

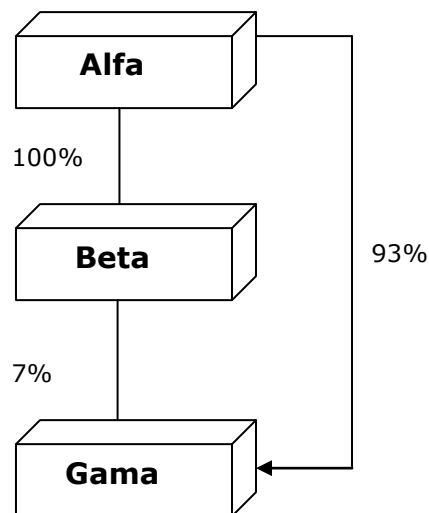
**Planejamento Tributário e
Aquisição/
Incorporação de Empresas –
Questões
Atinentes ao IRPJ e à CSLL**

Sacha Calmon Navarro Coelho é
*Professor Titular de Direito Tributário da UFRJ,
Doutor em Direito Público pela UFMG,
Presidente Honorário da ABRADT, Vice-
Presidente da ABDF, Membro da IFA, Advogado.*

Eduardo Maneira é
*Professor Adjunto de Direito-Tributário da UFRJ,
Mestre e Doutor em Direito Tributário pela
UFMG, Secretário-Geral da ABRADT e Advogado*

cujo capital detém participação equivalente a 93%. Por sua vez, a Beta detém 7% do capital da sociedade operacional Gama.

Para melhor visualização da estrutura, vejamos o gráfico abaixo:



1. CONSULTA.

Consulta-nos a Imaginarius S/A a respeito da legalidade das medidas que pretende realizar para a reestruturação societária do grupo, a qual, segundo informações, iniciou-se há cerca de 1 ano, e que compreenderá diversas etapas.

2. A ESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA ATUAL.

A atual estrutura societária do grupo Imaginarius, a qual se mantém inalterada deste o início de suas atividades no Brasil e cuja reorganização ora submete-se à análise, é composta pela empresa Alfa, uma sociedade de capital estrangeiro sediada na Holanda, controladora da sociedade holding brasileira Beta, detendo 100% de seu capital, e da sociedade operacional brasileira Gama, de

3. A REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA.

A primeira etapa da reestruturação trata da operação em que a Beta adquirirá da controladora estrangeira Alfa a totalidade (93%) da participação que mantém no capital social da Gama, a preço de mercado, de acordo com a projeção dos resultados estimados desta, através de Laudo de Avaliação a ser emitido previamente à aquisição. Após este passo, a Gama tornar-se-á subsidiária integral da Beta.

Esta operação, por consequência, implicará na formação de um ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura (art.385, inciso II, do Regulamento do Imposto de Renda –RIR/ 99, aprovado pelo decreto nº 3.000/99), que será registrado na

Direito Tributário – Temas Atuais

Sacha Calmon Navarro Coelho

(Publicada na Revista Dialética de Direito Tributário nr. 135)

contabilidade da empresa incorporada Beta e poderá ser amortizado em um período de 5 a 10 anos, conforme previsão legal.

O planejamento ora proposto considera que a aquisição das ações será contratada para pagamento em longo prazo, através de diversas remessas ao exterior, em período que pode variar de 5 a 10 anos.

Em etapa subsequente, a Gama, então subsidiária integral da Beta, será por esta incorporada, reduzindo a estrutura societária no Brasil e permitindo, em consequência, na hipótese de haver resultados tributáveis, a dedutibilidade do ágio amortizado para fins do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL.

Assim expondo, a Consulente, formula os seguintes quesitos:

“1 – Pode a Empresa controladora com sede no exterior (Alfa) alienar a sua participação societária na empresa controlada para uma terceira Empresa, sediada no Brasil, também sob seu controle?

2- A adoção do valor de mercado, na operação de compra e venda de investimentos, entre Empresas controladora e controlada é uma opção ou uma imposição da legislação brasileira, inclusive frente às disposições concernentes à distribuição disfarçada de lucros?

3- Quais critérios (inclusive cambiais) deverão ser considerados na determinação do valor do investimento na empresa brasileira, pela Empresa alienante, para efeitos de apuração do ganho de capital, sujeito à tributação?

4- Qual deverá ser o tratamento contábil e fiscal a ser observado

pela Empresa adquirente, entre o valor da aquisição e o valor patrimonial do investimento adquirido?

5- A quem caberá a responsabilidade (sujeição passiva) pela apuração do provável ganho de capital e do recolhimento dos tributos incidentes?

6- Qual é o tratamento tributário a ser dado ao ganho de capital auferido pela Empresa estrangeira, na alienação do investimento para a Empresa brasileira (momento da apuração e da retenção na fonte, alíquotas a serem consideradas)?

7- Em que extensão o ganho de capital sob análise deve ter o tratamento equiparado ao tratamento dado às pessoas físicas ou dado às pessoas jurídicas, sediadas no Brasil (arts. 140, 421, 682 e seguintes do RIR/99)?

8- Em se tratando de alienação para recebimento do preço, em um prazo de 05 anos ou mais, o ganho de capital pode ser reconhecido e os tributos apurados e recolhidos (inclusive IR Fonte) à medida e na proporção das parcelas recebidas em cada período de apuração, mesmo sendo o alienante uma pessoa jurídica estrangeira (art. 421, do RIR/99)?

9 – Com a incorporação da empresa adquirida (Gama) pela empresa adquirente (Beta), o valor do ágio pago quando da aquisição poderá ser amortizado como despesa dedutível, conforme previsto nos arts. 7º e 8º, da Lei nº 9.532/97?

10 – Algumas das operações poderiam ser caracterizadas como

procedimentos de evasão e/ou elisão fiscal, e, em sendo, poderão sofrer algum tipo de restrição, pela legislação brasileira, em especial, pela LC nº 104/2001?

11 – A realização da operação, entre empresas do mesmo Grupo poderia, só por esta razão, de alguma forma, ser caracterizada como simulação?

12 – A operação em questão, poderia, de alguma forma, ser tratada como operação ilícita, sob os argumentos de que ao final haverá benefício fiscal decorrente de amortização do ágio?”

Em prosseguimento à análise das hipóteses acima relatadas, passamos a nos manifestar.

4. ESCLARECIMENTOS INICIAIS.

O presente parecer se baseia nas informações relatadas pela Consultante, através de seus consultores retrocitados, os quais fundamentam as mencionadas operações na existência de relevante propósito negocial e econômico para a reestruturação societária do grupo.

Segundo o relato da Consultante, existem relevantes interesses empresariais para a reestruturação societária do grupo, dentre eles, “a mudança do perfil dos investimentos no Brasil, com a redução do número de empresas no país, bem como obter, através de tal reestruturação, alternativas viabilizadoras para uma situação operacional que justifique a remessa lícita de recursos ao exterior (matriz)”.

Cabe ainda ressaltar que se analisa aqui a legalidade das medidas pretendidas, sem qualquer avaliação acerca de sua viabilidade financeira.

5. ELISÃO E EVASÃO FISCAL.

Oportuno que se discorra sucintamente sobre a questão jurídico/doutrinária que irá permear todo o parecer, qual seja: a reestruturação societária pretendida pela Consultante se enquadraria no campo da elisão ou da evasão fiscal? Pois bem. A estrutura a seguir apresentada decorre da sistematização do tema evasão, a partir da mescla dos critérios adotados por SAMPAIO¹DÓRIA e de ALBERTO XAVIER²:

EVASÃO FISCAL (LATO SENSU)

1. Evasão omissiva (intencional ou não), subdividida em:
 - 1.1. Evasão imprópria (abstenção intencional de incidência; não entrar no fato gerador);
 - 1.2. Evasão em sentido próprio (por sua vez subdividida em):
 - 1.2.1. Não pagamento por desconhecimento ou mau conhecimento do dever fiscal (não intencional).
 - 1.2.2. Não pagamento apesar do conhecimento do dever fiscal, sonegação (intencional).
2. Evasão comissiva (sempre intencional):

¹ DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. *Elisão e Evasão Fiscal*. São Paulo: Lael, 1971, pp.14-22.

² XAVIER, Alberto Pinheiro. *O negócio Indireto em Direito Fiscal*: Lisboa: Companhia e Editora Forense, 1971, pp.9-12

- 2.1. Ilícita (fraude, simulação, conluio);
2.2 Lícita (economia fiscal ou “elisão”).

Segundo esses autores, a evasão por omissão é imprópria quando, por exemplo, não se pratica o fato gerador para não se ter que pagar o tributo (deixar de alienar bens para fugir do imposto sobre lucro imobiliário ou deixar de obter rendas suplementares que aumentariam o patamar do IR – progressivo). Enquadram-se ainda no conceito de evasão omissiva imprópria os casos de “transferência econômica do encargo fiscal” (deslocamento do peso fiscal do contribuinte de *iure* para o contribuinte de *facto*) mediante determinações contratuais ou legais através dos fenômenos da repercussão, absorção ou difusão.

