

3

Aspectos tributários e societários nas operações de fusão e aquisição no Brasil

3.1.

Planejamento tributário, evasão e elisão fiscais

Assim como as empresas americanas, as companhias brasileiras também buscam a eficiência financeira em seus negócios e, portanto, utilizam o planejamento tributário como ferramenta, tendo como principal objetivo a agregação de valor para os acionistas.

Além disso, da mesma forma que as autoridades questionam a legalidade do planejamento tributário nos EUA, no Brasil, este tipo de questionamento é comum, principalmente pelo público leigo, devido à concepção de que planejamento tributário é sinônimo de fraude fiscal. Assim, cabe em primeiro lugar, entender como nasce a obrigação de pagar tributos dentro do ordenamento jurídico brasileiro para, posteriormente, definir-se o que é planejamento tributário.

Amparado pelo artigo 150 da Constituição Federal (1988), os entes da federação não podem aumentar ou cobrar tributos sem lei que os estabeleça. Porém, não basta previsão legal sobre a criação do tributo. O instrumento jurídico também tem que prever todos os elementos necessários para a sua incidência, tais como hipótese de incidência, base de cálculo, alíquota, sujeito passivo, hipótese de exclusão, suspensão e extinção do crédito tributário, além dos demais aspectos elencados no art. 97 do Código Tributário Nacional (1966).

Dessa forma, o contribuinte pode planejar suas atividades econômicas antes da concretização da hipótese de incidência, buscando evitar, postergar ou diminuir o valor devido ao erário público, o que, no mundo jurídico, é denominado de elisão fiscal. Caso o contribuinte tome medidas visando pagar menos tributos, após a concretização da hipótese de incidência, também chamado de fato gerador, ficará caracterizada uma fraude fiscal, também denominada de evasão fiscal, sujeitando-se as penalidades legais cabíveis.

Tendo em vista o exposto, planejamento tributário, na concepção de Alves (2003), representa:

“(...) um conjunto de medidas e atos tomados pelo contribuinte no sentido de organizar sua vida econômico-fiscal a fim de possibilitar que a gama de negócios, investimentos e lucros desta pessoa jurídica sofram, dentro da esfera da legalidade, a menor carga tributária possível”.

Mariz de Oliveira (2003) vai mais além quanto à legalidade e a ética do planejamento tributário:

"Diria, e nesse ponto tenho uma posição peculiar, que o direito nasce, em primeiro lugar e fundamentalmente, do direito de propriedade. Considerando-se que o tributo seria uma espécie de agressão à propriedade privada – e ninguém discute que a propriedade privada é um bem garantido pela Constituição em mais de um artigo, estando elencada no artigo 5º como um direito individual tão importante quanto a garantia à vida. No prisma estritamente jurídico, o direito à propriedade está relacionado junto a diversos outros direitos fundamentais.

(...)

O confisco é a subtração imotivada do patrimônio e propriedade individual. O tributo, por sua vez, é motivado pelo fato gerador previsto na lei de acordo com a competência constitucional. Quer dizer, são situações em que a própria Constituição autoriza o Poder Público a se apossar de parte do patrimônio individual, se o contribuinte tiver praticado o fato gerador. O artigo 114 do Código Tributário Nacional, dentro desta linha, afirma que o fato gerador é aquela situação necessária e suficiente à ocorrência da obrigação tributária. De tal forma que, se não se configurar essa situação necessária e suficiente, não há fato gerador e não há obrigação tributária. O que distingue o tributo do confisco é exclusivamente a liberdade que o indivíduo tem de praticar ou não o fato gerador. Se fossemos obrigados, por exemplo, a aplicar nosso dinheiro no mercado financeiro para pagarmos IOF (Imposto sobre Operações Financeiras), CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras) ou Imposto de Renda, não teria necessidade de se prever fatos geradores. Bastaria o Fisco impor que o contribuinte entregue parte de seu patrimônio. Se formos tangidos, obrigatoriamente, a praticar o fato gerador, deixaríamos de ser um cidadão livre para sermos escravos ou servos do Estado, supridores inevitáveis das necessidades estatais. "

Na prática, o que se observa são dois tipos de elisão fiscal, a que é induzida pelo ente tributante como instrumento de política econômica e a proveniente de “brechas” que o legislador cria ao elaborar as leis.

