



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

Processo nº 19515.721836/2011-31
Recurso nº De Ofício
Acórdão nº 1402-002.183 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de maio de 2016
Matéria IRPJ - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - EMPRESA VEÍCULO
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado AES TIETÊ S/A

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

DECADÊNCIA. FORMAÇÃO DE ÁGIO EM PERÍODOS ANTERIORES AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. INOCORRÊNCIA.

Somente pode se falar em contagem do prazo decadencial após a data de ocorrência dos fatos geradores, não importando a data contabilização de fatos passados que possam ter repercussão futura.

O art. 113, § 1º, do CTN aduz que “A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador” e o papel de Fisco de efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do Estatuto Processual, nada mais é do que o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente.

Não é papel do Fisco auditar as demonstrações contábeis dos contribuintes a fim de averiguar sua correição à luz dos princípios e normas que norteiam as ciências contábeis. A preocupação do Fisco deve ser sempre o reflexo tributário de determinados fatos, os quais, em inúmeras ocasiões, advêm dos registros contábeis.

Ressalte-se o § 4º do art. 9º do Decreto nº 70.235, de 1972, prevê que seja efetuado o lançamento “também nas hipóteses em que, constatada infração à legislação tributária, dela não resulte exigência de crédito tributário.”

O prazo decadencial somente tem início após a ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), ou após o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado nas hipóteses do art. 173, I, do CTN.

IRPJ - CSLL. INEXISTÊNCIA DE EXTINÇÃO DO INVESTIMENTO. REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO TRANSFERIDO. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO INDEVIDA.

O direito à contabilização do ágio não pode ser confundido com o direito à sua amortização.

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).

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).

MULTA DE OFÍCIO. CONDOTA ACATADA PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA À ÉPOCA DOS FATOS GERADORES. IMPOSSIBILIDADE.

Constatado que o procedimento adotado pelo contribuinte, à época dos fatos geradores, era referendado pelas decisões do CARF, não se pode falar em dolo, e, conseqüentemente, em fraude, sonegação ou conluio (arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64), elementos necessários à qualificação da multa de ofício, conforme determina o parágrafo 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

TRIBUTOS DECORRENTES. CSLL.

A solução dada ao litígio principal, relativo ao Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas, estende-se, no que couber, ao lançamento da CSLL, quando tiver por fundamento o mesmo suporte fático.

Recursos de Ofício Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, rejeitar a arguição de decadência e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso de ofício para restabelecer a exigência com redução da multa de ofício ao percentual de 75%. Vencidos os Conselheiros Gilberto Baptista e Roberto Silva Junior que votaram por negar provimento ao recurso de ofício e o Conselheiro Demetrius Nichele Macei que votou por dar provimento em menor extensão quanto ao mérito, para restabelecer apenas a exigência referente ao ágio da AES GAS.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Demetrius Nichele Macei, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Gilberto Baptista, Leonardo de Andrade Couto, Leonardo Luís Pagano Gonçalves e Roberto Silva Júnior.

Relatório

Trata-se de autos de infração pelos quais foram lançados créditos tributários do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL referentes aos anos-calendário de 2006 a 2008.

Segundo a autoridade fiscal, a empresa autuada teria deduzido indevidamente despesas de amortização de ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL. Concluiu a autoridade fiscal autuante que contribuinte teria burlado o cumprimento do requisito legal à dedutibilidade do ágio por meio de operações artificiais. Tendo sido caracterizado o evidente intuito de fraude, aplicou-se a multa qualificada de 150%.

Devidamente cientificado do lançamento, o contribuinte apresentou impugnação na qual, em resumo, elencou as seguintes razões: decadência; validade das operações de reorganização societária realizadas; e inexistência de simulação ou abuso de direito.

Analisando a impugnação apresentada, a turma julgadora de primeira instância considerou-a procedente, cancelando integralmente o crédito tributário constituído de ofício. Eis a ementa de tal julgado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

PRIVATIZAÇÃO. ÁGIO. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. “EMPRESA VEÍCULO”. PUBLICIDADE DOS ATOS, SEU REGISTRO E AVAL EM ÓRGÃOS PÚBLICOS. CONFORMIDADE À LEI E INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE INFERIOR HIERARQUIA. PREENCHIMENTO D’UM PROPÓSITO GOVERNAMENTAL D’UMA ÉPOCA (DESESTATIZAÇÃO). NÃO COMPROVAÇÃO DE ELEMENTO CONDUCENTE À SIMULAÇÃO. IMPROPRIEDADE DO MANEJO DA FIGURA DO ABUSO DE DIREITO. RECONHECIMENTO DO APROVEITAMENTO DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO.