A evasão omissiva própria ocorre quando:
a) intencionalmente o contribuinte omite dados, informações e procedimentos que causam a oclusão do dever tributário (sonegação); ou b) não intencionalmente, o contribuinte obtém os mesmos resultados por ignorar a lei ou o dever fiscal. As duas espécies se diferenciam pela presença do dolo específico na primeira e pela sua inexistência na segunda.

A evasão comissiva ilícita dá-se nas hipóteses de fraude, simulação ou conluio, que são ações unilaterais ou bilaterais, voltadas ao escopo de alterar a realidade com o fito de não pagar o tributo ou retardar o seu pagamento (falsificação de documentos, notas fiscais, valores, negócios, etc).

A evasão comissiva lícita, finalmente, também chamada de

economia fiscal ou elisão fiscal, ocorreria quando o agente, visando a certo resultado econômico, buscase, por instrumentos sempre lícitos, fórmula negociável alternativa e menos onerosa do ponto de vista fiscal, aproveitando-se da legislação não proibitiva ou não equiparadora de formas ou fórmulas de Direito privado (redução legal das formas ao resultado econômico).

A disciplina da elisão fiscal comporta mais uma diferenciação. Temos elisão induzida quando a própria lei deseja o comportamento do contribuinte, por razões extrafiscais. Exemplo é a isenção por 10 anos do IR para os lucros das indústrias que se instalem no Norte-Nordeste do Brasil. Temos elisão por lacuna quando a lei, sendo lacunosa, deixa buracos nas malhas da imposição, devidamente aproveitados pelos contribuintes. A verdadeira elisão fiscal é esta, por apresentar questionamentos jurídicos e éticos na sua avaliação. Baseia-se na premissa de que, se o legislador não a quis, como na elisão fiscal induzida, pelo menos não a vedou expressamente, quando podia tê-lo feito (princípio da legalidade). Esse princípio, no particular, abriga duas conotações relevantes. A primeira é a de que o contribuinte, observada a lei, não está obrigado a adotar a solução fiscal e jurídica mais onerosa para o seu negócio. Pelo contrário, está eticamente liberado para buscar a menos onerosa, até porque, sendo o regime econômico considerado de livre iniciativa e de assunção de responsabilidades, prevalece a tese da minimização dos custos e da maximização dos resultados. A segunda conotação do princípio da legalidade no particular reside no aforisma de

que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, de resto preceito constitucional e, pois, dominante.

Disto isso, é oportuno ofertar exemplos práticos de condutas elisivas lícitas por parte dos contribuintes:

a) o contribuinte ao comprar bens para o seu ativo fixo pode optar por fazê-lo via *leasing*, que permite abater a despesa do lucro tributável pelo IR, ou via compra-e-venda que gera despesa não dedutível, crescendo seu patrimônio líquido (Nem pensar em simulação...) O STF já se pronunciou, caracterizando a espécie como elisão;

b) o contribuinte pode formar uma sociedade com bens imóveis (colação de bens ao capital de sociedade) ficando sua quota imune ao ITBI, ao invés de fazê-lo com bois, v.g., sujeitados ao ICMS;

c) para gozar de uma isenção do IR por dez anos, o contribuinte ergue sua fábrica em Ilhéus/BA, ao invés de fazê-lo em Vitória/ES, que não está na área da SUDENE;

d) no Município limítrofe, a Câmara Municipal não votou lei instituindo o ISS. O contribuinte instala ali o seu escritório de representação comercial, embora tenha domicílio no outro Município;

ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA³ assim distingue a evasão ilícita da elisão, que é sempre lícita:

“Os elementos comuns a ambas a ação, a intenção, a finalidade e o

³ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Op. cit.*, p.20.

resultado, conforme assinalado. Em consequência, de nenhum deles pode logicamente depender a distinção das figuras em pauta.

O primeiro aspecto substancial que as estrema é a natureza dos meios eficientes para sua consecução: na fraude, atuam meios ilícitos (falsidade) e, na elisão, a licitude dos meios é condição sine qua non de sua realização efetiva.

O segundo aspecto de maior relevância é o momento da utilização dos meios; na fraude, opera-se a distorção da realidade econômica no instante em que ou depois que ela já se manifestou sob a forma jurídica descrita na lei como pressuposto de incidência. Ao passo que, pela elisão, o agente atua sobre a mesma realidade antes que ela se exteriorize, revestindo-a da forma alternativa não descrita na lei como pressuposto de incidência.

Com ligeira ampliação dos momentos em que a fraude se verifica, para incluir também a simultaneidade de sua ocorrência com a do fato gerador, pode-se afirmar que é hoje doutrinariamente pacífica a adoção desse critério formal distintivo entre fraude e elisão”.

MARCEL WURLOD⁴, em tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito de Lausanne, intitulada *Forme Juridique at réalité économique dans l'application des lois fiscales*, traça idêntico paralelismo, colocando a ação humana, anterior ou posterior ao fato gerador, como o elemento fulcral da distinção entre evasão ilícita e elisão, esta sempre lícita (economia de imposto).

⁴ WURLOD, Marcel. *Forme Juridique at réalité économique dans l'application des lois fiscales*. Lausanne: Librairie F. Rouge et Cie S/A, 1947

RUBENS GOMES DE SOUZA⁵, entre nós, igualmente erigiu, como único critério seguro para distinguir evasão e elisão, a época em que realizada a ação excludente do contribuinte, se antes ou depois da ocorrência do fato gerador do tributo:

“O único critério seguro (para distinguir a fraude da elisão) é verificar se os atos praticados pelo contribuinte, para evitar, retardar ou reduzir o pagamento de um tributo foram praticados antes ou depois da ocorrência do respectivo fato gerador: na primeira hipótese, trata-se de evasão; na segunda, trata-se de fraude fiscal”.

NARCISO AMORÓS⁶, na Espanha, é outro que repercute a mesma idéia, sem falar em fato gerador, mas falando em relação jurídica, o que, sem dúvida significa um avanço na fixação do critério distintivo. Em vernáculo, eis a frase:

“A elisão para nós é não entrar na relação fiscal. A evasão é dela sair. Exige, portanto, estar dentro, haver estado ou podido estar em algum momento.”

GILBERTO DE ULHÔA CANTO⁷, um dos autores do anteprojeto de reforma tributária (Emenda 18 à Constituição de 1946) e do Código Tributário Nacional, cuidando de sentença sobre contratos de *leasing* que tivemos a oportunidade de prolatar quando respondíamos pela 14ª Vara Federal de Belo Horizonte, honra-se com o seguinte comentário:

⁵ SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de Legislação Tributária*, Rio de Janeiro: Financiaras, 1960, 3ª ed., p.113.

⁶ AMORÓS, Narciso. *La Elusion y la Evasion Tributária*, in *Revista de Derecho Financiero y de la Hacienda Pública*, Madrid, 1965, vol.15, .573.

⁷ Apud COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 1999, 4ª ed., pp.219-22.

“A sentença é respeitável e merecedora de elogio. Seu autor, o ilustre juiz e professor, versa sobre um tema que – não sei porque – encontra freqüentemente inibição dos magistrados que os impede de assumir uma posição clara com pleno apoio na melhor doutrina num país como o nosso, em que prevalece o princípio da legalidade estrita em matéria tributária, imbuído num sistema de direito positivo fechado, que, em matéria de direitos subjetivos, não permite qualquer margem de discricção à autoridade no trato com o indivíduo.

Sei que há um bem relevante a preservar através da aplicação da regra de isonomia, e em seu nome o que a justiça indica é que pessoas em situações econômicas iguais paguem impostos iguais; daí, com propriedade e acerto, muitos afirmaram que na aplicação das leis tributárias deve-se ter em vista o conteúdo econômico das situações, fatos ou negócios, pois é sempre a ele que a vontade da lei ou do legislador visa.

Esqueceram os que assim pensam que há outro princípio também importante e de incidência muito mais ampla, que é o da certeza das relações jurídicas, máxime daquelas que se estabelecem com prescindência da manifestação de vontade das partes, porque resultam da própria lei.

(...)

Nenhum contribuinte tem obrigação de pagar imposto que a lei não prevê, ou maior do que por ela previsto; isso, porque em o fazendo, além de sofrer lesão patrimonial sem justa causa, estaria coadjuvando na infração à ordem constitucional. Uma primeira verificação a fazer consiste, pois, em apurar se a conduta do contribuinte que o leva a não pagar imposto, pagar menor imposto ou pagar imposto mais tarde, importa em violação de direito da Fazenda Pública, ou seja, contrapõe-se a um

Direito Tributário – Temas Atuais
Sacha Calmon Navarro Coelho
(Publicada na Revista Dialética de Direito Tributário nr. 135)

comando legal que o torne obrigado ao tributo evitado, reduzido ou cuja satisfação é retardada.