Como exemplo do primeiro caso, a Lei 9.532 (BRASIL, 1997), em seus artigos 7º e 8º, permite a dedução da amortização fiscal do ágio na cisão, fusão ou incorporação de empresas, desde que a empresa incorporada ou incorporadora já tenham participações acionárias adquiridas com ágio ou deságio.

Já como exemplo do segundo caso, tem-se algumas aquisições com incorporação reversa, onde a empresa controlada, com prejuízo fiscal acumulado,

absorve o patrimônio da controladora, não perdendo dessa forma a possibilidade de aproveitamento do seu prejuízo fiscal acumulado. Isso ocorre porque o art. 514 do Decreto 3.000 (BRASIL, 1999) proíbe que seja aproveitado o prejuízo fiscal acumulado da sucedida em casos de fusão e incorporação, o que vai de encontro à própria definição de fusão e incorporação estabelecida em lei, onde a pessoa jurídica resultante da operação é sucessora de todos os direitos e obrigações da sucedida.

3.2.

Fato gerador, base de cálculo e alíquotas do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL)

O Código Tributário Nacional (CTN) (BRASIL,1966), em seu art. 43, determina que o fato gerador do IRPJ é a aquisição de disponibilidade econômica e jurídica da renda e dos proventos de qualquer natureza. O art. 219 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR) (BRASIL, 1999) esclarece que a base de cálculo pode ser o lucro real, presumido ou arbitrado, apurado no período.

Para Luiz Emygdio (2005), a diferença entre lucro real, presumido e arbitrado é:

- a) lucro real: corresponde ao acréscimo patrimonial efetivamente ocorrido no patrimônio da empresa, aferido através da apuração de resultado do exercício em conformidade com a legislação comercial, ajustado por adições, exclusões e compensações permitidas pela legislação fiscal, representando a regra geral para a apuração do imposto;
- b) lucro presumido: opção oferecida ao contribuinte que não está obrigado à apuração do imposto com base no lucro real, onde a apuração se dá através da aplicação de coeficientes legalmente definidos sobre a receita bruta anual, de acordo com a natureza da atividade desenvolvida pela empresa, observados os parâmetros descritos nos arts. 25 e 26 da Lei 9.430 (BRASIL,1996);
- c) lucro arbitrado: aplicado somente quando se configura alguma das ocorrências elencadas no art. 530 do RIR (BRASL, 1999), que versa sobre o descumprimento da legislação fiscal do imposto de renda.

Atualmente, a alíquota de IRPJ é de 15%, com um adicional de 10% para o lucro que exceder R\$ 240 mil por ano.

Em relação à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), a previsão legal está no art. 195 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), e foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 7.689 de 1988. Segundo a Lei 8.981 (BRASIL, 1995), essa contribuição segue as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas no IR e incidirá a alíquota de 9% sobre a base de cálculo.

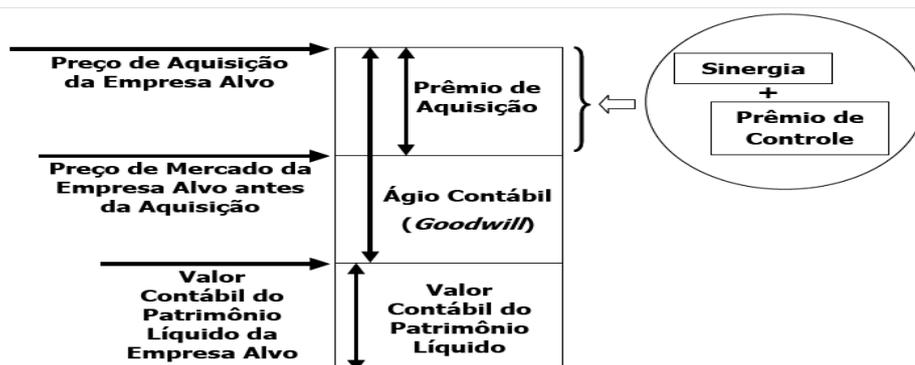
3.3. Planejamento tributário antes e depois da Lei 11.638 de 2007

No Brasil, os investimentos permanentes em empresas controladas, coligadas e equiparadas a coligadas devem ser avaliados pelo método de equivalência patrimonial (BRASIL, 1996). Este método corresponde à aplicação do percentual de participação que a investidora tem no capital social da investida sobre o patrimônio líquido da investida.