Na ambiência das privatizações, considerada a respectiva formação de ágio, assim pago por interessado investidor que, para tanto, se valeu da tomada de empréstimos junto a órgãos públicos e/ou a seus pares no negócio, transferida a participação societária assim adquirida (mais o correspondente ágio) para terceiro (empresa veículo), com o cuidado de livrar dito direito (participação societária mais ágio) da dívida de raiz que viabilizou a operação inicial (participação no leilão de privatização ou aquisição posterior junto aos primeiros adquirentes), isso tudo à vista de todos (sócios, acionistas, Jucesp, CVM, ANEEL), segundo o vetor indutor de explícita e forte política governamental de orientação privatizante, assim balizada em Lei (Lei nº 9.532, de 1997) e normativos infralegais (Instrução CVM nº 319, de 1999), vindo enfim a investida a incorporar aqueles terceiros em que aportada a participação societária mais ágio livres de ônus (ainda que, em essência, ações de si própria), não há como ver na espécie seja a hipótese de simulação, seja a de abuso de

Processo nº 19515.721836/2011-31
Acórdão n.º **1402-002.183**

S1-C4T2
Fl. 3.412

direito. Nessa ordem de ideias, sim, é admissível o aproveitamento da amortização do dito ágio para efeito de redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Impugnação Procedente

Crédito Tributário Exonerado.

Em razão do valor dos tributos e multa exonerada ter superado R\$ 1.000.000,00, o Presidente da Turma Julgadora recorreu de ofício a este Conselho.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões de fls. 3370-3399 requerendo o provimento do recurso de ofício.

É o relatório.

Voto

Conselheiro FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Relator.

1 ADMISSIBILIDADE

O Presidente da 1ª Turma da DRJ em São Paulo I – DRJ/SP1 recorre de ofício a este Conselho, com fulcro no art. 34 do Decreto nº 70.235, de 1972, c/c , art. 1º da Portaria MF nº 3, de 03/01/2008, haja vista que no julgamento dos autos do qual resultou o acórdão nº 16-45.266 julgou procedente a impugnação apresentada, exonerando o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa em valor total superior a R\$ 1.000.000,00.

Preenchidos os requisitos legais, conheço, portanto, do recurso de ofício.

2 PRELIMINAR DE MÉRITO - DECADÊNCIA

Em sua impugnação o contribuinte alega que, como a amortização do ágio se iniciou no ano de 2000, em face da incorporação da AES GÁS pela AES TIETE S.A., o direito do Fisco de questionar tal “mais valia” teria sido extinto pela decadência em 31/12/2005.

Não lhe assiste razão.

O tema é pacífico neste Colegiado. Entende-se que, para início da contagem do prazo decadencial, deve-se ater à data de ocorrência dos fatos geradores, e não à data de contabilização de fatos passados que possam ter repercussão futura.

Até mesmo porque o art. 113, § 1º, do CTN aduz que “*A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador*” e o papel de Fisco de efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do Estatuto Processual, nada mais é do que o procedimento administrativo tendente a verificar **a ocorrência do fato gerador** da obrigação correspondente.

Portanto, o lançamento, dado seu caráter constitutivo do crédito tributário, mas declaratório da obrigação, somente pode ser realizado após a ocorrência do fato gerador e, conseqüentemente, o surgimento da obrigação tributária.

Não é papel do Fisco auditar as demonstrações contábeis dos contribuintes a fim de averiguar sua correição à luz dos princípios e normas que norteiam as ciências contábeis. A preocupação do Fisco deve ser sempre o reflexo tributário de determinados fatos, os quais, em inúmeras ocasiões, advêm dos registros contábeis.

Ressalte-se o § 4º do art. 9º do Decreto nº 70.235, de 1972, prevê que seja efetuado o lançamento “*também nas hipóteses em que, constatada infração à legislação tributária, dela não resulte exigência de crédito tributário.*”

Se por hipótese, o contribuinte mantivesse o ágio em seu ativo e não o amortizasse, não teria ocorrido o fato gerador, e, na ausência de infração à legislação tributária, não haveria que se falar em lançamento, pois mesmo nos casos em que do lançamento não

resulte exigência de crédito tributário, a constatação de infração à legislação tributária é condição *sine qua non* para formalização do lançamento.

Com efeito, o prazo decadencial somente tem início após a ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), ou após o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado nas hipóteses do art. 173, I, do CTN.

Considerando-se que a exigência diz respeito a fatos geradores ocorridos a partir do ano-calendário de 2006, e a ciência do lançamento se deu em 22 de novembro de 2011, portanto, em período inferior a cinco anos contados a partir da data da ocorrência do fato gerador, não há que se falar em decadência.

Nesse cenário, voto por rejeitar a arguição de decadência cuja tese implicaria contagem do prazo decadencial a partir da formação dos ágios, e não de sua efetiva amortização.

4 DA AMORTIZAÇÃO DOS ÁGIOS

Antes de adentrar ao mérito das amortizações de ágio contestadas pelo Fisco, valho-me do breve histórico das operações muito bem sintetizado pela PFN em suas contrarrazões:

De antemão destaca-se que o ágio em discussão decorreu de duas aquisições distintas das ações COMPANHIA DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA TIETE (cuja denominação foi posteriormente alterada para AES TIETE S.A.) pelo Grupo AES.

- 27/10/1999 – durante a “privatização do setor elétrico”, a empresa AES TIETÊ EMPREENDIMENTOS LTDA (AES EMPREENDIMENTOS), do grupo americano AES, adquire o controle acionário da empresa COMPANHIA DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA TIETÊ, que passa a se denominar AES TIETÊ S.A., pelo valor de R\$ 938 milhões. Em face dessa aquisição a AES EMPREENDIMENTOS registra um ágio de R\$ 808 milhões.

- 24/03/2000 – a AES EMPREENDIMENTOS aumenta e integraliza o capital da empresa AES GÁS EMPREENDIMENTOS LTDA (AES GÁS) com o controle acionário da empresa AES TIETÊ S.A. Em decorrência dessa operação, a AES GÁS passa a registrar o ágio de R\$ 808 milhões.

- 30/03/2000 – a AES TIETÊ S.A. incorpora a AES GÁS, absorve o ágio pago pelas suas próprias ações no valor de R\$ 808 milhões, e passa a amortizá-lo e deduzi-lo fiscalmente. Tal operação recebeu a chancela da ANEEL somente em 19/12/2000.

- ainda durante o ano de 2000 – ainda em decorrência da chamada “privatização do setor elétrico”, o Grupo AES adquire, por meio de uma Oferta Pública para Aquisição de Ações (OPA), 4,98% das ações da COMPANHIA DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA TIETÊ do Clube de Investimento I E C C SP CESP C TIETE pelo valor de R\$ 96 milhões. Tal aquisição foi realizada por meio da empresa AES TIETÊ PARTICIPAÇÕES LTDA (AES PARTICIPAÇÕES), a qual registrou um ágio no valor de R\$ 82 milhões, contudo, os recursos

utilizados foram todos enviados pela empresa estrangeira AES IHB CAYMAN LTD (AES IHB).

- 28/09/2007 – o patrimônio da AES PARTICIPAÇÕES é cindido e absorvido pelas empresas COMPANHIA BRASILIA DE ENERGIA (empresa que nesse mesmo ano havia incorporado a AES EMPREENDIMENTOS em face da renegociação da dívida das empresas do grupo no Brasil com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES) e AES TIETÊ S.A. A AES TIETÊ S.A. absorve os 4,98% de sua participação acionária, o correspondente ágio no valor de 82 milhões, e passa a amortizá-lo e deduzi-lo fiscalmente.

Para amortização do ágio, conforme vem se decidindo nesta turma, diversas premissas necessitam ser cumpridas.

Em diversas situações como as ora tratadas, há citações de que esta Egrégia Turma teria firmado 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, deveria atender, inicialmente, a 3 (três) premissas básicas, quais sejam:

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

Contudo, 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/extinção 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.

Reproduzo, assim, alguns dos argumentos por mim entabulados em tal voto (acórdão nº 1402-001.460):

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 nº 1.730, 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 nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, 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).

Saliento ainda que a tese de que os artigos 7º e 8º Lei nº 9.532/97 trouxeram um benefício fiscal relativo à amortização do ágio não prospera. A esse respeito, reproduzo excerto do voto do i. Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé no bojo do acórdão 1102-000.873:

A profunda alteração levada a efeito pela Lei nº 9.532/97 consiste no seguinte: antes dela (na vigência do art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77), era absolutamente irrelevante (nos casos de incorporação, fusão ou cisão) o fundamento no qual baseava-se o anterior registro do ágio ou deságio. Bastaria à pessoa jurídica avaliar o acervo líquido recebido a preços de mercado, e toda a diferença entre este acervo e o valor contabilmente registrado, relativo à participação societária extinta, era imediatamente deduzido como perda, para fins fiscais, qualquer que fosse o fundamento daquele ágio.

Após a Lei nº 9.532/97, nos casos de incorporação, fusão ou cisão, o ágio fundamentado em rentabilidade futura não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, senão de forma “parcelada” em, no mínimo, cinco anos; o ágio fundamentado na diferença entre o valor contábil e o valor de mercado de bens do ativo não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, senão de forma também “parcelada”, acompanhando a depreciação, amortização, ou exaustão normal do bem; e o ágio baseado em outros fundamentos econômicos não apenas não mais pode ser deduzido

imediatamente como perda, como ainda sequer pode ser amortizado ao longo do tempo.

A nova lei, portanto, possui caráter manifestamente anti-elisivo. Não somente pelo seu próprio conteúdo normativo, já que a partir de sua edição foram sensivelmente restringidas as possibilidades de dedução do ágio, conforme acima exposto, como também pela própria manifestação do legislador, contida na exposição de motivos ao art. 8º da MP 1.602/97, posteriormente convertido no art. 7º da Lei nº 9.532/97, verbis:

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

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

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.”

Este ponto merece ser melhor explicitado, visto que há muitos juristas e doutrinadores — quiçá a maioria, até — que tratam os referidos artigos 7º e 8º como um incentivo fiscal às privatizações. Contudo, o entendimento aqui exposto não é isolado, e, neste sentido, transcrevo excerto de manifestação de Luís Eduardo Schoueri em recente livro¹ a respeito do tema:

“Muitos acreditam que a referida lei constituiu incentivo fiscal às privatizações. Neste sentido é o entendimento de Roberto Quiroga Mosquera e Rodrigo de Freitas, quando estes assinalam que o tratamento fiscal conferido ao ágio pela Lei nº 9.532/1997 ‘foi estabelecido no contexto de incentivo às privatizações, em que o Estado brasileiro tinha interesse em oferecer condições vantajosas aos adquirentes e, com isso, conseguir melhores preços’.

O mesmo raciocínio pode ser visto em Marcel e Michel Gulin Melhem, segundo os quais uma (e talvez a principal) das razões para a criação das normas sobre dedutibilidade do ágio na incorporação teria sido o incentivo ao “então chamado Programa Nacional de Desestatização, tornando as empresas estatais mais atraentes aos investidores privados, uma vez que o ágio eventualmente pago nos leilões de privatização poderia ser deduzido fiscalmente”. É, ainda, o mesmo entendimento de João Dácio Rolim e de Frederico de Almeida Fonseca, para quem um dos

¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo: Dialética, 2012, p. 66-68.

motivos para o tratamento dado ao ágio pela Lei nº 9.532/1997 “foi o de fomentar o chamado ‘Programa Nacional de Desestatização do Governo Federal’”.

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

Segundo as palavras utilizadas à época pelo Poder Executivo para justificar a introdução de disciplina diferenciada para o ágio conforme sua fundamentação, houve a necessidade de se coibir planejamentos tributários consistentes na aquisição com ágio de empresas deficitárias e posterior incorporação que fizesse com que o ágio fosse deduzido na empresa lucrativa.

Como antigamente não havia qualquer coerência e consistência para a dedução do ágio, a falta de regulamentação específica estava sendo utilizada para distorcer a lógica do sistema, o que gerou motivação suficiente para que o legislador barrasse esses artifícios prejudiciais à completude do ordenamento jurídico.”

Ainda que possa não ser o entendimento dominante, também no CARF se encontram manifestações no mesmo sentido do quanto exposto no presente voto. Peço vênia para transcrever trecho do voto proferido pelo ilustre Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, no acórdão nº 101-95.786, de 18 de outubro de 2006, à época acompanhado por unanimidade pela antiga Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes:

“Antigamente, o Decreto 1.598/77, em seu artigo 34, atual artigo 430 do RIR/99 (...)

Não havia prazo mínimo para esta operação de registro da perda, certo que alguns contribuintes, fortes na avaliação apenas de bens tangíveis e ignorando a valorização de intangíveis, registravam perdas quase pela totalidade do ágio pago na aquisição. E isso em operações muitas das vezes instantâneas.

(...)

A motivação para a nova regra teve caráter antielisivo, conforme a exposição de motivos ao artigo 8º da MP 1.602/97, convertido no artigo 7º da Lei 9.532/97, verbis:

(...)

A única conclusão possível, portanto, é que a nova regulamentação, além de tomar despicie qualquer avaliação de acervo líquido quando existente ágio ou deságio, criou prazo mínimo para a amortização, no caso 5 anos, como forma de evitar o

ganho fiscal imediato que anteriormente se obtinha, pelo reconhecimento a um só tempo da diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido.