(...)

Na busca desordenada de fundamento para definir a conduta do contribuinte como evasão, é comum ver-se a Fazenda Pública pretender que certos atos tenham sido por ele praticados com simulação, porque o seu objetivo único ou principal foi evitar ou reduzir ônus tributário. Trata-se de um erro palmar, pois, no direito positivo brasileiro, os casos de simulação acham-se definidos no art. 102 do Código Civil num *numerus clausus*, sem que dentre eles figure o ânimo de evitar imposto. O que, de resto, nem seria admissível num sistema jurídico não causalista, que somente se refere à causa nos dois únicos casos mencionados no art. 90, em que ela é expressa como razão determinante ou como condição do ato. A rigor, a vontade de não pagar imposto nem seria causa, podendo caracterizar quando muito um motivo.”

Ainda segundo ULHÔA CANTO, a Lei nº 4.506, de 30/11/64, contém impropriedades a respeito do conceito de fraude:

“Para terminar estas breves observações, penso que é oportuno ponderar mais uma vez, a péssima redação adotada nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4506, de 30.11.1964, que por força, do disposto no art. 21 do Dec.-lei nº 401, de 30.12.1968, acabou sendo também válida para efeitos de imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, na qualificação de sonegação, fraude ou conluio. A maneira de caracterizar essas figuras ilícitas foi infeliz, porque misturou conceitos que deveriam ter ficado separados e, principalmente, porque deu uma definição de fraude que suscita dificuldade de entendimento, sendo no meu parecer, um daqueles casos para os quais a interpretação é reservada como meio de compreensão do verdadeiro

sentido da norma; eis o que diz o art. 72:

‘Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou definir o seu pagamento.’

Uma coisa que já foi claramente dita por vários autores (notadamente por Rubens Gomes de Sousa, Pareceres e Imposto de Renda. Ed. Resenha Tributária, 1976, ps. 175 e segs.) é que a distinção entre evasão e elisão não pode ser feita levando-se em conta elemento subjetivo ao autor, porque em uma e noutra o intuito é o mesmo: não pagar tributo, pagá-lo a menor ou em data mais afastada, de sorte que a diferença deverá ser buscada noutro elemento. Daí, a formulação do conceito, já enunciado, que extrema a evasão e a elisão a partir da anterioridade da conduta em relação ao fato gerador. Uma exposição muito interessante desse entendimento foi feita pelo suíço MARCEL WURLOD, no seu ‘Forme Juridique et Réalité Économique Dans L’application des Lois Fiscales (ed. F.Rouge, Lausanne, 1947).

Ora, se esse é o fator distintivo correto, e não a intencionalidade do agente, é forçoso entender o art. 72 da Lei nº 4.502/64 como contendo implícita a condição de a conduta ser de per si contrária à lei, pois o mero fato do impedimento de que o fato gerador surja, se entendido de modo ilimitado, levaria a conceituar-se como fraude e deliberação de um profissional de não trabalhar durante os últimos dias do ano, para evitar que o seu ônus tributário com o imposto sobre a renda passasse de um limite prefixado, como o de sua possibilidade de caixa; ou o fato de alguém vender um imóvel antes do dia 31 de dezembro de certo ano, para não ter que pagar vultuoso imposto predial e territorial; e assim

Direito Tributário – Temas Atuais
Sacha Calmon Navarro Coelho
(Publicada na Revista Dialética de Direito Tributário nr. 135)

por diante, numa infinidade de hipóteses em que é mais do que evidente que seria rematado absurdo tentar evitar a aplicação do dispositivo.”

A essa altura, cumpre fazer um reparo crítico aos autores citados. Não que suas lições estejam erradas. Apenas que são insuficientes. É que, para separar as formas evasivas das formas elisivas não basta a indagação (e a resposta) sobre o momento em que se realizaram, se antes ou depois do fato gerador. O momento pode ser também, *v.g.*, antes do pagamento do imposto. Sobre o tema, ALBERTO XAVIER⁸, nos idos de 1971, fez notar a insuficiência doutrinária:

“Outro equívoco de certa doutrina que sobre o tema tem se ocupado é o de restringir o campo de atuação do negócio menos oneroso ao do pressuposto (*Tatbestand*) do tributo. Assim o sugere, desde logo, a classificação de origem anglo-saxônica, mas logo retomada pela doutrina continental, entre a *tax avoidance* e a *tax evasion*.

Na *tax avoidance* ou elisão do imposto, o particular consegue evitar, impedir a realização do pressuposto de fato de um tributo, não praticando o ato jurídico que a lei arvorou em elemento de previsão ou praticando outro que a mesma lei não atribui conseqüências fiscais. Na *tax evasion* ou evasão do imposto, o particular praticou um ato correspondente ao pressuposto de fato de um tributo, e posteriormente, procura evitar o cumprimento da obrigação que lhe corresponde. Por outras palavras: na *tax avoidance* o particular pretende não entrar na relação tributária; na *tax evasion* procura dela sair.

A verdade, porém, é que esta dicotomia não consegue surpreender todas as modalidades possíveis do

negócio fiscalmente menos oneroso. É certo que esta figura assenta num jogo de tipos legais cuja aplicação está em certa medida, ao menos, dependente da vontade do particular. Quer dizer: é o caráter tipológico do direito fiscal que está na base da problemática do negócio fiscalmente menos oneroso. Ora, não só os pressupostos de fato são objeto de uma tipologia por parte da lei fiscal, são-no também os fatos impeditivos, em que as isenções se traduzem, são-no ainda os fatos de que depende a aplicação da taxa, no caso de pluralidade de taxas são-no finalmente os fatos aos quais a lei atribui a dedutibilidade à matéria colectável. Por outras palavras: objeto de um processo de tipificação legal é não só os elementos da previsão da norma, mas também os de sua estatuição, ou seja, todos os relevantes para a produção dos efeitos jurídico-tributários. Dessa sorte, facilmente se compreende como o negócio fiscalmente menos oneroso, se atua, via de regra, nos elementos de previsão (pressupostos de fato), pode atuar quanto às isenções, quanto às deduções (contração de dívidas ou realização de doações para efeitos de dedução à matéria colectável) e quanto aos pressupostos da aplicação da taxa.

Daqui resulta uma importante conseqüência: ou a distinção entre elisão do imposto e evasão fiscal corresponde à diferença entre não sujeição a tributo e violação fraudulenta da lei de imposto aplicável – e então ficam de fora os negócios fiscalmente menos onerosos que não respeitam à previsão, mas à estatuição da norma; ou tal dicotomia exclui a violação fraudulenta da lei e nesse caso não se consegue descortinar qualquer diferença de regime entre a elisão e a evasão, apenas em função do elemento da norma a que se refere o negócio.”

Como vimos de observar, a elisão pode se dar também nos elementos da conseqüência (base de cálculo) por meio de deduções,

⁸ XAVIER, Alberto Pinheiro. *Op.cit.*, p.10.

Direito Tributário – Temas Atuais
Sacha Calmon Navarro Coelho
(Publicada na Revista Dialética de Direito Tributário nr. 135)

por exemplo, que reduzam ou extingam o montante do tributo a pagar, de maneira absolutamente lícita.

Para que haja fraude material ou de forma jurídica (simulação ou abuso de forma jurídica) devem estar presentes requisitos rigorosos. A saber:

- (a) na fraude, os meios são sempre ilícitos. Na elisão, os meios são necessariamente lícitos;
- (b) a utilização desses meios, na fraude, dá-se em momento posterior à ocorrência do fato jurígeno ou do pagamento, falseando-se os dados de cálculo. Na elisão o emprego dos meios, quase sempre, ocorre antes;
- (c) em relação à pertinência dos meios, quando estes expressam formas jurídicas alternativas (negócio jurídico indireto), tem-se que, na fraude, há simulação de negócio e, na elisão, compatibilidade entre forma e conteúdo. Na fraude, a *intentio facti* é uma, e a *intentio iuris* é outra. Na elisão, a intenção real volta-se a duas ou mais formas jurídicas opcionais, as quais levam sempre ao resultado desejado *a priori*. Podemos exemplificar com a possibilidade, no Direito Brasileiro, de uma pessoa jurídica dotar-se de um bem de produção (ativo fixo) seja adquirindo-o à vista ou a prazo (compra e venda) seja alugando-o, por contrato de arrendamento mercantil (*leasing*). Cabe ao contribuinte, lícitamente, decidir que fórmula jurídica, dentre as permitidas, lhe é a mais favorável, quer do ponto de vista negocial, quer do ponto de vista fiscal;
- (d) finalmente, se há razões empresariais reais, como

reestruturação da empresa, para obter ganho de qualquer natureza, funcional, operacional, mercadológica ou financeiro – *business purpose* – dificilmente se poderia inquirir a operação de fraudulenta, apenas porque exerce o contribuinte o direito de escolher, entre meios lícitos, aquele menos oneroso, do ponto de vista tributário.