No momento da aquisição de investimento que caracterize a mudança de controle da empresa alvo, a investidora deve registrar ágio ou deságio, sendo estes respectivamente conceituados como a diferença, a maior ou a menor, entre o custo de aquisição do investimento e o valor do investimento após a equivalência patrimonial.

Segundo ainda a Instrução CVM 247/96, os fundamentos econômicos do ágio ou deságio podem ser a diferença entre o valor contábil e o de mercado do investimento ou a expectativa de resultado futuro, também chamado de *goodwill*. O primeiro deve ser amortizado na proporção da amortização, exaustão, alienação ou perecimento do ativo que lhe deu origem, registrado no patrimônio da controlada. O segundo deverá ser amortizado na proporção dos resultados projetados, baixa por alienação ou perecimento.

Figura 1: Composição do valor de uma empresa



Fonte: Adaptado de Damodaran (2002).

Esse mesmo assunto recebeu atenção da Receita Federal do Brasil (RFB), no art. 385 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99) com atenção especial dada ao ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, que foi desmembrado e deu origem ao inciso III, conforme disposto a seguir:

- “I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
 II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;
 III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.”*

No entanto, segundo o art. 391 do RIR/99, a amortização do ágio ou deságio só será computada na apuração do IRPJ e CSLL quando da alienação do investimento para que seja apurado o ganho ou perda de capital.

Alternativamente, o art. 386 permite a amortização do ágio ou deságio para fins fiscais, quando há uma operação de fusão, cisão ou incorporação entre empresas dentre as quais já exista participação societária adquirida com ágio ou deságio, segundo os fundamentos econômicos anteriormente mencionados.

Nestas modalidades de reorganização societária, se o ágio for proveniente da diferença entre o valor contábil e o valor de mercado de bens do ativo da controlada ou coligada, no ato da fusão ou incorporação, ele será registrado juntamente com o bem que lhe deu origem. Dessa forma, o valor da parcela de depreciação do bem será aumentado, o que promoverá uma economia fiscal para a empresa.

Caso o ágio seja proveniente da expectativa de rentabilidade futura da empresa controlada e coligada fusionada ou cindida, este poderá ser amortizado, no máximo, à razão de 1/60 avos para cada mês de apuração do lucro real. No entanto, se o contribuinte quiser amortizá-lo em um período maior, pode fazê-lo, mas não deve ultrapassar 10 anos.

Entretanto, o fisco não permite a amortização fiscal do ágio cujo fundamento econômico seja o fundo de comércio, intangível ou outras razões econômicas. As companhias devem registrá-lo no ativo permanente e deduzi-lo da apuração do IRPJ e CSLL somente quando da alienação do investimento que lhe deu origem.

Em relação ao deságio, a legislação do IRPJ e a da CSLL determinam que a amortização deve ser feita, no mínimo, em 1/60 avos por mês.

Além disso, Higuchi e Higuchi (2008) salientam que o Conselho do Contribuinte, órgão administrativo que julga questões tributárias, só permite a amortização fiscal do ágio gerado na aquisição de participação societária de concessionária de serviço público pelo prazo de concessão do mesmo, pois este foi calculado levando-se em conta o prazo desta concessão.

