

## Carf não guia contribuinte sobre ágio, criticam conselheiros

A possibilidade do aproveitar o ágio gerado na incorporação de empresas para reduzir a tributação com o Imposto de Renda e a Contribuição Social sobre Lucro Líquido das empresas é uma incógnita. E nem mesmo o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais — órgão do Ministério da Fazenda responsável por julgar processos administrativos fiscais — parece ter a solução. Isso porque as decisões estão muito ligadas a casos concretos e, até em casos idênticos, há conclusões contraditórias, a depender da turma julgadora. Sendo assim, nem mesmo a Câmara Superior do conselho, com o dever de uniformizar a jurisprudência, consegue dar respostas para quem quer saber: o que se pode e o que não se pode fazer.



DIVULGAÇÃO

As impressões são dos próprios julgadores do Carf e de

advogados presentes a seminário que ocorreu na última semana em São Paulo. Organizado pelo Instituto Cidadania Tributária (ICT), o evento reuniu cerca de 200 pessoas no primeiro dia.

Uma das palestras discutiu a natureza jurídica do ágio previsto na Lei 9.532/1997 e se essa definição faz diferença no seu aproveitamento para dedução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. A lei foi criada para estimular as privatizações no país — principalmente as da área de telefonia — ao permitir que empresas que fizessem boas ofertas nos leilões de empresas públicas pudessem deduzir dos tributos a pagar nos cinco anos posteriores à compra o excedente pago em relação ao valor contábil que a companhia efetivamente tinha.

Como a lei não especificou prazo nem destino dessa vantagem fiscal, hoje ela pode ser utilizada em qualquer incorporação empresarial. O ágio é formado pela diferença entre o valor de mercado e o valor contábil dos ativos. E é composto pela expectativa de rentabilidade futura da empresa a ser comprada, pelo fundo de comércio — como pontos de venda, por exemplo — e pelos bens intangíveis. Mas a Lei 9.532 só autoriza a dedutibilidade do ágio para fins fiscais em relação ao valor da rentabilidade futura. E esse cálculo deve ser avalizado por laudo de uma auditoria.

Muitas autuações fiscais, no entanto, têm glosado deduções feitas pelas empresas. Um dos motivos principais é o uso das chamadas “empresas-veículo” — quando uma empresa B recebe o investimento da empresa A e compra uma empresa C, para logo depois deixar de existir, entregando a A o ágio



acumulado nas duas operações. Para o Fisco federal, se uma empresa é criada e extinta em pouco tempo, e durante sua existência participa de uma triangulação como essa, fica evidente que sua função foi a de apenas criar um ágio fictício. Também costumam causar anulação das deduções laudos de avaliação sem assinatura ou feitos após o negócio, e não no mesmo período que ele.

Dentre todos os motivos que podem levar à anulação de dedução de ágio, o mais polêmico é o de que a incorporação se deu entre empresas do mesmo grupo — ou seja, que têm, direta ou indiretamente, os mesmos sócios. O chamado “ágio interno” é demonizado pelos auditores fiscais, e defendido por tributaristas especializados em planejamentos fiscais.

“É preciso tomar cuidado com a satanização de termos. Quem disse que incorporação feita dentro de um mesmo grupo não tem propósito negocial?”, questionou o advogado **Maurício Pereira Faro**, do escritório Barbosa, Müssnich & Aragão Advogados, que também é julgador no Carf. Ele lembrou que a Receita Federal, em diversas autuações, afirma que a criação de uma empresa e sua participação na operação societária não teve outro objetivo senão o de diminuir a tributação. Falta-lhe, para o Fisco, o chamado “propósito negocial”. “A fiscalização busca respostas simples para coisas complexas”, completou.

Para outro conselheiro do Carf, **Antonio Carlos Guidoni Filho**, do escritório Vella Pugliese Buosi e Guidoni Advogados, o Fisco, ao analisar as operações, distende a interpretação das normas para anular o benefício. “As discussões usam conceitos ainda não bem definidos no Direito brasileiro, como fraude à lei e abuso de direito. Às vezes, nem mesmo o próprio auto de infração é claro em relação a essas definições”, criticou.

Guidoni afirmou que o Carf falha ao não oferecer uma parametrização de regras e procedimentos ao contribuinte. “A jurisprudência não uniformiza critérios. Hoje, é lotérico, mas o Carf deveria dar parâmetros, não apenas solucionar processos”, apontou. Um dos exemplos que citou foi o do entendimento do Fisco sobre a duração que uma empresa deve ter de vida para não ser considerada um mero veículo para gerar ágio. “O que é ‘curta duração’? Isso é subjetivo para os conselheiros. Um mesmo caso pode tanto ter a autuação rejeitada quanto levar o administrador para a cadeia. Há insegurança.”