Em suma, quando ocorre fraude material, temos falsificações. Na fraude por abuso de formas de direito privado é imprescindível a simulação do negócio jurídico, cujo conceito está no Código Civil, art. 102 (*numerus clausus*):

“Art.102. Haverá simulação nos atos jurídicos em geral:

I – quando apresentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas das a quem realmente conferem, ou transmitem.

II – quando contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira.

III – quando os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.”

A simulação de negócio jurídico, assunto seríssimo pelas conseqüências que acarreta, exige rigor técnico e cautela para que possa ser irrogada às pessoas, mormente em matéria tributária.

Diz CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA⁹ que:

“Consiste a simulação em celebrar-se um ato que tem aparência normal, mas que, na verdade, não visa ao

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol.I., Rio de Janeiro, Forense, 11ª ed., 1989, p. 367.

efeito que juridicamente devia produzir, mas enganosa.

(...).

Pode a simulação ser absoluta ou relativa. Será absoluta, quando o ato encerra confissão, declaração, condição ou cláusula não verdadeira, realizando-se para não ter eficácia nenhuma.(...)

A simulação se diz relativa, também chamada dissimulação, quando o ato tem por objetivo encobrir outro de natureza diversa (e.g., uma compra e venda para dissimular doação), ou quando aparenta conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas das a quem realmente se conferem ou transmitem.”

Como se observa, na simulação de negócio jurídico, a *intentio facti* divorcia-se da *intentio iuris*. A intenção das partes é uma. A forma jurídica adotada é outra. Ou então o ato é ficto. Segundo **CLÓVIS BEVILÁQUA**¹⁰, “a simulação é uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado”. A simulação consiste, pois, na discordância entre a vontade e declaração: as partes regulam, clandestinamente, as relações jurídicas de acordo com a vontade desejada, mas não declarada. No negócio jurídico indireto, emprega-se determinado instituto jurídico com o objetivo de alcançar finalidades diversas das que lhe são típicas. As partes recorrem a negócio jurídico, a cuja forma e disciplina sujeitam-se, voluntária e conscientemente, visando a alcançar um fim diverso do fim típico do negócio adotado.

Negócio indireto não é negócio simulado¹¹.

Postos esses fundamentos, veremos que no caso ora em análise os meios a serem utilizados serão lícitos, com estrita observância aos preceitos legais, e com absoluta coincidência entre a intenção real e a intenção manifestada, baseada, segundo relatamos a Consulente, no relevante propósito empresarial de reorganização societária, patrimonial e de economia de custo.

6. INAPLICABILIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 116 DO CTN.

Pelas mesmas razões, é inteiramente inaplicável ao caso em tela o parágrafo único do art. 116 do CTN, introduzido pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, a saber:

“ Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos do direito aplicável.

¹⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1976, p. 225

¹¹ ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1969, p. 110.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (grifamos)

A fraude, a simulação e a dissimulação, no campo do Direito Tributário, são formas ilícitas de evasão ou de sonegação fiscal. A simulação caracteriza-se pelo *“intencional desacordo entre a vontade interna e a declarada, no sentido de criar, aparentemente, um ato jurídico que, de fato, não existe, ou então oculta, sob determinada aparência, o ato realmente querido. Como diz CLÓVIS, em forma lapidar, é a declaração enganosa da vontade, visando a produzir efeito diverso do ostensivamente indicado.”*¹² Ela, em regra, pressupõe uma declaração bilateral de vontade, conluio entre as partes e visa a iludir e lesar terceiros ou a violar disposição de lei.

Embora a lei civil não estabeleça distinção entre simulação absoluta ou relativa, a doutrina as diferencia. **A simulação absoluta** exprime ato jurídico inexistente, ilusório, fictício, ou que não corresponde à realidade, total ou parcialmente, mas a uma declaração de vontade falsa. É o caso de um contribuinte que abate despesas inexistentes, relativas a dívidas

fictícias. Ela se diz **relativa**, se atrás do negócio simulado existe outro dissimulado. Explica **BARROS MONTEIRO**¹³:

“É relativa, quando efetivamente há intenção de realizar algum ato jurídico, mas este: a) – é de natureza diversa daquele que, de fato, se pretende ultimar (*colorem habens, substantiam vero alteram*). É o caso da doação à concubina, mascarada sob aparência de venda. Para alcançar seu objetivo, as partes realizam negócio jurídico diverso do que soam as palavras; b) – não é efetuado entre as próprias partes, aparecendo então o testa-de-ferro, o presta-nome, ou a figura de palha. Por exemplo, alguém, desejando vender bens a um dos descendentes e não podendo satisfazer a exigência do art. 1.132, do Código Civil, simula alienação a terceiro, para que este, em seguida ou mais tarde, sem outros embaraços, concretize o ato que o primeiro tinha originariamente em mira; c) – não contém elementos verdadeiros, ou melhor, seus dados são inexatos. Por exemplo, numa escritura de compra e venda, os contratantes mencionam preço inferior ao real, a fim de reduzir o quantum do imposto de transmissão da propriedade. Diz-se, nesse caso, que a simulação é parcial, hipótese em que subsiste o ato, ressalvada à Fazenda, é óbvio, a percepção dos respectivos direitos fiscais.

(...)

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

¹² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral, 28 ed. São Paulo. Saraiva, 1989, p. 207

¹³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.* pp.209-13.

Direito Tributário – Temas Atuais
Sacha Calmon Navarro Coelho
(Publicada na Revista Dialética de Direito Tributário nr. 135)

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.”

Segundo a doutrina, a simulação é distinta da dissimulação. Enquanto a simulação expressa o que não existe na realidade (total ou parcialmente), a dissimulação oculta o que na realidade se constituiu. Por isso, alguns vislumbram na simulação relativa dois aspectos distintos, “*do ato que se aparentou fazer e o do ato que na realidade foi feito, o fingido e o real, o invólucro e o conteúdo. Desfeito o ato aparente, roto o invólucro, cumpre examinar a validade do que restou, do conteúdo. Se não houver intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei, o ato dissimulado é válido (plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur), na hipótese contrária, ilícito o conteúdo, será anulável*”¹⁴.

Para a doutrina tradicional, ocorrem dois negócios: um real, encoberto, *dissimulado*, destinado a valer entre as partes; e um outro, ostensivo, aparente, simulado, destinado a operar perante terceiros.

Para outros, não se pode negligenciar a complexidade da simulação, que não pode ser reduzida a uma divergência entre a vontade e a declaração. Forte em KÖHLER (para quem a simulação é uma incorporação do próprio querer) e em BETTI (que conceitua a simulação relativa como um vício da causa, ou

abuso da função instrumental do negócio), UBALDINO MIRANDA¹⁵ constrói unitariamente o fenômeno simulatório, a saber:

“Com efeito, a simulação é um procedimento complexo a que as partes recorrem para a criação de uma aparência enganadora. Nesse procedimento, mediante uma só intenção, as partes emitem duas declarações: uma destinada a permanecer secreta e a outra com o fim de ser projetada para o conhecimento de terceiros, isto é, do público em geral. A declaração, destinada a permanecer secreta, consubstanciada numa contradecaração ou ressalva, constata a realidade subsistente entre os simuladores.

O procedimento simulatório é deliberado pelas partes mediante um acordo ou pacto (pactum simulationis) pelo qual celebram um negócio jurídico aparente: umas vezes, por lhes interessar apenas essa aparência, frente a terceiros, os quais, na intenção dessas partes que simulam, devem tomar a aparência como realidade, nenhuma relação jurídica efetiva é estabelecida entre elas (simulação absoluta). Outras vezes, as partes têm em vista a formação de uma determinada relação jurídica, mas pactuam a celebração de uma forma negocial aparente, a fim de ser projetada ao conhecimento de terceiros para, sob essa forma aparente, subsistir, entre elas, aquela relação jurídica que visam (simulação relativa).

Assim, na primeira hipótese, quando uma das partes simula com o seu comparsa uma venda fictícia (*imaginary venditio*), para fugir ao assédio dos seus parentes sucessíveis; e, na segunda hipótese, quando alguém simula uma venda a

¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 210

¹⁵ MIRANDA, Ubaldino. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 115.

outrem, quando na realidade lhe doa.”

Seja como for, nas simulações relativas, se existem dois negócios distintos (o ostensivo-simulado e o real-oculto) ou se o negócio dissimulado constitui um todo com o acordo simulatório, o parágrafo único, acrescentado ao art. 116 do Código Tributário Nacional, autoriza desconsiderar atos e negócios jurídicos ostensivos (simulados), que dissimulam outros atos e negócios jurídicos, realmente ocorridos e integrativos do fato gerador. Como já realçamos, o mesmo artigo distingue entre fatos geradores – *situações jurídicas* e fatos geradores – *situações de fato*, mas, em qualquer uma dessas modalidades, graças ao caráter relacional e transformacional do Direito, existem direta ou indiretamente atos e negócios jurídicos pressupostos. As impropriamente chamadas *situações de fato*, descritas em numerosas hipóteses normativas tributárias configuram execuções de determinados atos e negócios jurídicos.

O parágrafo único do art. 116 permite à autoridade administrativa desconsiderar atos e negócios jurídicos dissimulatórios, portanto fraudulentos, que visam a ocultar a ocorrência do fato gerador, ou seja, as verdadeiras relações negociais constituídas, ou seu objeto, ou certas determinações de seu conteúdo, relevantes e por ele pressupostas. Veremos, portanto, que o art. 116 não consagra cláusula genérica antielisiva, nem tampouco altera os critérios de interpretação para

autorizar o abandono da forma, conceitos e institutos de direito privado em favor de uma “chamada interpretação econômica”.

O parágrafo único do art. 116 refere-se à evasão ilícita, pois a simulação absoluta ou relativa (dissimulação), quando oculta a ocorrência do fato gerador ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação (preço, por ex.), viola a lei, configurando verdadeira sonegação. E mais, sempre foram desconsiderados pela autoridade administrativa.

São numerosas e rotineiras as hipóteses de simulação e dissimulação. (Entre muitos outros exemplos, a simulação de gasto inexistente para redução do lucro ou da renda – recibo de aluguéis fictícios; de empréstimos inexistentes; recibos relativos a pagamento de serviços jamais prestados por jovens profissionais liberais em favor de um contribuinte, carente de despesas a deduzir; igualmente o aparente contrato de compra e venda que dissimula verdadeira doação; os juros excessivos cobrados por sócio e empréstimo à sociedade e o valor de aluguéis acima do mercado podem esconder – e a lei já o pressupõe – verdadeira distribuição disfarçada de lucro; contratos de compra e venda de imóveis a registrar preço inferior ao real, etc.) O Código Tributário Nacional, no art.116, não está coibindo a elisão ou o planejamento tributário, por si lícito, mas sim a simulação, sempre ilícita. Na elisão os meios são lícitos e o ato ou negócio jurídico é real, desencadeia efeitos próprios, não *mascara* a ocorrência do fato gerador e há

compatibilidade entre forma e conteúdo. Na elisão, o fato, ato ou negócio jurídico pressuposto na norma simplesmente não acontece.

O art.116 não cogita de simulação relativa *inocente*. Há, portanto, que diferenciar. A doutrina tradicional do Direito Civil distingue entre simulação fraudulenta e simulação inocente. Admitindo na simulação relativa dois diferentes atos, o que se aparentou fazer e aquele que na realidade foi feito, o fingido e o real, ela tira daí conseqüências diversas. O aparente será nulo, invalidado. Já o real, dissimulado, poderá ser válido. *"Desfeito o ato aparente, roto o invólucro, cumpre examinar a validade do que restou, do conteúdo. Se não houver intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei, o ato dissimulado é válido (plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur); na hipótese contrária, ilícito o conteúdo, será anulável"*¹⁶.

Ora, o art.116 refere-se à dissimulação fraudulenta, aquela ilícita, que oculta a ocorrência do fato gerador ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação. Portanto, visa a coibir a simulação que viola disposição de lei tributária e, que, portanto, não pode ter validade jurídica.

Não visa, assim, o art. 116 a coibir a elisão, nem tampouco a introduzir a interpretação econômica entre nós.

7. LEGISLAÇÃO COMERCIAL E NORMAS REGULAMENTARES.

Afastada a possibilidade da reestruturação sob exame ser enquadrada como planejamento ilícito e uma vez verificada a inaplicabilidade do art. 116, § único, ao caso, cabe-nos, agora, examinar a questão sob o aspecto comercial e tributário, pela abordagem de dois institutos: a aquisição de investimentos e a incorporação de pessoa jurídica.

Primeiramente, observamos que a aquisição de ações da Gama pela Beta deverá obedecer todas as normas de regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários – CVM para realização de tal operação, bem como as respectivas remessas de valores a título de pagamento pelos títulos mobiliários adquiridos deverão seguir os procedimentos estabelecidos pelo Banco Central do Brasil, a fim de assegurar o cumprimento das disposições legais pertinentes e evitar qualquer argumentação para descon sideração do negócio jurídico.

A legislação comercial (Lei nº 6.404/76 – Lei das S.A.) assim prevê a aquisição de ações para conversão da pessoa jurídica em subsidiária integral:

"Art. 251. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira.

§ 1º. A sociedade que subscrever em bens o capital de subsidiária integral deverá aprovar o laudo de avaliação de que trata o artigo 8º, respondendo nos termos do § 6º do

¹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. Op.cit.,p.210

artigo 8º e do artigo 10 e seu parágrafo único.

§ 2º. **A companhia pode ser convertida em subsidiária integral mediante aquisição, por sociedade brasileira, de todas as suas ações**, ou nos termos do artigo 252". (grifamos)

Já a incorporação de pessoa jurídica deverá dar-se conformidade com o artigo 227 da Lei nº 6.404/76, extinguindo-se a incorporada e sucedendo-lhe a incorporadora em todos os direitos e obrigações. Vejamos:

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

§ 1º. A assembléia-geral da companhia incorporadora, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante versão do seu patrimônio líquido, e nomear os peritos que o avaliarão.

§ 2º. A sociedade que houver de ser incorporada, se aprovar o protocolo da operação, autorizará seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora.

§ 3º. Aprovados pela assembléia-geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a incorporada, competindo à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação."

8. CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO DE PREÇO DE MERCADO DAS AÇÕES PARA FINS DE ALIENAÇÃO.

O artigo 465 do RIR/99, ao tratar da distribuição disfarçada de lucros, conceito que, aliás, caiu em desuso desde a extinção da tributação sobre a distribuição de lucros e dividendos, refere-se, em seu parágrafo 4º, à determinação do valor de mercado de bem negociado com pessoa jurídica ligada através de laudo de avaliação de perito ou empresa especializada, não trazendo nenhuma outra referência quanto à forma de emissão do laudo de avaliação.

Desta forma, devemos recorrer às disposições da legislação comercial, mais especificamente ao artigo 8º da Lei das Sociedades por Ações – Lei nº 6.404/76, *in verbis*:

"Art. 8º A avaliação dos bens era feita por 3 (três) peritos ou por empresa especializada, nomeados em assembléia-geral dos subscritores, convocada pela imprensa e presidida por um dos fundadores, instalando-se em primeira convocação com a presença de subscritores que representem metade, pelo menos, do capital social, e em segunda convocação com qualquer número.

§ 1º Os peritos ou a empresa avaliadora deverão apresentar laudo fundamentado, com a indicação dos critérios de avaliação e dos elementos de comparação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados, e estarão presentes à assembléia que conhecer do laudo, a fim de prestarem as informações que lhes forem solicitadas.(...)"

Os critérios de elaboração de laudos de avaliação e de eleição de peritos tecnicamente qualificados estão dispostos no Parecer CST nº 926, de maio de 1987¹⁷, do qual transcrevemos o seguinte trecho:

“Além da capacidade dita jurídica, o perito deverá possuir técnica ou competência, isto é, aptidão, idoneidade, conhecimentos suficientes para exercer com competência a função pericial que lhe é cometida. Por outras palavras, o perito deverá ser entendido, um técnico na arte ou ciência de que depender a perícia. Quanto mais caracterizadamente técnica for a matéria objeto do exame, mais acentuadamente técnico urge seja o perito. Tanto que em determinados casos a lei menciona expressamente a especialização técnica do perito a ser nomeado. Assim, entre outros vários, a lei de falências manda se escolha perito contador para os exames de escrituração do falido; nas ações de demarcação, funcionará um agrimensor (Cód. Cit., art.423); no processo de interdição serão nomeados peritos médicos (Cod.Cit., art.607); em se tratando de perícia de engenharia, deve ser designado perito engenheiro, isto é, profissional habilitado secundo a lei que regulamenta essa profissão.”

Sendo assim, o laudo de avaliação do valor de mercado das ações da Gama a serem adquiridas pela Beta deverá ser emitido por profissional tecnicamente capacitado para tal perícia, apontando, se correta a expectativa das Empresas, a mais valia do investimento adquirido, a qual deverá ser registrada na Beta como reserva de ágio para posterior incorporação ao capital

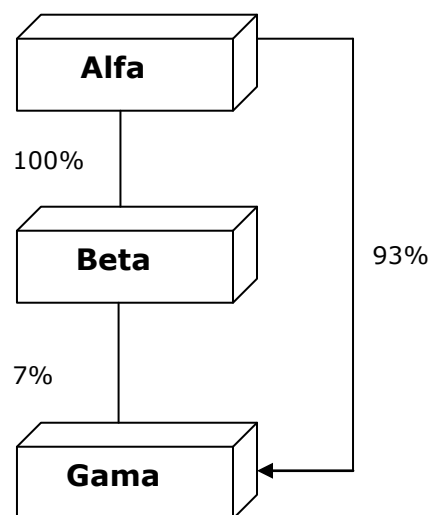
social, conforme disposição do artigo 385, inciso II do RIR/99.

A título de esclarecimento, alertamos que o laudo de avaliação a que ora se faz referência não se confunde com a reavaliação do ativo permanente de que trata o artigo 434 do RIR/99.

9. DA AQUISIÇÃO DE AÇÕES.

9.1 ASPECTOS CONTÁBEIS

Vejamos os lançamentos contábeis da aquisição de ações na empresa brasileira Beta, tomando-se por base os seguintes números, a título de mera exemplificação:



Valor contábil da Empresa Gama = 1.000
Valor de mercado da Empresa Gama = 5.000
Valor do investimento na Beta = 70

Lançamentos contábeis na Beta relativos à aquisição de ações a prazo:

¹⁷ *Imposto de Renda e Incorporação de Ações de Sociedade "Holding"*, in Revista Dialética de Direito Tributário nº77. São Paulo, Editora Dialética, 2002.p.181.

Direito Tributário – Temas Atuais
Sacha Calmon Navarro Coelho
(Publicada na Revista Dialética de Direito Tributário nr. 135)

Débito – “Investimento” =
930

Débito – “Ágio na aquisição
de investimentos” = 3.720

Crédito – Passivo com
empresa ligada¹⁸ = 4.650

Cálculo do valor do ágio:

Mercado	4.650 (93% de 5000)
Contábil	<u> (930)</u>
	<u> 3.720</u>

A Gama não será objeto de qualquer lançamento nesta etapa, visto que a alteração a ela pertinente é uma troca de controle acionário, fato que não importa em ajustes contábeis.

O ágio, que é definido pela diferença entre o valor pago e o valor patrimonial das ações, e que ocorre quando adotado o método de equivalência patrimonial, pode ocorrer por origens e circunstâncias diversas, podendo o seu tratamento contábil, quanto à sua futura amortização, variar em função de seu fundamento econômico e natureza.

9.2. ASPECTOS TRIBUTÁRIOS

Dentre as hipóteses previstas pelo artigo 385 do RIR/99, o caso em tela diz

¹⁸ Este deve ser segregado por longo e curto prazo conforme o vencimento das parcelas.

respeito ao ágio pago por rentabilidade futura, isto é, aquele que ocorre quando se paga pelas ações um valor a maior que o patrimonial, em função de expectativa de rentabilidade futura da coligada ou controlada adquirida.

Este deve ser amortizado dentro do período pelo qual se pagou tal lucro futuro, ou seja, contra os resultados dos exercícios considerados na projeção dos lucros estimados que justifiquem o ágio. Neste sentido, vide a transcrição do § 2º do artigo 14 da Instrução nº 247/96 da CVM – Comissão de Valores Mobiliários, autarquia responsável pela regulamentação e fiscalização das companhias abertas:

“Art.14 O ágio ou deságio computado na ocasião da aquisição ou subscrição do investimento deverá ser contabilizado com indicação do fundamento econômico que o determinou.

§ 2º. O ágio ou deságio decorrente de expectativa de resultado futuro, deverá ser amortizado no prazo e na extensão das projeções que o determinaram ou pela baixa por alienação ou perecimento do investimento.”

Além disso, de acordo com o § 3º do artigo 385 do RIR/99, no caso do fundamento econômico do ágio em aquisição de investimentos estar baseado na sua rentabilidade futura, há a necessidade de elaboração de um demonstrativo que identifique o valor imputado ao investimento adquirido, ou seja, um laudo de avaliação, elaborado com observância ao disposto no item 8 acima, o qual deverá ser

Direito Tributário – Temas Atuais
Sacha Calmon Navarro Coelho
(Publicada na Revista Dialética de Direito Tributário nr. 135)

arquivado como comprovante da escrituração.

Conforme a previsão legal do artigo 391 do RIR/99, as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio, oriundo de aquisição de investimentos em coligada e controladas, não serão computadas na determinação do lucro real. Este, portanto, seria o tratamento tributário a ser observado pela Beta caso não houvesse a posterior etapa do planejamento, qual seja, a incorporação da controlada Gama.

Inobstante a previsão acima, o inciso III do artigo 386 do mesmo diploma legal, assim dispõe:

“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:

(...)

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;” (grifamos)

O inciso II do § 2º, por sua vez, traz a seguinte redação:

“Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

(...)

§ 2º. O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

(...)

II – valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;”

Desta forma, em consonância com as disposições legais acima transcritas, para a amortização do ágio e para que ele seja considerado dedutível para fins de apuração do Lucro Real (base de cálculo do IRPJ) e do Resultado Ajustado (base de cálculo da CSLL), deve estar suportado por um laudo de avaliação que indique as razões econômicas do valor imputado ao investimento adquirido.

Assim, percebe-se que a amortização do ágio deverá, *a priori*, ser realizada no prazo e extensão projetados no laudo de avaliação.

Porém, se os lucros previstos pelos quais pagou-se o ágio não seguirem os lucros projetados em uma base uniforme de ano para ano, a amortização deverá acompanhar esse desenvolvimento proporcional. Ademais, se os lucros esperados forem superiores aos anteriores previstos, há a possibilidade de aceleração da amortização do ágio, desde que respeitados os prazos máximos e mínimos previstos na legislação.

No caso em tela, esse efeito será vislumbrado na etapa

posterior da reestruturação societária, quando da incorporação da Gama, então subsidiária integral, por sua então controladora Beta.

Deve-se, entretanto, observar que a projeção para o pagamento das ações adquiridas dar-se-á, de forma financiada, em prazo igual ou superior a 5 anos. Por tal razão, cumpre frisarmos que um prazo inferior de financiamento tornaria a operação mais segura, evitando que o período das remessas ao exterior a título de pagamento das ações coincida, ou mesmo seja superior, ao do período de amortização do ágio na incorporadora.

Não nos parece adequado que o contribuinte possa amortizar um ágio pelo qual sequer teve o ônus de pagamento pela aquisição do investimento.

Os efeitos tributários na alienante estrangeira das ações, a empresa Alfa, do ganho de capital na operação, representado pela **diferença entre valor patrimonial de venda e o valor contábil das ações**, serão observados, s.m.j., no momento da disponibilização dos recursos, ou seja, somente quando da remessa ao exterior. Isto porque a retenção e o recolhimento do imposto de renda na fonte devem ser realizados quando da ocorrência do fato gerador, que corresponde ao pagamento, crédito, entrega, emprego ou remessa de rendimentos, o que ocorrer primeiro.¹⁹

Sobre o tema, vejamos abaixo a Solução de Consulta nº 45/98²⁰, proferida pela Receita Federal:

“SOLUÇÃO DE CONSULTA – GANHOS DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA

A incidência do imposto de renda sobre ganhos de capital auferidos por residente ou domiciliado no exterior, na alienação de participação societária, somente ocorre se o valor total pago, creditado, entregue, empregado ou remetido for superior ao montante registrado como investimento ou reinvestimento junto ao Banco Central do Brasil.

Em que pese o termo “creditado”, o nos remeteria ao crédito contábil da operação, de acordo com o parágrafo 3º do artigo 685 do RIR/99, “o ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será **apurado e tributado** de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País”. (grifamos)

Desta forma, aplicam-se, subsidiariamente, os artigos 140 e 421 do RIR/99, que assim dispõem, respectivamente: “*Nas alienações a prazo, o ganho de capital deverá ser apurado como venda à vista e **tributado na proporção das parcelas recebidas** em cada mês, considerando-se a respectiva atualização monetária, se houver*”; e “*Nas vendas de bens do ativo permanente para recebimento do preço, no todo ou em parte, após o término do ano-calendário seguinte ao da*

¹⁹ SRRF/8ª RF, Consulta nº 319 de 21/11/2002.

²⁰ SRRF/8ª RF, Consulta nº 45 de 23/03/1998.

contratação, o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, reconhecer o lucro na proporção da parcela do preço recebida em cada período de apuração". (grifamos)

A responsabilidade pela retenção e o recolhimento do imposto, à alíquota de 15% (quinze por cento), sobre o ganho de capital da Alfa, traduzido pela diferença a maior entre o valor pago ou remetido pela Beta e o valor do investimento²¹ registrado no BACEN, é da adquirente dos bens alienados por pessoa jurídica residente ou domiciliada no exterior²². O valor do investimento em moeda estrangeira, registrado no BACEN, não constituirá base de cálculo para determinação do montante de Imposto de Renda a ser retido na fonte quando de seu retorno ao país de origem²³.