Tendo em vista a atual legislação tributária, muitas empresas utilizam-se de uma estrutura de planejamento tributário denominada “incorporação reversa” ou “incorporação às avessas”, onde a controladora, que detém participação acionária adquirida com ágio, tem seu patrimônio incorporado pela controlada, o que promove a dedutibilidade desse ágio na sua apuração do IRPJ e CSLL. Inicialmente, este tipo de operação foi feita pelas empresas vencedoras dos leilões de privatização promovidos pelo governo na década de 90, mas, posteriormente, todos os setores da economia nacional passaram a utilizá-la, devido à economia fiscal que proporciona às empresas que a praticam. Um exemplo de utilização desse modelo ocorreu na aquisição da Fundação dos Economiários Federais – FUNCEF pela CNP Assurances S/A – *Caisse Nationale de Prévoyance*.

Em 1996, o Conselho Monetário Nacional – CMN – editou a Resolução CMN 2.324/96 (BACEN), determinando que as entidades privadas de previdência privada não poderiam deter ações de uma mesma companhia que representasse mais de 20% do capital votante ou capital total. A Resolução também deu um prazo de três anos para as empresas se adequarem.

Segundo Santos (2004, p.10), a alienação da participação societária que a FUNCEF tinha na companhia Caixa Seguros foi feita por leilão, cujo vencedor foi a CNP, através de sua filial CNO Brasil. O custo da operação foi de R\$ 1.065 milhões e a empresa francesa pagou um ágio de R\$ 908 milhões.

Em 21 de dezembro de 2001, a assembléia de acionistas aprovou o protocolo de incorporação da CNP Brasil, o que gerou um benefício fiscal previsto com a amortização do ágio pela expectativa de resultados futuros de, aproximadamente, R\$ 286 milhões, aproveitados em sete anos.

Com o processo de uniformização entre as práticas contábeis adotadas no Brasil e as internacionais, a partir de 2008, ocorrerão algumas mudanças na contabilização de operações de reorganização societária, o que traz incertezas quanto à tributação. Primeiramente, os investimentos feitos entre empresas de grupos distintos, empresas independentes, que resultem em mudança de controle ou em constituição de uma empresa coligada ou *joint venture*, deverão ter como base ativos e passivos avaliados a valor justo (COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS, 2008).

“Art. 226. (...)”

“§ 3o Nas operações referidas no caput deste artigo, realizadas entre partes independentes e vinculadas à efetiva transferência de controle, os ativos e passivos da sociedade a ser incorporada ou decorrente de fusão ou cisão serão contabilizados pelo seu valor de mercado. (Incluído pela Lei nº 11.638, de 2007)”.(BRASIL, 2007)

Sendo assim, a empresa investidora registrará o ágio proveniente da diferença entre o valor de mercado do bem da investida e seu respectivo valor contábil, juntamente com a conta que registra o investimento e, à medida que a empresa investida for depreciando, amortizando, exaurindo ou realizando o ativo que deu origem ao ágio, a investidora registrará, concomitantemente, a amortização do ágio na conta que registra o investimento, em contrapartida da conta de equivalência patrimonial, no resultado do exercício do período.

Já o investimento que gerar ágio cujo fundamento econômico é a expectativa de rentabilidade futura deve ser registrado destacado da conta que registra o investimento, mas não deve ser amortizado, pois se entende que é um ativo que tem vida útil indeterminada. No lugar da amortização em parcelas constantes ao longo do tempo, o montante do ágio será ajustado caso o teste de verificação do valor recuperável do ativo indique uma desvalorização, afetando

assim a conta investimento, no ativo da investidora, e como contrapartida o resultado de equivalência patrimonial.

Com a publicação da Deliberação CVM 527 (2007), as companhias abertas serão obrigadas a realizar um teste para verificar a necessidade de reduzir o valor dos ativos a seus valores recuperáveis, sendo este o maior valor entre o valor líquido de venda e o valor de uso. Ainda, segundo a Deliberação, entende-se por valor de uso o fluxo de caixa futuro estimado do ativo, trazido a valor presente.

“Uma unidade geradora de caixa à qual houve alocação de ágio pago por expectativa de rentabilidade futura (goodwill) deverá ser anualmente testada para verificar a necessidade de redução ao valor recuperável e sempre que houver uma indicação de que a unidade poderá estar desvalorizada, comparando-se seu valor contábil, incluindo o ágio (goodwill), com o valor recuperável da unidade. Se o valor recuperável da unidade ultrapassar seu valor contábil, a unidade e o ágio (goodwill) alocado àquela unidade deverão ser considerados como não estando desvalorizados. Se o valor contábil de uma unidade ultrapassar seu valor recuperável, a entidade deverá reconhecer a perda por desvalorização de acordo com o item 99”. (CVM, 2007)

Se o resultado do teste indicar que o valor contábil do ativo é maior que o valor recuperável, a parcela de desvalorização deve ser lançada no resultado do exercício da companhia, impactando a conta que registra o investimento e/ou o ágio na investidora.

Em relação aos investimentos feitos com deságio, segundo o Pronunciamento Técnico CPC 15, independente do fundamento econômico que lhe deu origem, este será lançado diretamente no resultado do período, na conta de equivalência patrimonial.

Nas hipóteses de reorganização societária entre entidades independentes, também chamada na literatura contábil de combinação de negócios, tais como fusão, incorporação ou cisão, os ativos e passivos da empresa adquirente e da empresa adquirida devem ser avaliados a valor de mercado e o ágio proveniente da diferença entre o valor de mercado (ou valor justo do ativo) e o valor contábil, deve ser registrado como custo do ativo correspondente. Já o ágio originário da expectativa de rentabilidade futura deve permanecer destacado na contabilidade da adquirente, não devendo ser amortizado.

Sob a ótica tributária, até o fim desta pesquisa, as autoridades competentes não alteraram o tratamento fiscal atual dispensado às operações de reorganização societária, mas sinalizaram com a possibilidade de aumento da carga tributária.

Sendo assim, os investimentos adquiridos com ágio, independentemente do fundamento econômico que lhes deram origem, bem como seus ajustes, serão lançados no resultado de equivalência patrimonial e este não afetará o cálculo do IRPJ e da CSLL. Nada mudará, pois a legislação fiscal atual determina que a amortização do ágio não seja dedutível da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, assim como o deságio não seja tributável.

Em relação às operações de reorganização societária em que a investidora já tenha participação adquirida com ágio, se este tiver como fundamento econômico a expectativa de resultados futuros, continuará sendo dedutível da base de cálculo do IRPJ e da CSLL em, no mínimo, em 1/60 avos, o que exigirá das companhias a elaboração de uma contabilidade somente para fins fiscais.

E a respeito do ágio cujo fundamento econômico é a diferença entre o valor de mercado do bem e seu valor contábil, este será somado ao custo do bem e será realizado de acordo com a amortização do ativo que lhe deu origem, sendo estas parcelas dedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, como acontecia anteriormente.

Cabe destacar que, se por um lado a orientação contida no § 7º do art. 177 da Lei 11.638 de 2007 impede o aumento de carga tributária proveniente dos ajustes necessários para a harmonização das práticas contábeis e reforça a existência de uma contabilidade distinta da societária, por outro, não impede mudança de tratamento fiscal para as operações futuras, trazendo, desta forma, insegurança para as companhias brasileiras.

Em comparação com o que acontece nos EUA, a diferença de tratamento entre a contabilidade fiscal e a societária é comum. Um exemplo disso é o tratamento dado ao ágio não identificável, também conhecido como *goodwill*. Na contabilidade societária americana, este ágio não é amortizável e sofre o teste de recuperabilidade (*impairment*), mas para fins fiscais, ele é amortizável em 15 anos. Esse é um instrumento utilizado pelo governo americano para fortalecer as empresas e, conseqüentemente, a economia daquele país.

Outra estrutura de planejamento tributário que poderá ser afetada pela harmonização da contabilidade brasileira é a permuta de ativos. Até a edição da

Lei 11.638 de 2007, que alterou a Lei 6.404 de 1976, a legislação societária não obrigava a contabilização dos ativos e passivos a valor de mercado quando ocorria uma reorganização societária entre empresas independentes. Em se tratando de operações realizadas entre empresas do mesmo grupo econômico, onde a operação não muda o grupo de controle, esse tipo de tratamento era e ainda é adotado internacionalmente. No entanto, a adoção dessa mesma prática para operações onde existia mudança de controle não estava em consonância com a técnica adotada na Europa e nos EUA.

