência de um negócio dissimulado.

Não se nega que o Acordo para Subscrição e Aquisição de Ações, celebrado com os sócios da MTE, já autorizava a 1700480 ONTARIO INC a ceder seus direitos a uma subsidiária integral (cláusula 14.2 do Acordo para Subscrição e Compra de Ações), mas isso não transforma tal potencial motivo em razão determinante ou condição do aporte de capital feito na BERTOLINO. Todavia, ainda que fosse a razão determinante, não teria o condão de alterar a causa – *Uma doação não deixa de ser donandi causa, porque há o motivo*.

Por outro lado, a *simulação é absoluta quando não se quis outro ato jurídico nem aquele que se simula* (Pontes de Miranda, in *Tratados de Direito Privado*, Tomo 4, ed. Bookseller, p. 441). Assim, *in casu*, a simulação absoluta poderia se configurar se restasse provado que nunca houve a vontade de efetivamente se constituir a BERTOLINO. De plano, isso resta afastado diante do fato de que GYGAX – empresa derivada da cisão da BERTOLINO continuou operando.

Por esse mesmo motivo, afasta-se também a alegação de falta de propósito negocial na constituição da BERTOLINO. De qualquer forma, falta de propósito negocial não configura, por si só, em simulação, se não vejamos como dispõe o § 1º do art. 167 do Código Civil, *in verbis*:

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

- I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;
- II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;
- III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

O conceito de propósito negocial é vago e não se enquadra em qualquer dos incisos, nem mesmo no inciso II, pois ainda que os sócios não tivessem a intenção de perpetuar a empresa, isso não torna a sua cláusula de constituição menos verdadeira. O propósito

negocial pode ser, exatamente, o de realizar uma reorganização societária para se valer das normas permissivas criadas pelo Estado. O entendimento de que o contribuinte pode se reorganizar desde que não seja exclusivamente para reduzir carga tributária (causa extra-tributária) é apenas uma teoria sem amparo no Direito posto. A finalidade da sociedade empresária é maximizar seus lucros, pelo aumento do faturamento e redução de custo, o que é legítimo desde que suas condutas sejam lícitas.

Ademais, ainda que não houvesse a vontade de perpetuar a BERTOLINO, não houve simulação na geração do ágio, pois esse seria gerado fosse a subscrição feita diretamente pela 1700480 ONTARIO INC ou por meio da sua controlada brasileira - BERTOLINO. Por sua vez, a opção legal de fazer a subscrição por meio da BERTOLINO, de forma a possibilitar a transferência do ágio para a MTE foi possibilitada por expressa autorização legal do art. 8º da Lei 9.532/97.

Teria então a recorrente fraudado o espírito da norma (art. 8º da Lei 9.532/97), ou seja, a conduta da recorrente se enquadra na fraude à lei?

De plano afastado essa hipótese, pois, diante de dois caminhos legais, não estaria obrigado o investidor estrangeiro a optar pelo mais oneroso tributariamente, ou seja, aquele em que ele adquirisse diretamente as ações de MTE com ágio e depois não pudesse realizar o evento (incorporação, fusão ou cisão) que lhe permitisse recuperar o custo sem alienar o investimento.

Ressalto que o art. 8º da Lei 9.532/97 teve como finalidade o processo de privatização, pois, por tal norma, permitiu-se que a despesa com amortização do ágio continuasse a ser dedutível das bases tributáveis, mesmo que a empresa veículo (controladora da empresa operacional - estatal privatizada) fosse incorporada por sua controlada. Isso era fundamental para preservação dos intangíveis da empresa adquirida com ágio. Em suma: o controle da empresa privatizada era adquirida com ágio; o controle e o ágio eram transferidos, em integralização de capital, para uma empresa veículo; por último, a empresa veículo (controladora) era incorporada por sua controlada (empresa privatizada), a qual passava a amortizar o ágio, por força dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

Conforme retro tratado, no presente caso sequer estamos diante de empresa veículo, mas a recorrente se valeu do art. 8º para incorporar a sua coligada-investidora e passar a amortizar o ágio. Note-se então que não há falar que a conduta da recorrente tenha sido em fraude à lei, pois foi justamente para possibilitar tal operação que a norma foi editada.