Frisamos que a avaliação das disposições legais da Holanda extrapola o foco da presente consulta, e, portanto, aqui não analisamos o tratamento tributário que deverá ser dispensado à Alfa no exterior, limitando-nos a verificar os efeitos perante o ordenamento jurídico brasileiro.

10. DA INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE.

²¹ Convertido pela cotação da moeda estrangeira na data da alienação.

²² Vide artigos 26 e 93, II da Lei nº 10.833/03.

²³ Artigo 690, inciso II do RIR/99.

10.1 ASPECTOS CONTÁBEIS.

Na incorporação da sociedade Gama pela sociedade Beta, deverá ser criada uma conta de incorporação, transitória, com objetivo de formalizar e registrar, contabilmente, a extinção da sociedade incorporada.

Na sociedade incorporadora Beta, deverão ser contabilizados os ativos e passivos da então extinta sociedade Gama, conforme as respectivas naturezas das contas de registro na incorporada.

O ágio pago pela incorporada Beta, por expectativa de lucros futuros da extinta controlada e ora incorporada sociedade Gama, deverá ser amortizada dentro do período pelo qual pagou-se por tal rentabilidade futura, observando-se os comentários feitos no item 9.2 acima acerca da possibilidade de acompanhamento proporcional aos efetivos lucros ou prejuízos.

10.2. ASPECTOS SOCIETÁRIOS E TRIBUTÁRIOS.

A incorporação da subsidiária integral Gama por sua controladora Beta acarretará a extinção daquela pessoa jurídica e deverá observar as disposições do artigo 264 da Lei nº 6.404/76, abaixo transcrito:

"Art. 264. Na incorporação, pela controladora, de companhia controlada, a justificação, apresentada à assembléia-geral da controlada, deverá conter, além das informações previstas nos arts. 224 e 225, o cálculo das

relações de substituição das ações dos acionistas não controladores da controlada com base no valor do patrimônio líquido das ações da controladora e da controlada, avaliados os dois patrimônios segundo os mesmos critérios e na mesma data, a preços de mercado, ou com base em outro critério aceito pela Comissão de Valores Mobiliários, no caso de companhias abertas. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001).

§ 1º. A avaliação dos dois patrimônios será feita por 3 (três) peritos ou empresa especializada e, no caso de companhias abertas, por empresa especializada. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 2º. Para efeito da comparação referida neste artigo, as ações do capital da controlada de propriedade da controladora serão avaliadas, no patrimônio desta, em conformidade com o disposto no caput. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 3º. Se as relações de substituição das ações dos acionistas não controladores, previstas no protocolo da incorporação, forem menos vantajosas que as resultantes da comparação prevista neste artigo, os acionistas dissidentes da deliberação da assembléia-geral da controlada que aprovar a operação, observando o disposto nos arts.137, II, e 230, poderão optar entre o valor de reembolso fixado nos termos do art.45 e o valor do patrimônio líquido a preços de mercado. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 4º. Aplicam-se as normas previstas neste artigo à incorporação de controladora por sua controlada, à fusão de companhia controladora com a controlada, à incorporação de ações de companhia controlada ou controladora, à incorporação, fusão e incorporação de ações de sociedades sob controle comum. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 5º. O disposto neste artigo não se aplica no caso de as ações do capital da controlada terem sido adquiridas no pregão da bolsa de valores ou mediante oferta pública nos termos dos artigos 257 a 263.”

Relativamente à legislação tributária, a operação de incorporação implicará no levantamento do balanço na data do evento, o encerramento do período e a respectiva tributação pelo IRPJ e pela CSL, se houver resultados tributáveis.

11. CONCLUSÃO PELA LICITUDE DA OPERAÇÃO.

A operação em comento, consoante as exposições acima, não apresenta quaisquer indícios de fraude ou simulação, uma vez que:

- Os meios utilizados para reestruturação societária e economia fiscal são, inquestionavelmente, lícitos e utilizados de forma coerente e legítima;
- A operação realizada é aquela efetivamente desejada pelas empresas, havendo plena coincidência entre *intentio facti* e a

intentio iuris, inexistindo, portanto, simulação;

- Como informado pela Consultante, existem relevantes interesses empresariais para a reestruturação societária do grupo, dentre eles, a mudança do perfil dos investimentos no Brasil, com a redução do número de empresas no país, bem como a alternativa de liquidez de remessa de valores ao exterior. Tais propósitos negociais ensejam a operação de forma absolutamente lícita.

Diante de todos os meios lícitos disponíveis, cabe ao contribuinte eleger a opção menos onerosa e adequada ao seu interesse e objeto empresarial. Tanto é assim, que o Conselho de Contribuintes entende que os contribuintes têm direito a administrar e planejar sua relação jurídico-obrigacional tributária, visando obter o máximo de economia fiscal dentre os limites legais. Vejamos:

“IRPJ – Ex(s): 1988 e 1999

- IRPJ – SIMULAÇÃO NA INCORPORAÇÃO – Para que se possa materializar, é indispensável que o ato praticado não pudesse ser realizado, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. Se não existia impedimento para a realização da incorporação tal como realizada e o ato praticado não é de natureza diversa daquela que de fato apresenta, não há como qualificar-se a operação de simulada. Os objetivos visados com a prática do ato não interferem na qualificação do

ato praticado. Portanto, se o ato praticado era lícito, as eventuais conseqüências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de ‘evasão ilícita’. (Ac. CSRF/01-01.874/94).

IRPJ – INCORPORAÇÃO ATÍPICA – A incorporação de empresa superavitária por outra deficitária, embora atípica, não é vedada por lei, representando negócio jurídico indireto.”²⁴

“NORMAS GERAIS – EVASÃO FISCAL X ELISÃO FISCAL –

Aproveita-se, legitimamente, do instituto da elisão fiscal o contribuinte que se vale de uma determinada jurídica que lhe seja mais benéfica, sem infringir nenhum dispositivo legal. Por outro lado, comete evasão fiscal sujeitando-se ressarcimento dos tributos sonegados e às penalidades cabíveis, o contribuinte que, por trás do comportamento aparentemente normal, oculta a intenção deliberada de fraudar a lei.”²⁵

“IRPJ – ELISÃO FISCAL – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

– É princípio assente na doutrina e na jurisprudência, que os contribuintes podem organizar seus negócios de modo a minorar a carga

²⁴ 1º CC do Min. da Fazenda, Recurso nº 131653, Acórdão nº 101-94127, 1ª Câmara, Publicado no DOU em 07/05/2003

²⁵ 1º CC do Min da Fazenda, Acórdão 106-05.619, 6ª Câmara. Publicado no DOU em 05/03/1997.

tributária, desde que antes de ocorrido o fato gerador e respeitados os permissivos legais. Evidentemente, o princípio não é amplo e irrestrito, a ponto de tolerar abuso desmesurado das firmas jurídicas, divorciados de racional organização societária e empresarial. No caso, duas empresas interligadas, explorando atividade quase coincidente, com escrituração contábil, recursos materiais e humanos, independentes, não chegam a evidenciar indúvidio o abuso das formas jurídicas.”²⁶

“SIMULAÇÃO – Para que se possa materializar a simulação em incorporação, é indispensável que o ato praticado não pudesse ser realizado, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. Se não existia impedimento para a realização da incorporação tal como realizada e o ato praticado não é de natureza diversa daquele que de fato aparenta, isto é, se de fato e de direito não ocorreu ato diverso da incorporação, não há como qualificar-se a operação de simulada. Os objetivos visados com a prática do ato não interferem na qualificação do ato praticado; portanto, se o ato praticado era lícito, as eventuais conseqüências

²⁶ 1º CC do Min da Fazenda, Acórdão nº 808010, publicado no DOU em 05/06/1991, p.10688.

contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de evasão ilícita.”²⁷

“SIMULAÇÃO NÃO COMPROVADA

– Incomprovada a ocorrência de simulação na incorporação de uma empresa superavitária por uma deficitária, podem os prejuízos desta serem compensados com o lucro daquela, no futuro, observado o prazo legal, posto não haver vedação legal.”²⁸

“SUBSTITUIÇÃO DE AÇÕES

– Investimento feito em empresa posteriormente incorporada por terceiro. A substituição de ações da incorporada por ações da incorporadora não implica na baixa do investimento para efeito de determinação de ganhos ou perdas de capital.”²⁹

“ESCOLHA ERRÔNEA DO MÉTODO DE AVALIAÇÃO DE INVESTIMENTO

– Não existe previsão legal para que seja equiparada à reavaliação de bens a avaliação de investimentos pelo

²⁷ 1º CC do Min da Fazenda, Acórdão nº 101-88316, publicado no DOU em 14/08/1995 e CSRF, Acórdão nº 01-1.857/1995 e nº 1.874/95 DO 13/09/1996.

²⁸ 1º CC do Min. Da Fazenda, Acórdão nº 101-92.311, publicado no DOU em 27/10/1998.

²⁹ 1º CC do Min da Fazenda, Acórdão nº 105-6.756 publicado no DOU em 17/10/1996.

método da equivalência patrimonial, ao invés do método do custo corrigido. Adotar tal procedimento configura dar tratamento diferenciado a hipóteses iguais (avaliação de investimentos sejam relevantes ou não relevantes), o que se afigura consentâneo com a legislação do imposto de renda e com os princípios constitucionais vigentes. Recurso voluntário provido.”³⁰

“ÁGIO PAGO À EMPRESA

LIGADA – Não existe restrição, na legislação do imposto de renda, a que uma pessoa jurídica, que adquira participação societária em outra empresa, efetue o pagamento de ágio, com fundamentação econômica baseada na rentabilidade futura do investimento, ainda que a aquisição se processe junto à empresa ligada ao adquirente. O ágio regularmente pago poderá ser deduzido ou excluído na determinação do lucro real da investidora, desde que observadas as condições previstas na legislação do imposto de renda, quando da aquisição do investimento.”³¹

12. RESPOSTAS

“1- Pode a Empresa controladora com sede no exterior (Alfa) alienar a sua participação societária na empresa controlada para uma

terceira Empresa, sediada no Brasil, também sob seu controle?”

Sim. Não há qualquer impedimento legal para a alienação de participação societária entre pessoas jurídicas coligadas ou controladas. A legislação comercial proíbe apenas a participação recíproca entre empresas do mesmo grupo societário.

“2 – A adoção do valor de mercado, na operação de compra e venda de investimentos, entre Empresas controladora e controlada é uma opção ou uma imposição da legislação brasileira, inclusive frente às disposições concernentes à distribuição disfarçada de lucros?”

Trata-se de opção do contribuinte, que pode realizar sua operação pelo valor registrado ou pelo valor de mercado. Frise-se que as disposições legais acerca da distribuição disfarçada de lucros caíram em desuso, conforme já citado anteriormente, em virtude da extinção da tributação na distribuição de lucros e dividendos a acionistas. Ressalte-se, porém, a incidência do IRRF sobre distribuição de reservas tributáveis, *i.e.*, reservas de lucros relativas aos anos-calendário em que havia a previsão legal de tributação.

“3 – Quais critérios (inclusive cambiais) deverão ser considerados na determinação do valor do investimento na empresa brasileira, pela Empresa alienante, para efeitos de apuração do ganho de capital, sujeito à tributação?”

Deverá ser alterado o valor do investimento registrado no Banco Central do Brasil – BACEN.

³⁰ 1ºCC do Min. da Fazenda, Acórdão nº 101-90.675 publicado no DOU em 07/05/1997.

³¹ 1º CC do Min. da Fazenda, Acórdão nº 101-84.191, publicado no DOU em 05/08/1994.

Direito Tributário – Temas Atuais

Sacha Calmon Navarro Coelho

(Publicada na Revista Dialética de Direito Tributário nr. 135)

“4 – Qual deverá ser o tratamento contábil e fiscal a ser observado pela Empresa adquirente, entre o valor da aquisição e o valor patrimonial do investimento adquirido?”

A diferença entre o valor da aquisição e o valor primordial das ações adquiridas pela Beta deverá ser contabilizada como ágio na aquisição de investimento. O referido ágio somente será passível de amortização após a incorporação da Gama pela Beta, em virtude das disposições do artigo 386, III do RIR/99, no período em que se baseou-se a expectativa de lucros futuros, ou em prazo maior ou menor, acompanhando os efetivos lucros ou prejuízos.

“5 – A quem caberá a responsabilidade (sujeição passiva) pela apuração do provável ganho de capital e do recolhimento dos tributos incidentes?”

A responsabilidade pela retenção e recolhimento dos tributos incidentes sobre o ganho de capital apurado é do remetente dos valores, neste caso, a adquirente Beta.

“6 – Qual é o tratamento tributário a ser dado ao ganho de capital auferido pela Empresa estrangeira, na alienação do investimento para a Empresa brasileira (momento da apuração e da retenção na fonte, alíquotas a serem consideradas)?”

O ganho de capital auferido pela Alfa na alienação das ações à Beta será tributado na fonte à alíquota de 15% conforme o artigo 685, I e § 3º do RIR/99, em cada remessa ao exterior.

“7 – Em que extensão o ganho de capital sob análise deve ter o tratamento equiparado ao

tratamento dado às pessoas físicas ou dado às pessoas jurídicas, sediadas no Brasil (arts.140, 421, 682 e seguintes do RIR/99)?”

De acordo com o parágrafo 3º do artigo 685 do RIR/99, “o ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País” (grifamos).

Desta forma, aplicam-se, subsidiariamente, os artigos 140 e 421 do RIR/99, que assim dispõem, respectivamente: “Nas alienações a prazo, o ganho de capital deverá ser apurado como venda à vista e tributado na proporção das parcelas recebidas em cada mês, considerando-se a respectiva atualização monetária, se houver”; e “Nas vendas de bens do ativo permanente para recebimento do preço, no todo ou em parte, após o término do ano-calendário seguinte ao da contratação, o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, reconhecer o lucro na proporção da parcela do preço recebida em cada período de apuração.”

“8- Em se tratando de alienação pra recebimento do preço, em um prazo de 05 anos ou mais, o ganho de capital pode ser reconhecido e os tributos apurados e recolhidos (inclusive IR Fonte) à medida e na proporção das parcelas recebidas em cada período de apuração, mesmo sendo o alienante uma pessoa jurídica estrangeira (art. 421, do RIR/99)?”

Sim. Conforme resposta anterior, respeitando o princípio da capacidade contributiva.

“9 – Com a incorporação da empresa adquirida (Gama) pela empresa adquirente (Beta) o valor do ágio pago quando da aquisição poderá ser amortizado como despesa dedutível, conforme previsto nos arts. 7º e 8º, da Lei nº 9.532/97?”

Sim. Ademais a sucessão dos direitos e obrigações no âmbito civil e comercial, no âmbito tributário, será possível a amortização do ágio como despesa dedutível na apuração do IRPJ e da CSL da pessoa jurídica incorporadora Beta, conforme disposição do artigo 386 do RIR/99, com base nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

“10 – Algumas das operações poderiam ser caracterizadas como procedimentos de evasão e/ou elisão fiscal, e, em sendo poderão sofrer algum tipo de restrição, pela legislação brasileira, em especial, pela LC nº 104/2001?”

Como vimos ao longo desta exposição, a reestruturação societária busca, entre outros propósitos empresariais, a redução da carga tributária, através da utilização de meios lícitos e da coincidência entre a *intentio facti* e a *intentio iuris*. A redução da carga tributária não consiste em única motivação para a total reorganização das empresas do grupo no Brasil. Portanto, entendemos tratar-se de caso de elisão fiscal, de natureza intrinsecamente lícita, constituindo negócio não sujeito à descaracterização.

Ainda assim, frisamos, a norma contida no artigo 116 § único do Código Tributário Nacional – CTN possui natureza antidissimulação e não anti-elisiva, posto que a elisão, como vimos é forma de economia fiscal

absolutamente lícita, não ensejando sua descaracterização.

Não obstante, a aplicação da referida norma, ainda que pretendida, somente poderia dar-se através do Poder Judiciário, uma vez que a mesma pende ainda de regulamentação, e o agente fiscal, enquanto aplicador da lei, não detém poderes para desconsiderar negócios jurídicos, sob pena de aniquilar-se a segurança jurídica e a liberdade negocial.

“11 – A realização da operação, entre empresas do mesmo Grupo poderia, só por esta razão, de alguma forma, ser caracterizada como simulação?”

As operações entre empresas do mesmo grupo societário ensejam maior atenção dos agentes fiscais por refletir situação facilitadora de planejamentos ilícitos, fraudulentos. Todavia, este argumento não é suficiente para a caracterização de operação simulada, sob o escudo de todos os fundamentos aqui elencados.

A simulação, como vimos, consiste na realização de ato aparente para fingir situação inexistente (simulação absoluta) ou encobrir situação real diversa (simulação relativa). Na hipótese de planejamento ora analisada, o ato jurídico realizado refletirá a real intenção das partes, e, por conseguinte, não há como se falar em simulação.

“12 – A operação em questão, poderia, de alguma forma, ser tratada como operação ilícita, sob os argumentos de que ao final haverá benefício fiscal decorrente de amortização do ágio?”

Direito Tributário – Temas Atuais
Sacha Calmon Navarro Coelho
(Publicada na Revista Dialética de Direito Tributário nr. 135)

Não. Os meios utilizados para aproveitamento da dedutibilidade do ágio decorrente da aquisição de investimento decorrem de expressa previsão legal e atendem a todos os fundamentos e pressupostos do fato gerador dos tributos. A reorganização societária em questão contempla propósitos empresariais relevantes e utiliza medidas não só não coibidas, como expressamente permitidas em lei, para o aproveitamento de economia fiscal.

Este é o parecer.