Ele mencionou decisões antagônicas não só sobre o mesmo assunto, mas também sobre a mesma operação societária — e dadas pelo mesmo colegiado. “Em privatizações, o Carf costuma aceitar a dedutibilidade do ágio. O caso da compra do Banespa pelo Santander foi a única exceção”, disse. Em 2011, a 2ª Turma da 4ª Câmara da 1ª Seção do Carf declarou legítimo o aproveitamento de ágio de R\$ 7,5 bilhões pelo banco espanhol, gerado na compra, em 2000, do Banco do Estado de São Paulo. O Fisco cobrava R\$ 4 bilhões em tributos não pagos entre 2002 e 2004.

Neste ano, porém, a 2ª Turma voltou a julgar a mesma operação, mas dessa vez em relação a período de apuração diferente. E considerou indevida a amortização de R\$ 1,15 bilhão das bases de cálculo do IR e da CSLL de 2006 e 2007. Ou seja, a mesma operação foi declarada válida para um período e inválida para outro, sendo que a única diferença entre os dois casos foi a formação da turma que julgou a ambos. “O conselheiro tem que perceber que tem a obrigação de dar a visão da administração tributária sobre aquele fato”, acrescentou Maurício Faro.

“Os autos de infração questionam os propósitos societários das operações que geraram o ágio. Mas a possibilidade de mudança societária nasceu justamente para que se pudesse aproveitar benefícios fiscais na privatização, que se pudesse reaver parte do que foi ofertado nos leilões. Como, agora, a Receita questiona esse objetivo?”, questionou o também conselheiro **Leonardo Mussi**, sócio do Mussi, Sandri & Pimenta Advogados.

Maurício Faro acrescentou que o artigo 170 da Constituição Federal garante a livre iniciativa das empresas, o que envolve liberdade econômica e discricionariedade do negócio — o “poder de gestão”.

Crítico da falta de uma jurisprudência que sirva como guia ao contribuinte, Antonio Carlos Guidoni arriscou uma definição útil: “O que se questiona não é se houve ou não ágio, mas quem é o real adquirente da empresa incorporada. Não é a empresa veículo quem adquire. E o Fisco admite, sim, o ágio, quando a empresa A incorpora a empresa C, alvo do investimento. E desconsidera quando o ágio é formado na compra de B por A, porque o investidor sempre foi A.”

Guidoni afirmou ainda que, embora a Lei 9.532 preveja apenas o prazo mínimo para a amortização do ágio acumulado — 60 parcelas mensais —, caso o prazo previsto para que a rentabilidade futura do investimento seja realizada, a amortização deve ocorrer em tempo equivalente.



**Infração qualificada**

Os palestrantes também discutiram as multas agravadas de até 150% dos recolhimentos devidos acrescentadas pelo Fisco nos autos de infração. Segundo a tributarista **Mary Elbe Queiroz** (foto), é comum as turmas julgadoras do Carf reduzirem as multas por não entenderem ter havido simulação nas operações que geraram as autuações. “Ora, se não houve simulação, o negócio é legítimo e todo o auto de infração deve ser anulado”, questionou.



Guidoni concordou. “Desqualificar a multa hoje é como um prêmio de consolação. Esses julgados são contraditórios”, afirmou. “Sou binário. Mantenho o auto e a multa qualificadora quando não há geração de riqueza ou real alienação de participação. Ou bem a Fazenda está correta, ou está correto o contribuinte. Não tem meio termo.”

Maurício Faro lembrou que muitas autuações levadas a julgamento de sua Turma envolviam agravamento da multa em 150%, punição máxima que, na maior parte dos casos, tem caído. “Na minha opinião, a multa de 150% só é possível se houver dolo, fraude ou uso de interposta pessoa”, disse. Faro é membro titular, representante dos contribuintes, da 1ª Turma da 4ª Câmara da 1ª Seção do Carf. Quanto à decadência das cobranças, ele também afirmou que o Fisco pode glosar o ágio acumulado nos últimos cinco anos mesmo se a operação societária ocorreu antes disso. Mas revelou ter dúvidas em relação à aplicação de multa qualificada nesses casos.

*[Notícia alterada em 3 de junho de 2014, às 12h56, para correção de informações.]*

**Date Created**

03/06/2014