Em face do exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário do contribuinte, para cancelar os autos de infração do IRPJ e da CSLL em tela.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Relator

Declaração de Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado

Tendo acompanhado o voto do ilustre Relator pelas suas conclusões, tendo em vistas as nuances que a matéria relativa à amortização de ágio suscita, julgo oportuno externar as razões de meu convencimento neste caso.

Antes de adentrar o mérito da exigência fiscal, entendo ser necessário tecer algumas considerações acerca da questão da amortização do ágio em face de reorganizações societárias, que vem sendo largamente utilizado e discutido enquanto mecanismo de planejamento tributário das empresas.

Tal discussão é bastante tormentosa, o que se revela na própria jurisprudência administrativa, e não está imune a algum grau de subjetividade por parte dos intérpretes e aplicadores do direito.

1. Da liberdade de auto-organização do contribuinte

A primeira questão a ser analisada refere-se à liberdade de auto-organização do contribuinte, tida como absoluta pelos intérpretes e doutrinadores liberais, que defendem que “*o Fisco só pode cobrar (tributos) mediante tipicidade fechada e legalidade estrita*” enquanto que o contribuinte pode fazer tudo que não está restringido pela lei.

Desta visão decorre o entendimento de que atendidos os aspectos puramente formais dos atos e operações do contribuinte, independente de seu conteúdo real, nenhuma objeção pode ser feita pelo Fisco.

Tal visão desconsidera o aspecto finalístico da lei e sua interpretação sistêmica.

Não há dúvidas de que o contribuinte tem ampla liberdade de auto-organizar-se, inclusive no sentido de adotar as opções negociais que lhe propiciem a menor carga tributária possível.

Esta liberdade de auto-organização, no entanto, não é absoluta; está sujeita a restrições, como o respeito à livre concorrência, à boa fé, à função social da empresa, etc. Tampouco se aplica às hipóteses de simulação, fraude à lei e abuso de direito.

Um dos poucos doutrinadores a tratar do tema sem o viés estritamente liberal, Marco Aurélio Greco leciona que “*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 desse 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, fraude à lei*”¹.

Nesse sentido, observa que “*a possibilidade de serem identificadas situações concretas em que os atos realizados pelos particulares, embora juridicamente válidos, não serão oponíveis ao Fisco, quando forem fruto de um uso abusivo do direito de auto-*

organização que, por isso, compromete a eficácia do princípio da capacidade contributiva e da isonomia fiscal”².

A observância aos princípios da capacidade contributiva e da isonomia fiscal na interpretação e aplicação da lei tributária, especialmente quando se trata do Imposto de Renda, revela-se de todo pertinente, não podendo tais princípios serem subjugados ou simplesmente esquecidos em face do direito de auto-organização do sujeito passivo. “*A eficácia do princípio da capacidade contributiva está em assegurar que todas as manifestações daquela aptidão sejam efetivamente atingidas pelo tributo*”³. E, “*na medida em que a lei qualificou uma determinada manifestação de capacidade contributiva como pressuposto de incidência de um tributo, só haverá isonomia tributária se todos aqueles que se encontrarem na mesma condição tiverem de suportar a mesma carga fiscal. Se, apesar de existirem idênticas manifestações de capacidade contributiva, um contribuinte puder se furtar ao imposto (ainda que lícitamente), esta atitude estará comprometendo a igualdade, que tem dignidade e relevância até mesmo maiores que a proteção à propriedade (CF, artigo 5º)*”⁴.

Desta feita, não há que se falar em liberdade de auto-organização quando o ato praticado visa única e exclusivamente a reduzir o tributo devido, pois “*a carga tributária decorre da lei e não pode ficar ao sabor da ‘criatividade’ do contribuinte. Nem se diga que o ordenamento autoriza estas condutas, pois a opção fiscal (desejada ou induzida pelo ordenamento) é diferente da ‘montagem fiscal’ (construção de um modelo apenas formal para atingir um redução do tributo)*”.⁵

Se o contribuinte que pratica atos, abusando do direito de auto-organização, não pode ter reconhecido os efeitos tributários os quais buscou beneficiar-se, aquele que simula a prática de atos com vistas unicamente a redução de tributos menos ainda pode usufruir do benefício fiscal almejado.