No entanto, não há na norma qualquer permissão para que tal efeito represente um ajuste ao lucro líquido, mediante exclusão no LALUR. O fato é contábil, representativo do controle na escrituração da amortização do ágio após a incorporação. Como bem observou a decisão recorrida, apenas se a amortização ultimar-se em período anterior a cinco anos, haverá necessidade de ajustes por adição e exclusão, para respeito ao prazo mínimo definido na norma.”

O entendimento, data vênha equivocado, de que o referido artigo veicularia incentivo fiscal foi tão veemente e reiteradamente alardeado, que na própria Câmara de Deputados foi debatido um projeto de lei visando à revogação do “benefício fiscal” previsto no inciso III do artigo 7º (que trata da amortização do ágio fundamentado em expectativa de resultados futuros).

De fato, o então Deputado Valdemar Costa Neto apresentou o Projeto de Lei nº 2.922-A, de 2000, por meio do qual propunha, em seu artigo 1º, a revogação do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532/97, ao argumento de ser “completamente absurdo o benefício fiscal que ela concedeu as empresas vencedoras dos leilões de privatização de empresas estatais”.

Ainda, posteriormente, foi apresentada emenda, pelo Deputado Luiz Antonio Fleury, a este projeto de lei, propondo a supressão da revogação antes proposta, na qual, mais uma vez, deu-se ao referido artigo a conotação de incentivo fiscal, verbis:

“Inclusive, a forma de contabilização atualmente prevista no inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, representou um incentivo para que as empresas privadas participassem dos programas de desestatização.

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

O Relator da matéria na Comissão de Finanças e Tributação, Deputado Antonio Cambraia, em seu voto, acolheu integralmente as ponderações apresentadas pela emenda supressiva, ressaltando que, por meio do artigo da Lei nº 9.532/97 em questão, “estimula-se o investimento em outras empresas e a reorganização societária, tão importantes num contexto de baixo crescimento econômico do país”.

O Projeto de Lei nº 2.922-A foi rejeitado, no mérito, por unanimidade, tendo sido arquivado em 02/12/2004, consoante informações obtidas em www.camara.gov.br.

O entendimento de que se trata de um incentivo fiscal tem permeado as mais recentes decisões do CARF a respeito do tema. Neste

contexto foram proferidos diversos dos acórdãos citados pela recorrente em sede de recurso e memoriais apresentados, bastando a tanto citar o Acórdão nº 1301-000.711 (Tele Norte Leste, de relatoria do ilustre Conselheiro Valmir Sandri) e o Acórdão nº 1402-000.802 (Banco Santander, de relatoria do ilustre Conselheiro Antônio José Praga de Souza).

Transcrevo abaixo breve excerto do Acórdão nº 1301-000.711:

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

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

Não me sensibilizam, contudo, os argumentos expendidos neste sentido. Identifico nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 tão somente uma nova normatização atinente ao registro e amortização do ágio — a propósito, sem sombra de dúvidas, mais restritiva que a anterior.

Além disto, não há nenhum elemento na Lei nº 9.532/97 que expressamente a vincule ao Programa Nacional de Desestatização. Pelo contrário, suas regras são válidas para todo e qualquer evento de fusão, incorporação ou cisão que implique a extinção de participação societária anteriormente adquirida com ágio.

Outro ponto merece ainda análise: a utilização de empresa veículo para transferência de tal ágio.

Novamente valho-me da fundamentação por mim utilizada no voto condutor do acórdão 1402-001.460:

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 negocial, para disfarçar o real objetivo da operação, quando unicamente almeje reduzir o pagamento de tributos.

Nesse sentido, colacionam-se a seguir os ensinamentos de Marco Aurélio Greco²:

... 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”.³

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. Confirma-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.*⁴ (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.*⁵

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

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 predomínio da liberdade, para temperá-la com a solidariedade social inerente à capacidade contributiva.*⁶ (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**”⁷. (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.*⁸

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:

⁴ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 231.

⁵ LOBO TORRES, Ricardo. Planejamento Tributário. Elisão abusiva e evasão fiscal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 25.

⁶ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 319.

⁷ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 343.

⁸ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 344.

[...] 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 atropele 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 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.**⁹ (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”.

Greco¹⁰ 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 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)

[...]

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. Q 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. 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, se transformasse em despesa dedutível na Recorrente.¹¹

Por esses motivos, nego provimento ao recurso quanto a amortização dos ágios mediante utilização de empresas veículo.

[...]

Por fim, é imperioso esclarecer que a autuação baseia-se exclusivamente nos passos intermediários da reorganização societária e dos seus efeitos tributários. Não se contestam, pois, os demais aspectos da reorganização, bem como suas consequências em outras searas.

Tecidas as observações pertinentes, peço vênia a Marco Aurélio Greco para tomar como minhas suas conclusões, que muito se encaixam no fechamento do meu entendimento sobre o caso, em especial o conflito entre livre iniciativa e solidariedade:

*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 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.**¹²*

¹¹ Novamente, a menção à incorporação reversa naquele caso não impede a adoção das mesmas conclusões nos presentes autos.

Documento assinado eletronicamente por GRECO, Marco Aurélio, em 17/05/2016, conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 17/05/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 18/05/2016 por LEONARD

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”, hipótese não prevista em lei, uma vez que somente ao adquirente do investimento com mais valia cabe o direito à amortização do ágio, ou, em caso de incorporação reversa, à investida, desde que haja confusão patrimonial com a real adquirente do investimento. Corroborando com tal entendimento, colaciono o decidido no Acórdão nº 1302-00.834, de relatoria do i. Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães, o qual, em hipótese análoga à analisada nos presentes autos, firmou entendimento sobre a impossibilidade de transferência do ágio de uma empresa para outra:

Ementa:

[...]

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

Em virtude da absoluta ausência de previsão legal, o ágio, supostamente incorrido na aquisição de participação societária de pessoa jurídica domiciliada no exterior, não pode ser transferido por meio de aumento de capital e quitação dívida.

(...)

Voto condutor

[...]

Alinho-me, aqui, ao entendimento esposado na peça de autuação no sentido de que o disposto no inciso III do art. 386 do RIR/99 (abaixo reproduzido) não pode ser interpretado de forma dissociada da norma estampada no caput do art. 385 do referido ato regulamentar, ou seja, o dever de segregar o custo de aquisição, no caso de avaliação de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, obviamente é de quem incorreu em tal custo, e a faculdade de amortizar o ágio antes segregado não é deferida a outro senão àquele que adquiriu a participação societária com sobrepreço.

(...)

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

Uma vez esclarecido meu entendimento sobre o tema, passo a analisar o ocorrido no caso concreto.

4.1 ÁGIO AES GÁS

No que diz respeito à amortização do ágio de R\$ 808 milhões, conforme já descrito acima, o surgimento da mais valia originou-se da aquisição das ações da COMPANHIA DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA TIETÊ (posteriormente AES TIETE, sujeito passivo do lançamento) pela AES EMPREENDIMENTOS no bojo da denominada “privatização do setor elétrico”.

Não há dúvidas de que o ágio em que questão foi efetivamente pago por AES EMPREENDIMENTOS.

Contudo, após essa aquisição constata-se que o ágio foi transferido para AES GÁS. Naquele momento, quem passou a deter as ações de AES TIETE, juntamente com o ágio referente à aquisição, foi AES GÁS.

Ato contínuo, AES GÁS foi incorporada reversamente por AES TIETE, permitindo a partir daí, no entender da autuada, a dedutibilidade da amortização desse ágio.

Segundo a autoridade fiscal autuante AES GÁS não desempenhou qualquer atividade de forma comprovada, concluindo, a partir das DIPJs apresentadas que tal empresa

[...] nunca exerceu qualquer tipo de atividade relevante, permanecendo praticamente inativa durante toda sua curta existência. Não foram apresentados quaisquer livros ou documentos dessa empresa pelo contribuinte, tendo sido alegado que a referida empresa não apresentou movimento até o ano 2000.

AES GAS, trata-se, na realidade de mera empresa veículo, como consta explicitamente inclusive nas Notas Explicativas às Demonstrações Contábeis da autuada.

Analisando a reestruturação societária levada a efeito pela autada, é fácil constatar que não houve confusão patrimonial entre o adquirente das ações (AES EMPREENDIMENTOS) e a (AES TIETE), sendo utilizado a empresa veículo AES GÁS para transferência do investimento original, e o respectivo ágio, sendo realizada operação de incorporação reversa entre AES GÁS e AES TIETE, ora autuada.

Visto por outro prisma: investidora (AES EMPREENDIMENTOS) e investida (AES TIETE) permaneceram existentes, tendo sido utilizada a interposição de empresa veículo (AES GÁS) com o único intuito de, artificialmente, buscar-se a amortização de ágio por suposta extinção do investimento.

A operação de transferência do ágio para AES GÁS, e sua incorporação por AES TIETE, durou exatos seis dias (entre 24/03/2000 e 30/03/2000) restando evidente a efemeridade das operações realizadas em sequência com o único propósito de reduzir, artificialmente, a carga tributária incidente sobre os resultados de AES TIETE.

Por essas razões, voto por prover o recurso de ofício nesse ponto, restabelecendo a exigência correspondente.

4.2 ÁGIO AES PARTICIPAÇÕES

O ágio de R\$ 82 milhões decorrente da aquisição dos 4,98% das ações da COMPANHIA DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA TIETÊ (posteriormente AES TIETE, ora autuada) por AES PARTICIPAÇÕES.

Em princípio, vê-se que como houve incorporação de AES PARTICIPAÇÕES por AES TIETE, restar-se-ia cumprida a exigência legal contida nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Contudo, há um passo anterior à aquisição realizada por AES PARTICIPAÇÕES que necessita ser melhor analisada.

AES PARTICIPAÇÕES foi constituída momentos antes da aquisição dos 4,98% das ações da COMPANHIA DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA TIETÊ.

Ocorre que os recursos utilizados na aquisição dessa participação acionária foram remetidos pela empresa estrangeira AES IHB, que à época também era controlada pela AES EMPREENDIMENTOS (holding do Grupo AES no Brasil).

Conforme salienta a autoridade fiscal autuante, o contrato de opção de compra foi assinado por Andréa Cristina Rushmann, à época, sócia administradora de TIETE Participações (posteriormente convertida em AES PARTICIPAÇÕES) e também diretora de AES TIETE (autuada).

Convém transcrever excerto do Termo de Verificação Fiscal:

Observa-se [...] que as decisões de compra do lote de ações do contribuinte representativo de 4,98% de seu capital foram tomadas por uma diretora do contribuinte, e que o capital necessário para a compra originou-se de uma empresa do GRUPO AES sediadas nas Ilhas Cayman (AES IHG), e o empréstimo teve a ciência e a garantia da AES TIETE EMPREENDIMENTOS LTDA, controladora do contribuinte e líder das operações do Grupo AES no Brasil, e controladora da própria AES IHB Cayman Ltd.

A empresa Tiete Participações Ltda, posteriormente denominada AES Tiete Participações S/A, não tinha na época, e nunca teve, autonomia administrativa, sendo sua administração sempre exercida por diretores do contribuinte, e nunca dispôs de capital próprio para efetuar a compra do lote de ações do contribuinte aqui tratado, tendo recebido aporte de recursos do exterior com aval da AES Tiete Empreendimentos Ltda oriundo de empresa estrangeira por esta controlada, para poder honrar a operação de aquisição de participação societária.

A autoridade fiscal analisou as demonstrações contábeis do período concluindo que todas as receitas e despesas contabilizadas por AES PARTICIPAÇÕES diziam respeito única e exclusivamente à aquisição das ações da autuada (juros sobre capital próprio, resultados positivos da participação societária, receita de aplicações financeiras obtidas a partir dos recursos oriundos da autuada, amortização de ágio não dedutível decorrente da mesma aquisição de participação societária, variações cambiais dos empréstimos obtidos para aquisição do investimento e resultados negativos dessas mesmas participações societárias).

Segundo o Termo de Verificação Fiscal:

[...] a empresa Tiete Participações S/A tem sua existência diretamente ligada à aquisição da participação de 4,98% do capital total do contribuinte, tendo sido criada pouco antes dessa operação, recebido empréstimo externo de pessoas ligadas em montante incompatível com seu capital social apenas para realizar a compra das ações, e movimentado aplicações financeiras com os recursos resultantes de lucros e juros sobre o capital próprio distribuídos pelo contribuinte.

Pelos fatos analisados, verifica-se que a AES Participações S/A foi, desde sua criação, “empresa veículo” utilizada pelo Grupo AES para realizar a aquisição da parcela de 4,98% do capital total do contribuinte.

Essa condição da AES Tiete Participações S/A de “empresa veículo” foi ainda ressaltada pela operação de cisão parcial que antecedeu sua incorporação pelo contribuinte, pois nessa cisão a empresa foi dividida, transferindo para a Companhia Brasileira de Energia todos os ativos financeiros, e restando no patrimônio da AES Tiete Participações S/A tão somente a participação societária correspondente a 4,98% do capital total do contribuinte, e o ágio originado na aquisição dessa participação societária.

Vale destacar que, ainda que tenha agido como “empresa veículo” desde sua criação, a AES Tiete Participações S/A poderia ter sido diretamente incorporada pela Companhia Brasileira de Energia, caso o objetivo da reorganização societária fosse efetivamente buscar ganhos administrativos e operacionais como alegado. Todavia, o que ocorreu foi a cisão parcial da AES Tiete Participações S/A, preparando-a para a “incorporação reversa” que seguiria.

[...]

Com isso, a função da AES Tiete Participações S/A de “empresa veículo” nessa operação estruturada fica clara, tendo a operação estruturada se originado na realidade em 2000 quando da aquisição da parcela de 4,98% do capital total do contribuinte e culminando com a incorporação da AES Tiete Participações S/A pelo contribuinte após sua cisão parcial.

A cisão tem justamente o objetivo de segregar do patrimônio da AES Tiete Participações S/A apenas a parcela de 4,98% do capital total do contribuinte, e permitir a absorção, pelo contribuinte, do ágio na aquisição dessas ações, bem como, através da posterior incorporação, “burlar” a vedação legal à apropriação como despesa da amortização desse ágio.

Se a intenção fosse outra que não o mero auferimento de benefício tributário, desnecessária seria a cisão parcial, e a incorporação da AES TIETE PARTICIPAÇÕES S/A poderia ter sido feita diretamente pela Companhia Brasileira de Energia, o que atenderia integralmente o objetivo da operações expresso nos protocolos de intenções.

Nesse cenário, constata-se que AES PARTICIPAÇÕES não foi a real adquirente dessas ações, mas sim AES IHB (em face da relação de controle, em última instância, a própria AES EMPREENDIMENTOS, à época, já controladora de AES TIETE).

Trata-se de situação muito semelhante à analisada por este colegiado na sessão de 19 de janeiro de 2016, na qual, por meio do acórdão 1402-002.090 (Caso “Cosan”), entendeu-se que a interposição de empresa de passagem entre a real adquirente e a investida não dão guarida à amortização do ágio após a incorporação de tal empresa veículo pela própria investida.

Portanto, entendo restar comprovado que o Grupo AES não cumpriu o requisito legal para a dedutibilidade do ágio.

Isso porque AES PARTICIPAÇÕES não foi a real adquirente dos 4,98% das ações da AES TIETE S.A., e, como consequência, a confusão patrimonial entre essas empresas não autoriza a dedutibilidade da correspondente “mais valia”.

Isso porque AES PARTICIPAÇÕES não foi a real adquirente dos 4,98% das ações da AES TIETE S.A., e, como consequência, a confusão patrimonial ocorrida entre AES PARTICIPAÇÕES e a autuada não autoriza a dedutibilidade do ágio em questão.

Por fim, para que os ágios das duas operações pudessem ser amortizados, AES TIETE S.A. deveria ter incorporado a AES EMPREENDIMENTOS e a AES IHB, ou vice-versa, aliás, como muito bem destacado pela autoridade autuante em seu Termo de Verificação Fiscal.

Isso posto, voto por dar provimento ao recurso de ofício também nesse ponto, restabelecendo o crédito tributário correspondente.

5 MULTA DE OFÍCIO

No que diz respeito à penalidade, o lançamento foi realizado com multa de 150%.

Analizando o caso, entendo não restar caracterizado o dolo a justificar a exasperação da penalidade.

À época em que os atos contestados foram praticados a jurisprudência do CARF agasalhava o procedimento adotado pela RECORRENTE. A própria decisão recorrida cita o acórdão 1301-000.711, julgado na sessão de 20 de novembro de 2011, que deu provimento a recurso voluntário, por unanimidade, em situação muito similar à tratada nos presentes autos.

O próprio fato de estarmos analisando um recurso de ofício em razão do provimento integral à impugnação já na primeira instância de julgamento, denota que há forte corrente que entende que sequer há infração no caso concreto.

Esta própria turma julgadora, ainda que em composição bem distinta da atual, em situações idênticas ao presente caso, não só não mantinha a multa qualificada como considerava legítimas operações como as perpetradas pela RECORRENTE, cancelando integralmente os respectivos créditos tributários (por exemplo, Acórdão 1402-00.802 – Caso Santander).

Somente no julgamento do Caso Bunge – Acórdão 1402-001.460, realizado na sessão de 08/10/2013, esta turma passou a incluir nova premissa para amortização do ágio (necessidade de extinção do investimento), não aceitando a interposição de “empresa veículo” para aquisição do investimento e posterior incorporação reversa a fim, de que, de modo artificial, se pudesse deduzir das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL o ágio efetivamente pago em razão de rentabilidade futura.

Saliento que não se trata da hipótese de ágio inexistente, como nos casos de “ágio interno”, mas sim de ágio efetivamente pago e de uma interpretação da legislação, ainda que equivocada, aceita, inclusive, por boa parte da doutrina.

Nesse cenário, considero não restar caracterizada a ocorrência de fraude, sonegação ou conluio (arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64), elementos necessários à qualificação da multa de ofício, conforme determina o parágrafo 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Assim sendo, voto por reduzir a penalidade aplicada para 75%.

6 CONCLUSÃO

Isso posto, voto por rejeitar a arguição de decadência e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso de ofício, restabelecendo parcialmente o crédito tributário constituído, reduzindo a multa aplicada para o percentual de 75%.

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Relator