Esse fato, porém, permitia que as empresas brasileiras realizassem as operações de reorganização societária sem acréscimo patrimonial, e dessa forma, também não havia a incidência de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) nem de Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL), promovendo economia fiscal para as empresas envolvidas.

No entanto, os valores de mercado das companhias envolvidas eram utilizados para o estabelecimento da relação de substituição das ações, o que evitava possíveis prejuízos para as partes envolvidas.

Dessa forma, essas operações sempre estavam suportadas por um laudo de avaliação dos ativos e passivos a valor contábil e outro em que os mesmos eram avaliados a valor de mercado, servindo para estabelecer a relação de substituição de ações entre as partes envolvidas.

Com o §3º do art. 226 da Lei 11.638 (BRASIL, 2007), o legislador uniformiza as práticas contábeis nacionais com as internacionais, mas possibilita que a Receita Federal do Brasil (RFB) “feche a porta” para uma das formas de planejamento tributário comumente utilizada em operações entre empresas de grupos econômicos distintos, aumentando assim a arrecadação aos cofres públicos.

Há ainda outro tipo de operação praticado comumente pelas empresas, mas que não será afetada pela harmonização contábil brasileira. É a incorporação reversa, na qual a controlada possui um grande prejuízo fiscal e, para acelerar seu aproveitamento, incorpora sua controladora, uma empresa lucrativa. Isso ocorre, pois, atualmente, a legislação fiscal permite que até 30% do lucro obtido no período seja compensado com prejuízos fiscais acumulados, o que causa uma ineficiência tributária, pois a controladora continua com a mesma carga tributária e a controlada paga mais tributo do que deveria.

Sousa e Marques (2003) dão um exemplo desse tipo de operação, ocorrida entre a USIMINAS e a COSIPA em 1998. Naquele ano, o setor siderúrgico brasileiro passava por um momento de consolidação. Em 1993, a Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais – USIMINAS, havia adquirido a Companhia Siderúrgica Paulista – COSIPA no processo de privatização promovido pelo governo brasileiro. No entanto, devido aos constantes prejuízos apresentados pela COSIPA, a controladora decidiu fazer uma reestruturação societária para aproveitar R\$ 3,1 bilhões de IRPJ e CSLL acumulados, ativos que não tinham previsão de ser aproveitados. A operação foi concretizada em 1999 depois de o Ministério Público Federal ter se pronunciado, pois a União detinha 16,81% do capital total da COSIPA. Nesse mesmo ano, a USIMINAS aproveitou os créditos fiscais acumulados e deixou de pagar, aproximadamente, R\$ 809 milhões de IRPJ e CSLL.

Segundo a pesquisa realizada por Sousa e Marques (2003), a COSIPA constituiu uma empresa denominada Nova COSIPA, através da cisão da COSIPA original. Esta incorporou a Nova USIMINAS, uma empresa criada somente para se realizar a transação.

3.4. Os riscos do planejamento tributário em reorganizações societárias

Assim como nos EUA, o Conselho de Contribuintes, órgão administrativo brasileiro que julga os processos fiscais, passou a levar em consideração não somente o cumprimento da legislação tributária nas operações de reorganização societária. Agora, a tendência é que leve em consideração também a essência econômica da operação. Dessa forma, estruturas criativas montadas apenas com o objetivo de economia fiscal correm o risco de serem desfeitas e o contribuinte incorrer no pagamento não só do tributo, mas também de juros e multa.

Um exemplo dessa nova tendência do Conselho de Contribuintes pode ser verificado no acórdão 101-96.066 de 29.03.2007, exarado pelo 1º Conselho de Contribuintes, 1ª Câmara, cujo objeto foi o pagamento de IRPJ e CSLL na venda de cotas do Banco Pactual, pelo ex-banqueiro Luiz Cezar Fernandes, para os demais sócios.