Primeira conclusão: a liberdade de auto-organização do contribuinte perante o Fisco e a sociedade não é absoluta; está sujeita a restrições, como o respeito à livre concorrência, à boa fé, à função social da empresa e não se coaduna com as práticas de simulação, abuso de direito ou fraude à lei.

2. Os fundamentos da existência ágio e das condições para sua amortização.

A questão do ágio com fundamento econômico na rentabilidade futura da empresa investida, ganhou relevância em meados da década de 1990 no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, com a edição da Lei nº 9.532, de 1997, mais especificamente dos seus artigos com base nos artigos 7º, inciso III, e 8º⁶.

² GRECO, Marco Aurélio. Op cit, p. 211

³ GRECO, Marco Aurélio. Op cit. p.209.

⁴ GRECO, Marco Aurélio. Op cit. p.210.

⁵ GRECO, Marco Aurélio. Op cit, p.246

⁶ 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 n.º 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; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

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

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

Antes da edição da Lei nº 9.532/1997, o ágio na aquisição de investimento somente tinha efeitos fiscais na tributação do ganho ou perda de capital quando de sua alienação (DL nº 1.598/77, art. 33), sendo sua amortização fiscalmente neutra (era adicionada no LALUR).

Muitos doutrinadores e estudiosos do direito enxergam os dispositivos da Lei nº 9.532/97 como um incentivo fiscal às privatizações, visando a aumentar a participação nos leilões de privatização de estatais ⁷

Em sentido contrário, Luiz Eduardo Shoueri enxerga a norma como uma restrição *“da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que o justificassem”* ⁸

Qualquer que fosse o objetivo, é certo que o legislador baseou-se em um motivo econômico da maior relevância quando tratou da possibilidade fiscal de dedução do ágio pago na aquisição de investimentos, com fundamento na expectativa de rentabilidade futura, na Lei nº 9.532/1997.

Independente da premissa ou pressuposto para a instituição da previsão legal de dedução do ágio, verifica-se que a lei não cuidou de restringir o seu alcance apenas para as operações de aquisições de participações visando o programa nacional de desestatização, de sorte que é correta a sua extensão a toda e qualquer operação de aquisição de investimentos, inclusive naquelas ocorridas entre particulares, desde que seja equivalente às da previsão legal.

Assim é que, em uma operação de aquisição de investimentos entre duas empresas independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses,

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

⁷ Acórdão 1301-000.999 (relator Valmir Sandri);

"[...]"

A motivação que levou o legislador a editar esta norma reguladora do agir no contexto do PND 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. Porém, especialmente na privatização das concessionárias de serviços públicos, a norma não alcançaria seu objetivo se não houvesse a permissão para a utilização de incorporação invertida e de empresas veículo.

A possibilidade de dedução da amortização é condicionada à junção dos patrimônios. Como os licitantes, na quase totalidade dos casos, são grupos de empresas dos mais diversos setores da economia (grandes construtoras, seguradoras, fundos de previdência, bancos de investimentos, etc.), a junção patrimonial direta, para utilização do benefício, seria impossível.

É curial que não era objetivo do PND extinguir as empresas concessionárias de serviços públicos. Por isso, a previsão expressa da possibilidade de operação invertida (a investida absorvendo a investidora).

Por seu turno, as investidoras também não têm interesse em serem extintas, e mais, podem ter limitações regulatórias específicas, que impeçam a junção patrimonial.

Assim, a única forma de viabilizar a utilização do benefício é concentrar a participação societária adquirida (com ágio) no leilão numa empresa veículo (sociedade com propósito específico), a qual seria incorporada pela investida.

Por isso, no contexto do PND, além de prever expressamente a possibilidade de operações invertidas (art. 8º da Lei nº 9.532/97), a Lei nº 9.491/97, que alterou os procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização PND, em seu art. 4º, permitiu a utilização de várias estruturas societárias possíveis para a implementação da política, inclusive por meio de empresas veículos, como as subsidiárias integrais. [...]"

havendo o pagamento de ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura e, cumpridos os requisitos legais, o Fisco não pode opor qualquer óbice à sua amortização.

Por outro lado, a lei não ampara as reorganizações societárias em que não existe uma efetiva aquisição de investimentos; quando há uma mera simulação de negócios societários visando unicamente a criar um ágio artificial para reduzir a carga tributária do contribuinte.

São os casos em que ainda que formalmente regulares, os negócios societários não tem substância ou existência real, caracterizando-se a simulação em sua vertente absoluta, pois sequer existe um negócio (verdadeiro) dissimulado⁹.

⁹ A simulação, tal como disciplinada no art. 167 do Código Civil é causa de nulidade do negócio jurídico.

Marco Aurélio GRECO (in Planejamento Tributário. 3a. ed. São Paulo: Dialética, 2011. p 228) destaca que a doutrina majoritária define dois conjuntos de situações que configuram simulação:

- a) simulações objetivas que levam em conta o negócio jurídico celebrado;
- b) simulações subjetivas que levam em conta as pessoas participantes de tais negócios.

Na categoria das simulações objetivas, está abrangida a simulação relativa se houver um negócio real e outro negócio aparente, enquanto na simulação absoluta haverá um negócio aparente e nenhum negócio subjacente (o que alguns autores chamam de pura mentira).

Grande parte da doutrina brasileira defendeu, na vigência do antigo Código Civil, que a simulação corresponderia a um vício da vontade. No entanto, esta não é a única maneira de conceber a figura da simulação no Código Civil, como observa Greco:

“Assim, por exemplo, ORLANDO GOMES examina a fenomenologia da simulação a partir da idéia de causa do negócio jurídico. Desde (sic) ângulo assume relevância aquilo que se designa por ‘propósito negocial’ (negocial, aqui, no sentido de negócio jurídico e não de empreendimento ou ‘business’).

Este autor esclarece que, “no esquema legal de cada tipo de negócio encontra-se a causa que o legitima, inalterável ao arbítrio de quem o pratica”. Assim, haverá, em princípio, ato simulado quando “determinado tipo de negócio seja utilizado para a consecução de fim não correspondente exatamente à sua causa”. E mais, “declarando o que realmente não querem, visam as partes à obtenção de resultado diverso da causa típica, mas... não pretendem o negócio que praticam”.

Ou seja, identificar a finalidade e a causa do negócio é o parâmetro para aferir ou não a ocorrência da simulação.

Portanto, no exame de determinado caso concreto, para saber se estamos ou não diante da hipótese de simulação, importa não apenas perguntar se estamos ou não diante de uma dualidade de vontades, mas principalmente, detectar se há um motivo real que não corresponda ao motivo aparente.

Ricardo Lobo TORRES (in Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 123 e 124), também cita a diferença existente entre a simulação relativa e a absoluta. Segundo ele “o que caracteriza a simulação, na sua vertente de simulação relativa é que implica a dissimulação, o fingimento ou a manipulação dos fatos praticados”. Segundo esse autor, a teoria do direito civil considera a dissimulação como forma de simulação relativa. Cita civilistas brasileiros que diferenciam a dissimulação (simulação relativa) da simulação (absoluta), in verbis:

“Cf. Tepedino, Gustavo; Barboza; Heloisa; Moraes, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Parte Geral e Obrigações. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1 p. 313: “A simulação relativa, também chamada de dissimulação, é a que contém dois atos jurídicos, quais sejam: o negócio simulado que esconde e camufla outro negócio, que é o dissimulado, a verdadeira intenção das partes. É então da simulação relativa que fala o dispositivo em tela, referindo-se à preservação do negócios simulado, se válido na substância e forma”, Monteiro, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 209 e seguintes: ‘Cumpra não confundir simulação com dissimulação. Distinguiu-as Ferrara, nos seguintes termos: na simulação, faz-se aparecer o que não existe, na dissimulação oculta-se o que é; a simulação provoca uma crença falsa num estado não real, a dissimulação oculta ao conhecimento dos outros uma situação existente... Mas em ambas, o agente quer o engano: na simulação quer enganar sobre a existência de uma situação não verdadeira, na dissimulação, sobre a inexistência de situação real. Se a simulação é um fantasma, a dissimulação é uma máscara’; Moreira Alves, José Carlos. Conferência Inaugural do XXVIII Simpósio Nacional de Direito Tributário. In: Martins, Ives Gandra da Silva. O princípio da não cumulatividade. Pesquisas Tributárias – Nova Série – 10. São Paulo: Centro d Extensão Universitária/Revista dos Tribunais, 2004, p. 15: “É isso porque a simulação, como sempre se considerou, apresentava, e apresenta, duas modalidades: uma simulação absoluta, em que o que se quer é apenas criar a aparência, e a simulação relativa, em que, por meio de uma aparência, que é caracterizada pelo negócio simulado, se dissimula o negócio real.”