Luiz Fernandes elaborou uma estrutura em que constituiu uma empresa denominada Marambaia, cujo capital foi integralizado com 16.945.931 quotas da sociedade Pactual Participações Ltda., pelo valor de aproximadamente 10,5 milhões. Três dias depois, em 23/09/1999, emitiu 534 novas ações para a empresa Lidô Participações e Serviços Ltda., ao preço de cerca de R\$ 92,4 milhões. No dia seguinte, as empresas celebraram contrato de permuta de ativos, onde Marambaia deu as 16.945.931 quotas do Pactual Participações Ltda em troca de 534 ações.

Mesmo sem desrespeitar a legislação societária e a fiscal, o Conselho de Contribuintes entendeu que essa operação foi uma alienação de ações, sendo devido o pagamento de IRPJ e CSLL sobre o ganho de capital e utilizou como argumentos, entre outros, a grande diferença entre os preços dos ativos envolvidos, o preço das ações da Lidô foram quase nove vezes maior que as contas do Pactual, e o curto espaço de tempo para a realização de toda a operação, 1 dia (BRASIL, 2007).

No presente capítulo, o leitor pode analisar o impacto da harmonização da contabilidade societária brasileira à internacional em operações de aquisição, fusão, cisão e incorporação entre empresas de grupos econômicos distintos e onde há mudança de controle.

Posteriormente, verificou-se que até o presente momento, as autoridades brasileiras não conseguiram extinguir as incertezas do setor empresarial nacional quanto à possibilidade de aumento da carga tributária.

No único pronunciamento sobre a tributação após a edição da Lei 11.638/2008, a Medida Provisória (MP) 449 de 2008, o governo institui um Regime Tributário de Transição (RTT), que reforça a criação de uma contabilidade fiscal separada da societária, determina que os ajustes contábeis não terão impacto fiscal, mas determina também que, caso a medida provisória seja transformada em lei, esta só valerá até a edição de leis específicas que tratem da tributação.

“Art. 15. Fica instituído o Regime Tributário de Transição - RTT de apuração do lucro real, que trata dos ajustes tributários decorrentes dos novos métodos e critérios contábeis introduzidos pela Lei no 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e pelos arts. 36 e 37 desta Medida Provisória.

§ 1o O RTT vigorará até a entrada em vigor de lei que discipline os efeitos tributários dos novos métodos e critérios contábeis, buscando a neutralidade tributária.

(...)

Art. 16. As alterações introduzidas pela Lei no 11.638, de 2007, e pelos arts. 36 e 37 desta Medida Provisória que modifiquem o critério de reconhecimento de receitas, custos e despesas computadas na apuração do lucro líquido do exercício definido no art. 191 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, não terão efeitos para fins de apuração do lucro real da pessoa jurídica sujeita ao RTT, devendo ser considerados, para fins tributários, os métodos e critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007” . (grifo nosso) (BRASIL, 2008)

A insegurança aumenta quando se analisa o art. 40 da MP, que equipara operações de arrendamento mercantil financeiro a operações de crédito. Isso abre espaço para a incidência do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) sobre esse tipo de operação.

Há ainda a necessidade de distinguir o princípio da neutralidade tributária de possibilidade de aumento e diminuição de carga tributária. O princípio da neutralidade tributária proíbe o tratamento desigual entre contribuintes, o que influi na competitividade dos agentes econômicos, e exige respeito a sua capacidade contributiva. Já a possibilidade de aumento e diminuição da carga tributária é um atributo inerente ao governo e utilizado muitas vezes como forma de fortalecer determinados setores da economia em detrimento de outros.

O leitor também pode entender que as estruturas de planejamento tributário em operações de reorganização societária não objetiva apenas a economia fiscal, mas devem ter como essência aspectos econômicos outros, tais como a obtenção de maior fatia de mercado e a construção de vantagem competitiva. Caso o contribuinte opte por fazer operações apenas para economizar tributo, estará colocando em risco a companhia, que poderá ser penalizada, como mostrado no caso da venda de quotas da sociedade Pactual Participações Ltda.

No capítulo seguinte, serão abordados os aspectos tributários envolvidos em planejamento tributário em reorganizações societárias realizadas nos EUA.