As principais características desses arranjos societários simulados são: - reorganização societária dentro de um grupo de empresa sob controle comum ; - a criação ou aquisição de empresas sem atividade econômica real (empresas veículos); - subscrição de capital na empresa veículo, integralizada com quotas ou ações da empresa operacional do grupo (ou outra holding intermediária), avaliadas "a valor de mercado" com base na expectativa de rentabilidade futura; - ausência de pagamento efetivo (não há qualquer dispêndio ou sacrifício patrimonial); - inexistência de qualquer outra finalidade nas operações, que não a geração do ágio; - operações formais realizadas em curto espaço de tempo (geralmente menos de um ano); - incorporação reversa da investidora pela investida, que passa a adotar a razão social ou marca daquela; - controle societário da empresa operacional (direto ou indireto) resulta inalterado ao final da reorganização societária.

Assim, no exame das operações societárias visando a aferir a efetividade da existência do ágio há que se levar em consideração, principalmente: a existência de motivação econômica para a operação; a independência entre as partes na formação do preço pago pela participação; a existência de efetivo pagamento (mesmo que com bens ou direitos); modificação da participação no controle (direto ou indireto) da empresa operacional após a reorganização.

Ainda deve ser observado que a lei exige que o contribuinte demonstre documentalmente os fundamentos do ágio pago, valendo-se os interessados, geralmente, de laudos técnicos de empresas especializadas que avaliam o investimento a preço de mercado.

Quanto a esse aspecto destaquei, ao proferir o voto vencedor no Acórdão nº 1302-001.108, que é praticamente inviável o desafio do Fisco contrapor-se aos "laudos" de avaliação elaborados pela empresas de consultoria contratadas pelo próprio contribuinte que engendra tais reorganizações societárias intragrupo. Além da natural precariedade e incerteza quanto à "expectativa de rentabilidade futura" estimada, agregam-se à projeções dados empíricos e subjetividades não passíveis de serem questionados. O único mecanismo de aferição do valor real do negócio em uma operação de aquisição de investimento por uma sociedade em outra, é o efetivo pagamento pelo preço fixado. Neste caso, o ágio surge límpido, bastando comparar o valor efetivamente pago com o valor patrimonial da investida na data do negócio.

De se observar que na avaliação do investimento a valor de mercado pode estar embutido no ágio pago o preço atualizado de outros bens ou intangíveis e não apenas a rentabilidade futura da investida, mas para o Fisco desqualificar o laudo, se o mesmo atribuir o fundamento de rentabilidade futura ao total do ágio pago, necessitará de outros elementos concretos, como documentos contendo outras avaliações realizadas pelos próprios envolvidos na operação apontando noutro sentido .

Outro aspecto que costuma aparecer nas operações de reorganização societária, das quais derivam o ágio, é a transferência do ágio pago pela investidora para outra empresa sob seu controle direto, com posterior incorporação desta última pela investida, com vistas a viabilizar o aproveitamento do ágio.

Este fato foi bastante comum no processo de privatização, que contou inúmeras vezes com a participação de empresas sediadas no exterior. Como havia interesse em manter o sigilo dos lances a serem dados nos leilões essas empresas sediadas no exterior, quando vencedoras na licitação, faziam o aporte de investimento diretamente na investida, surgindo o ágio neste primeiro momento.

Em momento posterior, essas empresas sediadas no exterior segregavam o investimento mediante a sua transferência (incluindo o ágio) para uma empresa controlada no país, que mais tarde absorvia a investida visando ao aproveitamento (amortização) do ágio. A justificativa econômica é de que essas empresas não tinham interesse em fundir-se diretamente com a empresa investida, seja por motivos estratégicos, financeiros ou mesmo operacionais, como por exemplo a necessidade de separação por ramos de negócio ou manutenção da marca.

Entendo que havendo justificativa econômica para o ágio originalmente pago não exista óbice para tal operação, pois se não há vício na formação do ágio o seu aproveitamento posterior, nos termos da previsão legal, deve ser respeitado pelo Fisco. A condição é de que o ágio deve ter como referência a situação patrimonial do investimento na data em que foi efetivamente pago, ou seja, o laudo deve espelhar a situação patrimonial da investida no momento da aquisição original, não no momento da transferência do investimento para a controlada.

Feitas estas breves considerações, passo a analisar o caso concreto.

3. Do exame das operações e da existência e aproveitamento do ágio

Os fatos relevantes a serem analisados, conforme observou o D. Relator deste acórdão, a partir do que foi descrito no Termo de Verificação Fiscal, são os seguintes:

- em 27/04/2006, foi constituída a BERTOLINO Participações Ltda, sendo a Texpar Part. Ltda titular de 99 cotas e a Pacaembú Serviços e Participações Ltda. titular de 1 cota;

- em 09/06/2006, é celebrado acordo, no qual fica pactuado que a 1700480 ONTARIO INC faria um investimento direto na Multiplan Empreendimentos Imobiliários S/A (MTE), no valor de R\$ 850.000.539,89 mediante a subscrição de ações, sendo que os sócios Multiplan Planejamento, Participações e Administração S/A (MTP) e Eduardo Kaminitz Peres (EKT) desde já renunciavam a seus respectivos direitos de preferência na subscrição;

- em 14/06/2006, a empresa BERTOLINO sofre uma alteração contratual, pois agora passa a ter novos sócios: 1700480 ONTARIO INC (com 99 cotas) e 1699516 ONTARIO INC (com 1 cota);

- em 21/06/2006, BERTOLINO aumenta seu capital social de R\$ 100,00 para R\$ 1.060.530.000,00, assim dividido: 1.060.529.999 cotas para 1700480 ONTARIO INC e 1 cota para 1699516 ONTARIO INC;

- em 22/06/2006, foi deliberado o aumento do capital social da MTE de R\$ 160.295.616,00 para R\$ 264.419.053,00, mediante a emissão e subscrição de 47.327.029 novas ações, sendo fixado o preço de R\$ 17,9601 por ação, totalizando assim R\$ 850.000.539,89, dos quais R\$ 104.123.437,00 destinados ao capital social e R\$ 745.877.102,89 à reserva de capital (prêmio de subscrição);

- também em 22/06/2006, BERTOLINO adquiriu: 583.515 ações ordinárias da MTE detidas por EKP pelo valor de R\$ 10.480.010,00 (R\$ 17,9601 p/ação), e 7.768.314 ações da MTE detidas por CAA Corretores Associados Ltda. pelo valor de R\$ 139.519.990,00 (R\$ 17,9601 p/ação), em ambas as aquisições os pagamentos foram por meio de TED-E;

- com tais aquisições, a BERTOLINO passou a deter 46% de participação na MTE;

- em 28/05/2007, 1699516 ONTARIO INC cede sua única cota da BERTOLINO para 1700480 ONTARIO INC, a qual passou a deter a totalidade das quotas da BERTOLINO;

- em 29/05/2007, BERTOLINO é incorporada pela MTE.

A autoridade fiscal, conforme TVF a fls. 1073, enquadrou as operações acima transcritas com simulação simulada (art. 167 do CC), pois entendeu que: *“Embora os fatos descritos, isoladamente e do ponto de vista meramente formal, não denotem ilicitude, a moderna doutrina acerca de planejamento tributário não se satisfaz com a simples constatação da legalidade das operações, mas sim exige motivação extra-tributária”*. A autoridade fiscal responsável pelo lançamento entendeu ter havido a criação de ágio interno, motivo pelo qual o mesmo não poderia ser reconhecido nem amortizado.

Entendo que, desta feita, resta evidente que não estamos diante da criação do chamado ágio interno, ou seja, aquele criado exclusivamente dentro de um grupo de empresas sem modificação efetiva da participação societária de seus controladores.

No presente caso ocorreu, em 22/06/2006, a subscrição e efetiva integralização do capital da recorrente, com pagamento em moeda no valor de R\$ 850.000.539,89, pela empresa BERTOLINO, subsidiária integral da 1700480 ONTARIO INC. O capital da autuada foi aumentado de 160.295.616,00 para R\$ 264.419.053,00, mediante a emissão e subscrição de 47.327.029 novas ações, sendo fixado o preço de R\$ 17,9601 por ação, totalizando assim R\$ 850.000.539,89, dos quais R\$ 104.123.437,00 destinados ao capital social e R\$ 745.877.102,89 à reserva de capital (prêmio de subscrição).

Além disso, a BERTOLINO adquiriu, na mesma data, ações possuídas por outros acionistas, sendo 583.515 ações ordinárias da MTE detidas por EKP pelo valor de R\$ 10.480.010,00 (R\$ 17,9601 p/ação), e 7.768.314 ações da MTE detidas por CAA Corretores Associados Ltda. pelo valor de R\$ 139.519.990,00 (R\$ 17,9601 p/ação), efetuando os pagamentos por meio de TED-E.

Com isto, a BERTOLINO passou a deter 46,3 % das ações da recorrente e foi reduzida a participação dos demais sócios para 53,7 %.

O ágio, portanto, não foi formado em operação interna (intragrupo), mas sim da entrada de capital de um novo investidor no grupo que promoveu a efetiva alteração da participação societária, com expressiva redução da participação do grupo controlador.

Equivoca-se a fiscalização nesse ponto, pois a verificação dessa condição deve ser feita quando a operação de subscrição e integralização do capital pela investidora, quando se formou o ágio, em não no momento seguinte em que foi feita a incorporação da empresa investidora pela investida.

O fato de o negócio ter sido entabulado pela empresa estrangeira 1700480 ONTARIO INC e efetivado por meio de sua subsidiária no Brasil, que recebeu o aporte de capital para fazer o investimento ao meu ver não contamina o negócio, nem desnatura a ocorrência do ágio. Havia inclusive previsão contratual para que ocorresse dessa forma.

Não enxergo simulação neste caso, mas sim a adoção de uma estrutura para as operações societárias compatível com o negócio efetivamente realizado e adequada para a obtenção dos benefícios futuros de amortização desse ágio, conforme a previsão legal.

Entendo que, desta feita estamos no campo daquelas situações em que o contribuinte se valeu licitamente do direito de organizar o seu negócio de acordo com suas necessidades e/ou interesses, inclusive optar pela forma comercial que lhe propiciasse o menor custo ou maior vantagem tributária, obedecidos os ditames legais.

No presente caso restaram configuradas: a existência de motivação econômica para a operação, a independência entre as partes na formação do preço pago pela

Processo nº 16682.720880/2011-11
Acórdão n.º 1302-001.150

S1-C3T2
Fl. 1.903

participação, a existência de efetivo pagamento do ágio (baseado em laudo de avaliação de empresa especializada) e, a modificação da participação no controle da empresa operacional após a reorganização, com a redução da participação dos antigos controladores.

Assim, do ponto de vista estritamente fiscal, a reorganização societária realizada vai ao encontro dos dispositivos legais, já analisados anteriormente, que permitiam ao contribuinte beneficiar-se do ágio pago, mediante a sua amortização mensal na base de 1/60 avos. Ou seja, não existindo vícios na formação do ágio e verificando-se a situação prevista no art. 386 do RIR/1999 é direito da recorrente promover a amortização do ágio com base na expectativa de rentabilidade futura, apurado e registrado nas operações societárias.

Ante ao exposto voto pelo provimento do recurso voluntário.

Sala de Sessões, 07 de Agosto de 2013.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado