

ESTABILIDADE JURÍDICA EM RISCO: JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO CARF SOBRE O TEMA DO ÁGIO NAS REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS EM FACE DE DECISÃO JUDICIAL*

André Mendes de Moura**

Marcos Aurélio Pereira Valadão***

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceito Contábil e Tributário; 3. Aproveitamento do Ágio como Despesa; 4. Hipótese de Incidência da Norma Tributária; 5. Operações sob Avaliação; 6. Decisão Judicial nos Embargos à Execução Fiscal Nº 5058075-42.2017.4.04.7100/RS; 7. Considerações Finais; 8. Bibliografia

Resumo: Vultosos valores de despesas a título de amortização de ágio aproveitadas por pessoas jurídicas chamaram a atenção da administração tributária dando origem a várias autuações fiscais. A despesa tem origem na aquisição com sobrepreço de investimento relativo a participação societária avaliado pelo método de equivalência patrimonial - MEP, e pode ser utilizada em momento posterior quando da incorporação, fusão ou cisão

* Artigo primeiramente publicado na Revista Fórum de Direito Tributário, Belo Horizonte, Brasil, n. 93, maio/junho 2018, p. 97-121, sob outro título. Trata-se a presente de versão atualizada em decorrência de decisão judicial recente sobre a mesma matéria.

** MBA em Tecnologia Aplicada (FGV - RJ, 1998); Mestrando em Direito Constitucional (IDP); Presidente da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF e Membro da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

*** Pós-Doutor em Direito (UNB, 2017); Doutor em Direito (SMU - EUA, 2005), Mestre em Direito Público (UnB, 1999), Especialista em Administração Tributária (UCG, 1992); MBA em Administração Financeira (IBMEC - DF, 1996); Professor e Pesquisador do Curso de Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB), Ex-Presidente da 1ª Seção do CARF.

envolvendo as empresas investidora e investida, nos termos da Lei nº 9.532, de 1997. Grupos econômicos elaboraram operações engenhosas, valendo-se de estruturas societárias com uma série de empresas controladas visando construir artificialmente a hipótese de incidência da norma. A jurisprudência administrativa do contencioso fiscal mostrava-se oscilante sobre o assunto, valendo-se de figuras jurídicas dotadas de alto teor de subjetividade. O presente estudo propõe-se a apresentar o critério adotado pela jurisprudência consolidada a partir de 2015 pela 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF, que conferiu maior objetividade e segurança jurídica às decisões. Porém, recentemente sobreveio decisão judicial que contraria a linha adotada pelo CARF, também objeto de análise científica neste estudo.

Palavras-Chave: Ágio, *Goodwill*, Direito Tributário, Sobrepreço, Mais valia, Lei nº 9.532/1997, Decreto-Lei nº 1.598/1977, MEP, Método de Equivalência Patrimonial, Participações Societárias, Grupo Econômico, CARF, CSRF, Contabilidade, Despesa, Amortização.

Abstract: High amounts of tax deductible expenses derived from goodwill amortization that were being used by legal entities drew the attention of the tax administration giving rise to several tax assessments. This type of tax expense arises from the acquisition of an overvalued investment related to the equity interest appraised by the equity method - MEP, and may be used at a later date when the merger, acquisition or business spin-off involving investees and investors, pursuant to Law No. 9,532 of 1997. Economic groups elaborated ingenious operations, using societal structures with a series of controlled companies aiming at artificially constructing a hypothesis of incidence of the tax norm. The administrative case law of the tax litigation used to be uncertain on this subject, by using legal figures endowed with

a high content of subjectivity. This study proposes a presentation of the criterion adopted by consolidated jurisprudence from 2015 onwards by the 1st Panel of the Superior Chamber of Tax Appeals of the CARF, which brought greater objectivity and legal certainty to decisions. However, there is a recent judicial decision that came up with a different position in regards to the line adopted by the CARF, which is also under scientific scrutiny in this paper.

Keywords: Goodwill, Tax Law, Overvaluation, Law 9.532/1997, Law 1.598/1977, MEP, Equity Method, Equity Holdings, Economic Group, CARF, CSRF, Accounting, Deductible Expense, Amortization.

1. INTRODUÇÃO



As autuações fiscais tratando sobre o ágio, contestando o aproveitamento da despesa, tem sido objeto de vários debates, tanto em razão dos substanciais valores de crédito tributário envolvidos, quanto por envolver a apreciação de reorganizações societárias de empresas que ocupam posição relevante no cenário econômico.

E no que consiste o ágio? Trata-se de um valor a maior que é pago por alguma coisa. O adquirente constata que determinado objeto vale mais do que o preço que sugere o senso comum. Eliseu Martins e Sérgio de Iudícibus mencionam como exemplo histórico o momento vivido pela sociedade brasileira no Plano Cruzado, na década de 1980. O congelamento de preços provocou um aumento do consumo. Ocorre que, por considerarem os preços de revenda defasados, vários fornecedores represaram as vendas. E enquanto aguardavam o fim do congelamento, comercializavam os produtos (dentro os quais a carne bovina e veículos) apenas mediante o pagamento de um

sobrepreço: o ágio.¹

Mas o sobrepreço pago sobre um determinado produto não necessariamente assume uma conotação negativa, como a vivenciada nos períodos de hiperinflação. Pelo contrário, no ambiente empresarial, a situação é comum, quando se trata, por exemplo, de operações envolvendo aquisições de participações societárias. As ações, ou quotas de uma sociedade empresária, a depender da expectativa de rentabilidade futura, das perspectivas de mudanças na economia, dentre outros fatores, podem ser adquiridas por um valor superior do que o avaliado pelo mercado. São transações regulares que envolvem o pagamento de um ágio na aquisição de determinada participação societária, por motivos devidamente fundamentados.

No final da década de setenta do século passado, foram editadas várias normas buscando uma modernização para o ramo empresarial. Em 1976, foi editada a Lei das S/A, em 1977 o Decreto-Lei nº 1.598, trazendo enfoque tributário ao tema, e no ano seguinte a Instrução Normativa nº 01 da Comissão de Valores Mobiliários, visando estabelecer padrões de contabilização, avaliação e documentação referentes a investimentos relevantes em empresas.

Fato é que a definição de ágio dada pelo Decreto-Lei nº 1.598, para fins fiscais, adotou um conceito distinto e mais amplo do que o dado pela literatura contábil (*goodwill*). De qualquer forma, prevaleceu o conceito fiscal, tendo hipóteses para o aproveitamento da despesa sendo introduzidas primeiro pelo mesmo Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, e posteriormente pela Lei nº 9.532, de 1997. Mais recentemente, foi editada a Lei nº 12.973, de 2014, no qual, dentre outras substanciais modificações, buscou-se uma aproximação entre os conceitos de ágio fiscal e de *goodwill*.

¹ MARTINS, Eliseu; IUDÍCIBUS, Sérgio de. Ágio interno - É um mito? In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES Alexandro Broedel. (Coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis: (Aproximações e Distanciamentos)*. v. 4, p. 83-103. São Paulo: Dialética, 2013, p. 83-85.

O sobrepreço pago no ramo empresarial, de valores vultuosos, passou a receber um tratamento específico pelo direito, com repercussões nos ramos contábil, civil, empresarial e tributário, com impacto na redução da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido.

Várias pessoas jurídicas, com base na legislação de regência, buscaram tirar proveito dos benefícios da dedução do ágio, muitas vezes empreendendo operações de reorganização societária bastantes engenhosas.

Ocorre que os valores substanciais das deduções apuradas chamaram atenção da Receita Federal, que passou a analisar as operações e, em muitas oportunidades, a não compartilhar da interpretação dada pelas empresas.

Nesse contexto, o presente estudo propõe-se investigar o conceito de ágio sob a perspectiva da legislação vigente, apresentar a jurisprudência que vem sendo consolidada no CARF - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, e verificar, sob uma perspectiva acadêmica, a decisão proferida pela 16ª Vara Federal de Porto Alegre, nos autos do processo nº 5058075-42.2017.4.04.7100/RS, tratando-se de decisão no âmbito do Poder Judiciário sobre o tema que reverteu a decisão da 1ª T. da CSRF do CARF, em caso que foi amplamente discutido.

A análise desenvolvida neste trabalho contempla os efeitos os efeitos da dedução do ágio decorrente de reorganizações societárias apenas para o imposto de renda sobre pessoas jurídicas - IRPJ, não tratando da contribuição social para o lucro líquido - CSLL, o que envolveria uma análise mais detalhada de outros aspectos da legislação tributária relativa a essa contribuição e demandaria uma abrangência não pretendida pelo presente texto.

2. CONCEITO CONTÁBIL E TRIBUTÁRIO

Atendo-se ao âmbito empresarial, o ágio é um

sobrepreço pago sobre o valor de um ativo (mercadoria, investimento, participação societária, dentre outros).

No escopo de uma transação envolvendo a aquisição de participação societária em uma empresa, pode-se dizer que o ágio é formado quando uma primeira pessoa jurídica adquire de uma segunda pessoa jurídica um investimento em valor superior ao seu valor patrimonial. Como exemplo, toma-se a empresa A que possui ações da empresa B, avaliadas patrimonialmente em 45 unidades. A empresa C resolve adquirir da empresa A as ações da empresa B, pagando o valor de 100 unidades.

No caso, considera-se o sobrepreço pago em razão da expectativa de resultados futuros a serem auferidos pelo investimento.²

Ocorre que os ramos contábil e tributário não convergiram sobre o método para se apurar o valor do ágio.

Iniciando-se pela ciência, ou técnica, contábil, o conceito de ágio é conhecido como *goodwill*, cuja origem reflete a própria evolução do empreendimento comercial. Na realidade, de acordo com Eliseu Martins et al. o conceito referia-se inicialmente à vantagem da localização e fidelidade dos clientes, e evoluiu para incluir os intangíveis que digam respeito ao nome, marca, qualidade gerencial, qualificação do corpo funcional, tecnologia, conhecimento, capital intelectual, que em sinergia geram potencialidades que geram expectativas positivas para o negócio.³

No mesmo artigo os autores discorrem sobre os erros conceituais na definição do *goodwill*, com base em extensa

² Cabe a observação porque a Lei nº 9.532, de 1997 (que remete ao art. 20 do DL 1.598/77, quando distingue os fundamentos econômicos do ágio), diferenciou o tratamento dos três tipos de ágio: mais valia (decorrente da valorização do valor de mercado de bens do ativo da investida), expectativa de rentabilidade futura e fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

³ MARTINS, Eliseu et al. *Goodwill: uma análise dos conceitos utilizados em trabalhos científicos*. Revista Contabilidade & Finanças, São Paulo, v. 21, n. 52, p. 0-25, jan. 2010.. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rcf/article/view/34310>>. Acesso em: 26 sep. 2017.

pesquisa em trabalhos científicos:

Um caso típico, na literatura contábil (...) (também chamado de *goodwill* ou ágio por expectativa de rentabilidade futura). O conceito de *goodwill*, referendado pela literatura contábil, é o montante de lucros futuros esperados acima da rentabilidade normal de uma empresa, mensurado pela diferença entre o valor da empresa e o seu patrimônio líquido avaliado a valores de mercado. Todavia, conceitos divergentes desse têm sido utilizados.

(...)

Para a operacionalização do estudo, foram analisados 138 trabalhos científicos nacionais e internacionais. Desse total, 47 apresentam, explicitamente, o conceito de *goodwill* e 18 deles mostram conceito divergente daquele referendado pela literatura contábil: *goodwill* é mensurado como sendo a diferença entre o valor total da empresa e seu patrimônio líquido avaliado a valores de mercado. A maioria das imprecisões conceituais encontradas refere-se ao cálculo do *goodwill* como sendo a diferença entre o valor de mercado (pago ou não) e o valor contábil do patrimônio.⁴

Observa-se que o *goodwill* é determinado pela diferença entre (1) o valor de mercado, ou seja, o valor pago, e (2) o valor do patrimônio líquido avaliado a preços de mercado - VPLm⁵.

Na realidade, consiste o *goodwill* em valor residual, essencialmente derivado da expectativa de lucros futuros que a participação societária poderá viabilizar no futuro.

⁴ Ibidem, p. 3-4 (itálicos no original).

⁵ Vale transcrever equação dada pelo artigo referido:

Por sua vez, a definição operacional, referendada pela literatura contábil, a ser utilizada nesta pesquisa é: *goodwill* é mensurado como a diferença entre o valor total da empresa e seu patrimônio líquido avaliado a valores de mercado (Equação 1):

$$GO = VME - VPLm (1)$$

Em que:

GO = *goodwill*;

VME = valor de mercado da entidade;

VPLm = valor do patrimônio líquido da entidade avaliado a preços de mercado, ou seja, com todos seus elementos constitutivos, ativos e passivos, já registrados contabilmente ou não, separáveis e viáveis individualmente, devidamente avaliados pelos seus valores individuais de mercado.

Ibidem, p. 8 (itálico no original).

Assim, tomando-se o exemplo da transação apresentada no início do tópico, a empresa A detinha participação societária na empresa B com valor patrimonial de 45 unidades. Quando a empresa C se propôs a adquirir a empresa B, o valor de mercado da empresa B (que se mostrou lucrativa) era superior ao valor patrimonial de 45 unidades. Apura-se o valor de mercado considerando-se os ativos tangíveis (como investimentos em imobilizado e estoques) e intangíveis da empresa (fundo de comércio, marca, expectativas de receitas). Adotando-se como valor de ativos tangíveis 15 unidades, e de ativos intangíveis 20 unidades, verifica-se que a empresa B tem um VPLM de 80 unidades (45 + 15 + 20).

Nesse sentido, o valor do *goodwill*, ou ágio, é apurado mediante a diferença em que a empresa C (adquirente) se propôs a pagar, 100 unidades, e o VPLM mensurado de 80 unidades da empresa B. O ágio contábil seria no valor de 20 unidades.

Fato é que o legislador tributário, ao tratar sobre o assunto, por meio do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, resolveu adotar um conceito jurídico próprio para o ágio.

No já mencionado artigo, Eliseu Martins et al. reconhecem a diferença, mas reputam a definição legal do Decreto-lei como uma “impropriedade conceitual”.⁶

Na redação original do art. 20 do Decreto-lei⁷, a

⁶ Ibidem, p. 9.

⁷ Toma-se como referência a redação original do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1997:

Art 20 - 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:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

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

contabilização do ágio decorrente da aquisição de participação societária predicava o desdobramento do custo de aquisição em duas partes: (1º) valor do patrimônio líquido na época da aquisição, e (2º) ágio resultado da diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido.

Contudo, ao se operacionalizar a dedução do ágio, a legislação tributária não falou sobre a atualização do patrimônio líquido da investida, no sentido de refletir os valores de mercado, como previsto na ciência contábil. Assim, a apuração da despesa seria mediante a diferença entre o custo de aquisição (100 unidades pagas pela adquirente, empresa C) e o valor patrimonial (contábil) da empresa B (45 unidades).

Ou seja, o ágio fiscal apurado seria no valor de 55 unidades. Registra-se que, sendo despesa passível de dedução, o tratamento conferido ao ágio fiscal foi extremamente favorável aos contribuintes, em relação à apuração contábil (que, como visto,

a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Vale dizer que a redação sofreu substancial alteração com a edição da Lei nº 12.973, de 14 de maio de 2014, no qual se processou a aproximação do conceito de ágio fiscal com o *goodwill*.

Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

II - mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput; e (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

III - ágio por rentabilidade futura (*goodwill*), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do caput.

[...]

seria de 20 unidades).

Diante de tal cenário, pode-se dizer que o conceito de ágio, para efeitos fiscais, alinhou-se a um conceito jurídico determinado pela legislação tributária.

3. APROVEITAMENTO DO ÁGIO COMO DESPESA

A edição do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, veio em momento histórico, no qual se buscou a edição de leis visando atualizar o direito empresarial. No ano anterior, em 1976, foi editada a Lei nº 6.404 (Lei das Sociedades por Ações), e no posterior, em 1978, foi editada pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) a Instrução Normativa nº 01, dispondo sobre normas e procedimentos para contabilização e elaboração de demonstrações financeiras relativas a ajustes decorrentes da avaliação de investimento relevante de companhia aberta em sociedades coligadas e em sociedades controladas.

Determinou-se que os investimentos relevantes em sociedades coligadas, e em sociedades controladas, deveriam ser avaliados pelo método da equivalência patrimonial (MEP)⁸. A principal característica da metodologia contábil consiste em permitir uma atualização dos valores dos investimentos em coligadas ou controladas com base na variação do patrimônio líquido. As variações no patrimônio líquido das empresas investidas (coligadas e controladas) passam a refletir na contabilidade da empresa investidora. Supõe-se uma controladora que detém 60% das ações da controlada. Assim, se uma controlada apurou lucros de 100 unidades na apuração do balanço anual, e esse resultado

⁸ Veja-se a redação do art. 248 da Lei nº 6.404, de 1.976:

Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes (artigo 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, e em sociedades controladas, serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido, de acordo com as seguintes normas:

[...]

foi integralmente alocado no patrimônio líquido, a controladora deve contabilizar por meio do MEP a valorização do investimento no montante de 60 unidades.

O artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, determinou que a empresa que viesse a adquirir participação societária de investimento avaliado pelo valor de patrimônio líquido (ou seja, pelo MEP) deveria contabilizar o custo da aquisição (valor pago no investimento) em (1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (2) diferença entre o custo da aquisição e o valor do patrimônio líquido, denominado pela legislação fiscal de ágio. Predicava ainda que o ágio em debate, com previsão dos resultados de exercícios futuros, deveria estar fundamentado com base em demonstração a ser elaborada pela empresa.

Também previa no art. 25⁹ do mesmo Decreto-lei que o ágio, se fosse amortizado contabilmente (crédito em conta de investimento e débito em conta de despesa, diminuindo o lucro da empresa), deveria ser adicionado para fins de apuração do lucro real. Ou seja, para fins fiscais, a despesa, em regra, não seria dedutível.

E, na sequência, tratou o Decreto-lei de dispor sobre as situações específicas em que o ágio poderia ser aproveitado pela empresa adquirente como despesa dedutível para fins fiscais. Na realidade, dispôs que tais situações seriam as previstas no artigo 33 (conforme redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.730, de 1979).

A hipótese tratava da alienação da empresa investida, no qual, na apuração do ganho da capital, a base de cálculo era o resultado da diferença entre o valor alienado e a somatória do valor do patrimônio líquido com o ágio pago na aquisição. Aproveitava-se, portanto, o valor do ágio, para reduzir a base de cálculo do ganho de capital.

⁹ Confira-se a redação do art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977 (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979) :

Art. 25. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.

Ocorre que várias empresas entenderam pela existência de uma outra hipótese, prevista no art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598/1977,¹⁰ , aplicável quando a investida era objeto de incorporação, fusão ou cisão. Tal interpretação foi alvo de controvérsias, tanto que foi o principal motivo para importante revisão na legislação sobre o assunto.

Isso porque supostamente autorizava a dedução, como perda de capital, na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital, do montante equivalente à diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado do investimento. A amortização do valor poderia se processar no prazo máximo de dez anos, ou seja, não se falava em prazo mínimo.

Diante de tal normatização, várias empresas incorreram em operações bastante questionáveis, no qual eram adquiridas empresas deficitárias com pagamento de ágio. Logo em seguida, processava-se a incorporação da empresa investidora pela investida, ou mesmo a chamada incorporação reversa, quando a empresa deficitária incorpora a empresa superavitária, com ágio.

A distorção era tão evidente que, conforme já dito, a legislação foi objeto de alteração, por meio da conversão da MP nº 1.602, de 1997 na Lei nº 9.532, de 1997, visando criar restrições ao aproveitamento indevido da despesa,¹¹ conforme

¹⁰ É a seguinte a redação do art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977:

Art. 34. Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas:

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos;

[...]

¹¹ Cf. Luís Eduardo Schoueri:

Anteriormente à edição da Lei nº 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em

contemplava os arts. 7º e 8º da Lei. A Exposição de Motivos da Medida Provisória trazia o seguinte esclarecimento:

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

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

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

hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.

O que ocorria, na prática, era a consideração de que a incorporação era, per se, evento suficiente para a realização do ágio, independentemente de sua fundamentação econômica.

(...)

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

(...)

Sendo assim, a partir de 1998, ano em que entrou em vigor a Lei nº 9.532/1997, adveio um cenário diferente em matéria de dedução fiscal do ágio. Desde então, restringiram-se as hipóteses em que o ágio seria passível de ser deduzido no caso de incorporação entre pessoas jurídicas, com a imposição de limites máximos de dedução em determinadas situações.

Ou seja, nem sempre o ágio contabilizado pela pessoa jurídica poderia ser deduzido de seu lucro real quando da ocorrência do evento de incorporação. Pelo contrário. Com a regulamentação ora em vigor, poucas são as hipóteses em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)*. São Paulo: Dialética, 2012, p. 66-68.

adoção exclusivamente por esse motivo.¹²

O Relatório da Comissão Mista que trabalhou na edição da medida provisória, arremata o assunto com precisão:

O artigo 8º altera as regras para determinação do ganho ou perda de capital na liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, quando agregado de ágio ou deságio. De acordo com as novas regras, os ágios existentes não mais serão computados como custo (amortizados pelo total), no ato de liquidação do investimento, como eram de acordo com as normas ora modificadas. (...) ¹³

A edição desta Lei ocorreu na mesma época do Programa Nacional de Desestatização (PND), razão pela qual existe entendimento de que a nova legislação sobre o ágio teria sido apresentada como um incentivo às privatizações. Contudo, como visto, não há qualquer menção ao assunto na Exposição de Motivos, que deixou claro, com todas as letras, que a motivação para o dispositivo foi um maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos que ocorriam pelo desvirtuamento do instituto do ágio.

Os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ao tratar do ágio criado em razão da expectativa de resultados futuros, predicaram que, em razão de evento de incorporação, fusão ou cisão, ocorrido entre investidor e investida, o ágio registrado nos termos do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977 poderia ser amortizado por um período mínimo de sessenta meses.

O que se observa é que a legislação tributária, naquele momento, não alterou a base de cálculo do ágio, mantendo-se a apuração com a diferença entre o custo de aquisição e o valor do patrimônio líquido à época da aquisição do investimento, mas, por outro lado, tratou de estabelecer que nos eventos de

¹² Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, p. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSes-sao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

¹³ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, p. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSes-sao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

incorporação, fusão ou cisão o aproveitamento seria por meio de amortização mediante um prazo temporal mínimo, de sessenta meses, não deixando mais espaço para interpretações que resultassem em aproveitamento integral da despesa decorrente do ágio em um único momento.

Em verdade, passou a valer, para fins fiscais, o aproveitamento do ágio mediante a ocorrência de duas hipóteses: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

Destaque-se que os eventos que autorizam o aproveitamento da despesa guardam correlação com a extinção da companhia (do investimento), previsto no art. 219¹⁴ da Lei das Sociedades Anônimas: (1) encerramento da liquidação e (2) incorporação, fusão e cisão com versão do patrimônio para outras sociedades.

4. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA NORMA TRIBUTÁRIA

A primeira hipótese para aproveitamento da despesa do ágio refere-se ao evento no qual a empresa que detém o investimento (participação societária) aliena o ativo para uma outra empresa. Nesse caso, o valor contabilizado de ágio passa a integrar o valor contábil para determinar o ganho de capital.¹⁵

¹⁴ Vide redação do art. 219 da Lei nº 6.404, de 1.976:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

II - pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.

¹⁵ Confira-se a redação do art. 426 do Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99):

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

Tomando-se o exemplo, a empresa C, ao adquirir a empresa A da empresa B, contabilizou o patrimônio líquido do investimento em 45 unidades e o ágio de 55 unidades, perfazendo o total de 100 unidades. No futuro, a empresa C, ao alienar para a empresa D a participação societária da empresa A por 130 unidades, deverá apurar o ganho de capital incidente sobre 30 unidades (130 - 100).

Por sua vez, a outra hipótese aplica-se quando a investidora (empresa C) e investida (empresa B), transformarem-se em uma mesma universalidade, mediante evento de incorporação, fusão e cisão, e desde que atendidas as condições estabelecidas pela legislação. A comunicação (confusão patrimonial) entre as duas empresas pode ocorrer tanto mediante absorção do patrimônio da empresa C pela empresa B, ou vice-versa.¹⁶

Quando a empresa C se propôs a adquirir a empresa B com pagamento de sobrepreço, a legislação exige que se indique o fundamento econômico. Ou seja, a apuração do ágio tem que ser motivada por um dos fundamentos descritos pela Lei ¹⁷, i.e., (i) o valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada é superior ao custo registrado na sua contabilidade; (ii) com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros a serem

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;

[...]

¹⁶ Cf. arts. 7º e 8º, alínea “b” da Lei nº 9.532, de 1997.

¹⁷ Confira-se a redação do §2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977:

Art. 20. (...)

[...]

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

a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

auferidos pelo investimento e (c) em razão da existência de fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

No caso, a empresa tem a prerrogativa de motivar, livremente, o fundamento econômico. Por conferir melhores condições de dedutibilidade da despesa, a opção pela previsão dos resultados nos exercícios futuros é maciça. A amortização se daria no prazo mínimo de sessenta meses, e a comprovação do sobrepreço é com base em demonstração a ser arquivada pela empresa. Na realidade, é exigida a apresentação de um laudo, cercado das devidas formalidades, para justificar a expectativa de lucros futuros a serem auferidos pelo investimento que daria lastro ao sobrepreço pago pelo adquirente.

A norma sob análise da hipótese de incidência é a seguinte:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

[...]

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

(...)

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

A justificativa para se permitir a amortização do ágio mediante a confusão de patrimônios entre a empresa investidora e a empresa investida é apresentada de forma bastante apropriada por Luís Eduardo Schoueri quando sustenta que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. Assim, o lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado na própria investida. E, na investidora, o aumento do patrimônio líquido ocorrido na investida é refletido por meio do método de equivalência patrimonial. Na investidora, os lucros da investida provocam um acréscimo no valor do investimento, e tem como contrapartida o aumento do resultado da receita. Contudo, tal acréscimo no lucro na investidora é excluído na apuração do lucro real. Ou seja, ao final, apenas o lucro auferido pela investida é tributado.¹⁸ A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida, nela mesmo e depois na investidora.

Por sua vez, a partir do momento em que se consuma a confusão patrimonial, os lucros auferidos pela então investida passam a integrar a mesma universalidade da investidora. Reside, precisamente nesse ponto, o permissivo para que o ágio, pago pela investidora exatamente em razão dos lucros que seriam auferidos pela investida, possa ser aproveitado, vez que passam a se comunicar, diretamente, a despesa de amortização do ágio e as receitas auferidas a partir do patrimônio absorvido da investida.

Precisamente sob tal perspectiva, propõe-se a apreciação da hipótese de incidência prevista no artigo 7º da Lei nº 9.430, de 1996, tomando-se como referência a abalizada doutrina de Geraldo Ataliba¹⁹, quando esclarece que a hipótese de incidência se apresenta sob variados aspectos, cuja reunião lhe dá

¹⁸ SCHOUERI, op. cit., p. 62.

¹⁹ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 51 e segs.

entidade. Assim, ao se apreciar o aspecto pessoal, merecem relevo as palavras da doutrina, ao determinar que se trata da qualidade que determina os sujeitos da obrigação tributária.²⁰

E a norma em análise dirige-se à pessoa jurídica investidora originária, aquela que efetivamente acreditou no sobrepreço do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição, e à pessoa jurídica investida (o investimento adquirido com ágio).

Tomando-se o exemplo no qual a empresa C adquire a empresa B, verifica-se que a pessoa jurídica que adquiriu o investimento, que acreditou no sobrepreço e que desembolsou os recursos para a aquisição foi, de fato, a pessoa jurídica C (investidora). No outro polo da relação, a pessoa jurídica adquirida com ágio foi a pessoa jurídica B (investida). Ou seja, o aspecto pessoal da hipótese de incidência, no caso, estabelece com sujeitos da relação tributária a pessoa jurídica C (investidora) e a pessoa jurídica B (investida).

Em relação ao aspecto material da norma, a ação prevista é a comunicação do patrimônio entre a empresa investidora (empresa C) e a empresa investida (empresa B). Antes da fusão, incorporação ou cisão, a empresa investida era autônoma, e naturalmente incidia tributação nos seus lucros. A empresa investidora, também autônoma, tinha tais lucros refletidos no seu resultado pelo método da equivalência patrimonial, mas não sofria tributação porque os valores eram excluídos na apuração para fins fiscais do lucro real. Assim, não faria sentido autorizar que a investidora pudesse deduzir a despesa de amortização de ágio, porque os lucros da investida não lhe eram tributados.

Depois da fusão, não há mais que se falar em autonomia entre investidora e investida, vez que passar a integrar a mesma universalidade. Com a confusão dos patrimônios, passa a haver a comunicação entre a despesa do ágio (que foi motivada pela expectativa dos lucros futuros da investida) e os lucros

²⁰ *Ibidem*, p. 80.

efetivamente auferidos pela investida.

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam “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”, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.

Neste sentido convém trazer posição expressa por Sérgio Bento quando considera as transformações societárias que ensejam o surgimento de ágio e suas consequências tributárias:

Importante lembrarmos, desde já, que o Ágio trata-se de custo de aquisição, obtido após árduas negociações entre duas ou mais partes, duros reposicionamentos de capitais, concentração ou desconcentração de atividades empresariais com a finalidade de futura obtenção e incremento da renda. Provavelmente nessa espécie de negócio onde surge o ágio estejam presentes todas as espécies de intenções do mundo dos negócios, sejam elas comutativas e/ou distributivas, onde a economia recebe um ou mais novos modelos empresariais que contribuem para a coletividade onde atuam.

Quem cede uma posição de propriedade de um empreendimento empresarial identifica o termino de um ciclo, pelo menos sob o qual detém plena governança e negocia com alguém que adquire sua posição, total ou parcialmente. Há na verdade um conteúdo paradoxal no negócio, ou seja, um que pensa exatamente o contrário do outro, um quer sair e o outro quer entrar, e certamente após o enlace desse negócio nasce a esperança do início de um novo ciclo econômico mais potente do que o anterior.²¹

Por isso, consideram-se bastantes questionáveis

²¹ BENTO, Sérgio. Tratamento Tributário do Ágio. In: VIEIRA, Marcelo Lima; CARMIGNANI, Zabetta Macarini; BIZARRO, André Renato. (Coords.). *Lei nº 12.973/2014 – Novo Marco Tributário: Padrões Internacionais de Contabilidade*. p. 123-156, São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 125.

operações societárias no qual grupos econômicos envolvem várias pessoas jurídicas controladas pelos interessados diretos na transação, visando buscar uma construção dotada de elevado grau de artificialidade que se amolde à hipótese de incidência permissiva de amortização da despesa de ágio.²²

5. OPERAÇÕES SOB AVALIAÇÃO

Inegável compreender que o mundo empresarial tem uma dinâmica própria, e que aquisições, fusões, incorporações e cisões são operações intrínsecas ao universo negocial. Certamente nessas operações há o cuidado para o atendimento de requisitos previstos na legislação civil, empresarial, contábil, dentre outras.

Contudo, as operações, apesar de lícitas na ótica de outros ramos do Direito, não necessariamente guardam repercussão na hipótese de incidência prevista pela norma tributária.

Note-se que as autuações fiscais têm centrado precisamente em operações realizadas pelas empresas que geraram despesas de ágio substanciais.

Um exemplo clássico é aquele no qual a empresa C adquire com ágio participação societária da empresa B. Em

²² Veja-se que se a adquirente for estrangeira, o ágio, se houver, será gerado no estrangeiro, no entanto encontra-se casos em que há uma transferência contábil deste ágio para uma entidade nacional, muitas vezes sem nenhuma substância econômica, de forma que as subsequentes transformações tenham a intenção de possibilitar o aproveitamento do ágio. Veja-se que a figura prevista no *caput* do art. 7º da Lei 9.532/1997 também não se amolda a fatos deste jaez, uma vez que a norma se dirige a adquirente e adquirido (efetivos) tutelados ambos pela legislação brasileira. No que diz respeito a operações dentro do mesmo grupo econômico, há também o entendimento de não poderia haver a existência de ágio quando investidora e investida são partes relacionadas. Isto porque haveria uma mera reavaliação de investimento – uma vez que a investidora já detinha o investimento, ainda que de forma indireta – e não o pagamento de ágio (impossibilidade “de ágio de si mesmo”, ou ágio interno, já que a rentabilidade futura já pertenceria aos titulares do mesmo investimento). Isso explicaria a utilização da empresa veículo como um artifício para introduzir no arranjo a figura de uma “aquisição de investimento” – quando deveria haver, na verdade, mera reavaliação. Volte-se ao tema adiante.

seguida, utiliza-se de outra pessoa jurídica sob seu controle, empresa D, e integraliza o capital social precisamente dessa empresa D com a participação societária que adquiriu da empresa B. Resta consolidada situação no qual a empresa C é controladora da empresa D, e a empresa D é controladora da empresa B. Em seguida, sucede-se evento de reestruturação societária, no qual a empresa B incorpora o patrimônio da empresa D. Assim, diante do evento de incorporação, a empresa B passa a amortizar o ágio apurado no prazo de sessenta meses.

Há uma enorme variedade de situações, envolvendo a utilização de inúmeras empresas (genericamente na linha do exemplo: empresa F, empresa G, empresa H, empresa I, etc.).

Fato é que os sujeitos eleitos pela norma são precisamente a empresa C (investidora) e a empresa B (investida) cuja participação societária foi adquirida com ágio. Para fins fiscais, não há nenhuma previsão para que o ágio contabilizado na empresa C (investidora), em razão de reorganizações societárias empreendidas por um grupo empresarial, possa ser considerado "transferido" para a empresa D, e a empresa B, ao absorver ou ser absorvida pela empresa D, possa aproveitar o ágio cuja origem deu-se pela aquisição da empresa B pela empresa C.

São apresentadas várias justificativas pelos grupos econômicos para a utilização de uma empresa intermediária (por exemplo, a empresa D), que seria necessária para viabilizar o negócio de aquisição de uma empresa. Por mais lícitas que sejam, não justificam a relativização da hipótese de incidência prevista para o aproveitamento de uma despesa delineada pela norma tributária.

As autuações fiscais deparam-se com situações de diversas naturezas.

OCORRÊNCIAS RELATIVAS AO ARTIGO 36 DA LEI Nº 10.637, DE 2002

Há casos como o decorrente de uma interpretação do artigo 36 da Lei nº 10.637, de 2002²³ (que foi revogado pela Lei nº 11.196, de 2005).

No caso, a empresa C é detentora de investimento, avaliado pelo MEP, na empresa B. De acordo com a regra geral, caso o investimento da empresa B seja reavaliado, a empresa C deveria tributar o ganho de capital auferido, conforme artigo 438 do RIR/99²⁴.

O dispositivo do artigo 36 da Lei nº 10.637, de 2002, apresentava autorização de diferimento de ganho de capital. A empresa C faz a reavaliação das ações que possui na empresa B, que contabiliza o ágio, e utiliza as ações para integralizar o aumento de capital da empresa D. Consolida-se estrutura societária no qual a empresa C é controladora da empresa D, e a empresa

²³ Confira-se o art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002:

Art. 36. Não será computada, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica, a parcela correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa jurídica. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido: (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - na alienação, liquidação ou baixa, a qualquer título, da participação subscrita, proporcionalmente ao montante realizado; (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - proporcionalmente ao valor realizado, no período de apuração em que a pessoa jurídica para a qual a participação societária tenha sido transferida realizar o valor dessa participação, por alienação, liquidação, conferência de capital em outra pessoa jurídica, ou baixa a qualquer título. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 2º Não será considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação, observadas as condições do § 1º. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

²⁴ Veja-se a literalidade do artigo 438 do RIR/99:

Art. 438 Será computado na determinação do lucro real o aumento de valor resultante de reavaliação de participação societária que o contribuinte avaliar pelo valor de patrimônio líquido, ainda que a contrapartida do aumento do valor do investimento constitua reserva de reavaliação (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 35, § 3º).

D é controladora da empresa B. E a norma autorizava que o ganho de capital auferido pela empresa C decorrente da reavaliação do investimento da empresa B, que foi utilizado para integralizar o capital social da empresa D, fosse diferido até o momento em que o investimento fosse realizado. Na sequência, discorria a norma que não seria considerada realização do investimento “a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação”. Ou seja, no exemplo em análise, caso a empresa D e empresa B participassem de evento de absorção de patrimônio, não se consideraria a ocorrência de realização do investimento (empresa B), e o ganho de capital auferido pela empresa C continuaria diferido.

Ocorre que as empresas entenderam que a comunicação de patrimônios entre empresa D e empresa B também se amoldaria à hipótese de incidência permissiva para o aproveitamento da despesa de amortização de ágio. Isso porque o ágio teria sido transportado para a empresa D, que passaria a assumir a condição de investidora. E, havendo a incorporação envolvendo a empresa D e a empresa B (investida), a amortização do ágio estaria autorizada.

Observa-se que as operações não envolvem nenhum esforço de aquisição²⁵ por parte da empresa C, nenhum sacrifício financeiro. Bastaria a reavaliação das ações do investimento (empresa B), e a utilização das ações reavaliadas para aumentar o capital da empresa D.

Várias discussões sobre a operação foram empreendidas, inclusive com opiniões emitidas no sentido de que foram realizadas sob o amparo de norma tributária, o artigo 36 da Lei nº

²⁵ Vale transcrever o caput do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997: "A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária *adquirida* com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977". (Destacouse). Predica a norma que o investimento (participação societária) deve ter sido objeto de aquisição, e não de uma reavaliação.

10.637, de 2002.

As autuações fiscais desconsideraram a operação, no sentido de que teria havido vícios no negócio jurídico. Várias interpretações foram feitas, entendendo-se ora pela ocorrência de simulação, de fraude ou de abuso de direito, abuso de forma jurídica, prática de atos dissimulados (simulação relativa), uso de ferramentas para a interpretação dos fatos como propósito negocial, *step transactions*, dentre outras figuras.²⁶

Contudo, defende-se a posição de que a questão se resolve escapando-se da utilização de institutos com alto teor de subjetividade, e recorrendo à análise da hipótese de incidência prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

A pessoa jurídica investidora é a empresa C, que possui o investimento, a empresa B. Na vigência do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, era a empresa C que tinha previsão legal para reavaliar o investimento sem a necessidade de oferecer à tributação ganho de capital, reavaliação que deu origem ao ágio. Assim, foi a empresa C que tomou a decisão de reavaliar seu investimento, promoveu os estudos necessários para fundamentar a

²⁶ Não é objetivo deste trabalho aprofundar nesta discussão especificamente. Mas cumpre observar que o tema gerou ampla discussão na doutrina e nos tribunais administrativos e judiciais. Sob a designação genérica de “planejamento tributário” e os limites desse planejamento muito foi escrito e discutido. O aparecimento do § único do art. 116 do CTN, cuja regulamentação não foi aprovada pelo Congresso Nacional, fez surgir mais dúvidas sobre a desconsideração de atos privados para efeitos tributários. É claro que esta discussão não se restringe aos casos de planejamento tributário com ágio decorrente de reorganizações societárias, mas pode-se dizer que, em relação ao tema do ágio, que no período de 1996 a 2015, na formação da jurisprudência do CARF o tema foi objeto de profundas e acaloradas discussões. Contudo, a partir de 2015 a interpretação exposta neste trabalho passou a predominar, especialmente no âmbito da CSRF do CARF, de forma que as discussões a respeito da legalidade ou não do planejamento, da existência ou não de abuso, nos casos de ágio decorrente de reorganizações societárias, restou amplamente superada. A discussão, para esses casos, ficou restrita às situações em que há acusação de sonegação, fraude ou conluio, condições que implicam multa qualificada. Acrescente-se ainda que sob o tema “planejamento tributário” e considerações acerca de sua abusividade, ou limites de aceitabilidade, uma enorme literatura foi produzida no Brasil. Cita-se dentre essas as obras, por sua relevância: GRECO, Marcos Aurélio. *Planejamento Tributário*. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2008 (com 3ª ed., 2011).

reavaliação e por consequência o ágio apurado, e, portanto, em nenhum momento deixou de ser a empresa investidora na acepção do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997. Por outro lado, a empresa investida é a empresa B, que teve suas ações reavaliadas.

E, conforme já observado, a reestruturação societária prevista no art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, envolve a empresa B e a empresa D. Nesse sentido, estando ausente a empresa C (pessoa jurídica investidora) do evento de incorporação, fusão ou cisão, não se consuma a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 que autoriza a amortização da despesa do ágio.

OUTROS CASOS

Vários casos de ágio decorrentes de operações societárias discutíveis foram criados, mesmo após a revogação do artigo 36 da Lei nº 10.637, de 2002. São constituídas pessoas jurídicas com capital social ínfimo (alguns na ordem de R\$100,00), sem funcionários, sem sede, sem funcionários e qualquer tipo de atividade operacional, para assumirem o papel da empresa D, que, em brevíssimo intervalo de tempo (várias vezes as operações ocorrem no mesmo dia), são incorporadas pela empresa C (que teve a participação societária reavaliada e a contabilização do ágio). Promove-se a incorporação entre as empresas, e o ágio passa a ser amortizado.

Os argumentos trazidos pelas empresas é que as operações atenderam todos os requisitos legais (nos ramos civil, empresarial, contábil, dentre outros), e por isso não poderiam ser contestadas pelo Fisco.

Ocorre que não se contesta a operação sob a ótica empresarial. O que se aprecia é se os fatos ocorridos se amoldam à hipótese de incidência da norma tributária.

Outra situação bastante presente nas autuações fiscais é aquela no qual as empresas alegam que não é possível a empresa

C promover a aquisição direta da empresa B por questões regulatórias (mercado financeiro, setores energético e de telecomunicações, etc.) Assim, far-se-ia necessária a criação da empresa D, que receberia o aporte de recursos da empresa C. A empresa D adquire a empresa B com sobrepreço, contabiliza o ágio, e ao final ocorre o evento de incorporação, fusão ou cisão no qual se comunicam os patrimônios da empresa D e empresa B. Passa-se a amortizar o ágio.

Há casos em que o adquirente (empresa C) se encontra no exterior, e para viabilizar a aquisição da empresa B (com sede no Brasil), vale-se de uma holding, ou cria uma empresa especificamente para operacionalizar o negócio jurídico. Aporta os recursos do exterior na empresa D, que, por sua vez, efetua a aquisição da empresa B com ágio. Posteriormente há a incorporação da empresa D pela empresa B, e o ágio passa a ser amortizado. O mesmo raciocínio aplica-se aos casos conhecidos como as aquisições da privatização. O grupo de consórcio adquirente (que poderia também ter componentes sediados no exterior) criou uma sociedade (empresa D) com o específico propósito de participar da licitação. Caso se concretizasse a aquisição com sobrepreço, a empresa D receberia o aporte para a aquisição da empresa B. Na sequência, ocorria a incorporação da empresa D pela empresa B, e o ágio passaria a ser amortizado.

As operações foram objeto de contestação pelas autoridades fiscais. Um dos argumentos mais utilizados era de que a empresa D não tinha nenhuma substância econômica ou propósito negocial (pessoas jurídicas com capital social ínfimo, sem sede, sem funcionários e qualquer tipo de atividade operacional). De fato, na maioria das vezes eram empresas criadas especificamente para receber os aportes financeiros e adquirir o investimento com sobrepreço, e, depois, em breve lapso temporal, serem incorporadas pela empresa que adquiriram.

De fato, deve ser observado com reserva a criação de empresas de curtíssima duração, sem funcionários ou com quadro

funcional incompatível com o porte da operação, com capital social mínimo, além de outras características completamente atípicas no contexto empresarial, envolvendo aportes de substanciais recursos para, em questão de dias ou meses, serem objeto de operações de reorganização societária.

Isso porque o ágio, quando admitido pela legislação fiscal como despesa, sua amortização deve atender aos requisitos previstos na legislação tributária sobre dedutibilidade previstos no art. 47 da Lei nº 4.506, de 1964²⁷. Devem ser necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, e serem usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades. Não é adequado, coerente, ou mesmo possível, entender que uma empresa sem operação, sem funcionários, meramente constituída para adquirir uma participação societária, possa atender aos requisitos de dedutibilidade de despesas.

Voltando ao exemplo, não obstante a relevância da questão atinente à utilização de empresas tidas como artificiais, mais uma vez, aplicando-se a análise da hipótese de incidência da norma permissiva do aproveitamento da despesa de ágio, verifica-se que o fato de a empresa D receber os recursos da empresa C para adquirir o investimento (empresa B), não confere à empresa D a condição de investidora. Isso porque a empresa que efetivamente desembolsou os recursos e fez os estudos para fundamentar o sobrepreço do investimento foi a empresa C. E, na medida em que não há comunicação de patrimônio (receitas e despesas) entre a investidora (empresa C) e a investida (empresa B), não se consuma a hipótese de incidência que permite a amortização da despesa de ágio.

²⁷ Cf. o art. 47 da Lei nº 4.506, de 1964:

Art. 47. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e a manutenção da respectiva fonte produtora.

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

6. A MUDANÇA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES DO CARF

A partir de 2015, o entendimento exposto neste trabalho corresponde às razões de decidir nos casos de ágio decorrente de reorganização societária, nas decisões do CARF, especialmente na 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF²⁸. Até então a discussão, aceitando ou não o aproveitamento do ágio, formava uma jurisprudência que poderia ser qualificada como vacilante, vez que se valia da utilização de diversas figuras com alta carga de subjetividade para verificar se o planejamento tributário era aceitável ou não.²⁹

A jurisprudência anterior desdobrava-se em diversas subcategorias de análise, numa tentativa de dar um caráter mais uniforme ao tratamento da matéria, como, por exemplo: ágio interno, uso de empresa veículo, ágio de privatizações, transferência de ágio, ágio de decorrente da incorporação de ações. Categorias que, como se relevou com a evolução da jurisprudência, não eram adequadas para a resolução do aspecto tributário, consolidando um ambiente de insegurança jurídica, embora pudessem explicar, de forma taxonômica, as diversas modalidades de operação que resultavam em ágios com aproveitamento contestado. A par dessas figuras, a parafernália jurídica que se utiliza em análises de outras situações de planejamento tributário ditos abusivos, e.g.: propósito negocial, *step transaction*, abuso de tratados (em operações internacionais), existência de possíveis estruturas societárias alternativas, abuso de direito, abuso de forma jurídica, simulação, dissimulação, abuso de direito, era

²⁸ Trata-se do Colegiado competente para o julgamento de processos de IRPJ e CSLL. Deve-se registrar que, a depender da situação analisada, a decisão é por voto de qualidade, proferida pelo Presidente da Seção, Conselheiro Fazendário.

²⁹ Para uma visão mais abrangente ver, e.g., o estudo: MOSQUERA, Roberto Quiroga, et al. *Sinopse Tributária; Validade do Ágio na Jurisprudência do CARF*. São Paulo: Imprensa Régia, 2015.

frequentemente adotada para apreciar os casos de ágio. Fato é que todo esse arcabouço com elevado teor de subjetividade tornou-se prescindível na análise da aplicação do arts. 7º e 8º da Lei 9.532/1997, em face da solução hermenêutica aqui discutida. E, por consequência de uma maior objetividade conferida ao critério para verificar se a despesa de amortização de ágio pode ser aproveitada, passou a guardar maior relevância discussão relativa à intenção dos agentes ou na interpretação dos fatos com repercussão em outros institutos, como a extensão da responsabilidade tributária e a tipificação de crime tributário, decorrente da caracterização de sonegação, fraude ou conluio (arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1994), cujos desdobramentos implicam em qualificação (majoração) da multa de ofício.

Alerte-se, também, que mesmo em situações em que há uma real aquisição de uma empresa por outra, com efetivo pagamento de ágio (com apuração de ganho de capital pelo vendedor), seguida de incorporação direta (entre compradora e adquirida, sem empresas intermediárias), ainda restam outros campos de discussão, relativos a aspectos de ordem formal, como a validade do laudo de validação, a contemporaneidade do laudo, a ausência de realização da rentabilidade futura, etc., situações que não são objeto de análise deste trabalho.

Conforme dito, a partir de 2015, com a mudança da composição da CSRF, a fórmula hermenêutica de enfrentar as questões de aproveitamento de ágio em decorrência de transformações societárias, conforme aqui explanado, passou a prevalecer. Cita-se como exemplos desta nova jurisprudência da 1ª Turma da CSRF³⁰ os seguintes acórdãos, no qual se transcreve a parte da ementa que trata da matéria.

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso

³⁰ Pesquisa disponível no sítio do CARF, em: <<https://carf.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.

Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida. (Acórdão nº 9101-002.187, sessão 19/01/2016, Relator Conselheiro Rafael Vidal de Araújo).

ÁGIO. INVESTIDA. REAIS INVESTIDORAS. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. INDEDUTIBILIDADE. IRPJ. CSLL. Nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras. (Acórdão nº 9101-002.213, sessão 03/02/2016, Relator Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão).

ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma "empresa-veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço. (Acórdão nº 9101-002.962, sessão 04/07/2017, Relatora Conselheira Adriana Gomes Rêgo).

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO.

INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer a participação de uma pessoa jurídica investidora originária, que efetivamente tenha acreditado na "mais valia" do investimento e feito sacrifícios patrimoniais para sua aquisição.

Inexistentes tais sacrifícios, notadamente em razão do fato de alienantes e adquirentes integrarem o mesmo grupo econômico e estarem submetidos a controle comum, evidencia-se a artificialidade da reorganização societária que, carecendo de propósito negocial e substrato econômico, não tem o condão de autorizar o aproveitamento tributário do ágio que pretendeu criar. (Acórdão nº 9101-003.078, sessão 12/09/2017, Relator Conselheiro Rafael Vidal de Araújo).

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

O conceito do ágio é disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, e trata-se de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

APROVEITAMENTO DO ÁGIO. INVESTIDORA E INVESTIDA. EVENTOS. SEPARAÇÃO. UNIÃO.

São dois os eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

A amortização, a qual se submete o ágio para o seu aproveitamento, constitui-se em espécie do gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99, submetendo-se aos testes de necessidade, usualidade e normalidade.

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

Não há norma de despesa que recepcione uma situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica. Não há como entender os atributos de normalidade, ou usualidade, para despesas derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa

jurídica.

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO.

A cognição para verificar se a amortização do ágio passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência dos arts. 385 e 386 do RIR/99, segundo, se requisitos de ordem formal estabelecidos encontram-se atendidos, como arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes e reorganizações societárias com substância econômica.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE.

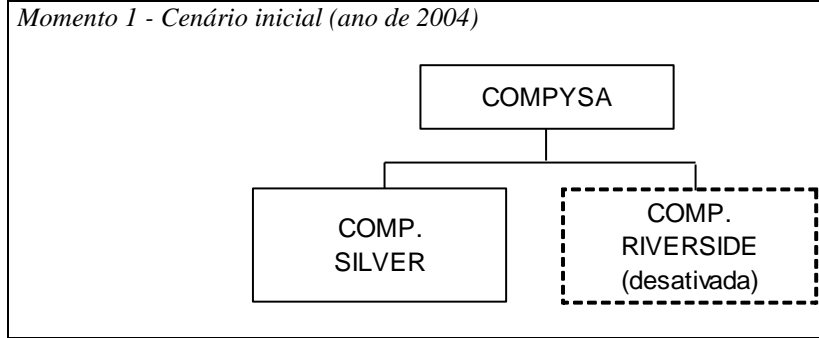
Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente. Compartilhando do mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável ao caso e estabelecer o termo inicial para contagem do prazo decadencial. (Acórdão nº 9101-002.962, sessão 12/09/2017, Relator Conselheiro André Mendes de Moura).

7 DECISÃO JUDICIAL NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL Nº 5058075-42.2017.4.04.7100/RS

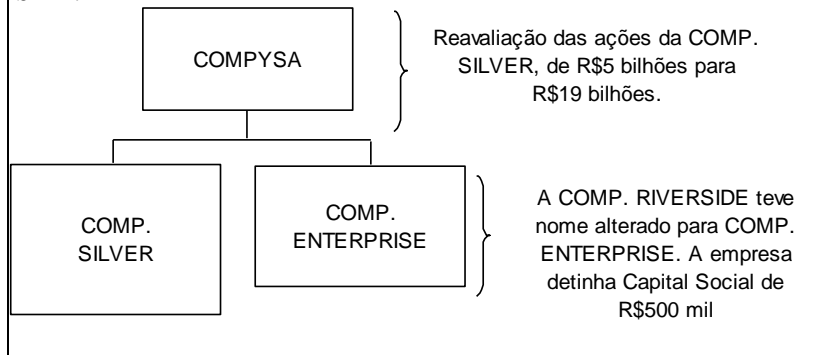
O Poder Judiciário manifestou-se em embargos à execução fiscal (autos judiciais nº 5058075-42.2017.4.04.7100/RS) sobre reorganização societária envolvendo despesa de

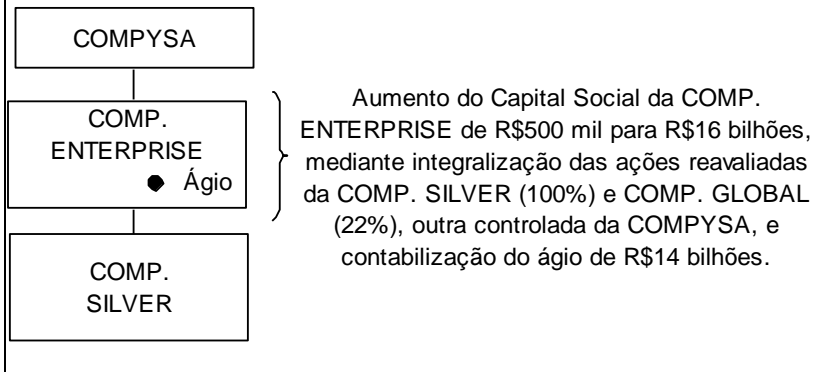
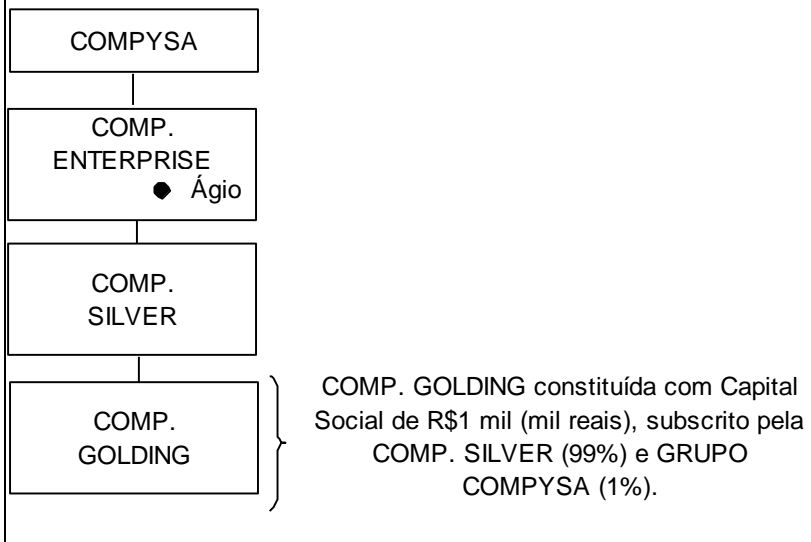
amortização de ágio e as repercussões tributárias que podem advir desse tipo de operação, revertendo uma decisão do CARF, em processo que teve grande repercussão em face das discussões que suscitou, daí que merece uma análise mais detida.

A seguir reproduz-se o iter do caso, com nomes e valores fictícios para sua melhor compreensão. Trata-se de reorganização societária realizada em grupo empresarial liderado pela empresa COMPYSA, tendo o ágio sido aproveitado pela empresa COMP. GOLDING, que foi glosado pelo Fisco. Os eventos societários, que refletem apenas as empresas do grupo econômico envolvidas na operação sob análise são apresentados sob a forma gráfica conforme segue adiante.

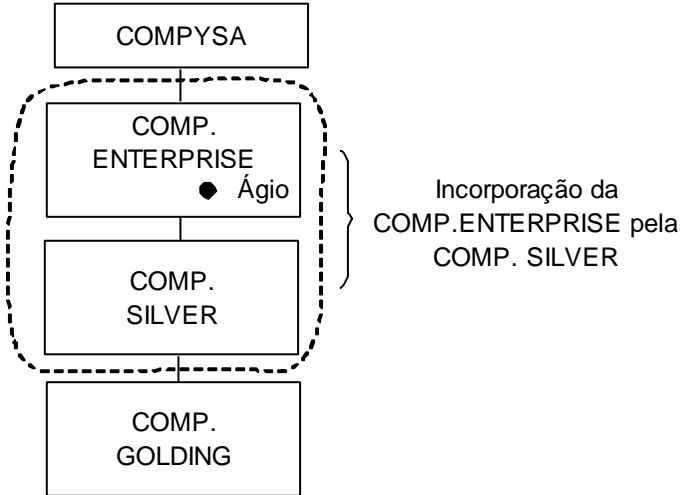


Momento 2 - Reavaliação das ações da COMP. SILVER (laudo de avaliação de dezembro de 2004) e mudança de denominação da COMP. RIVERSIDE.

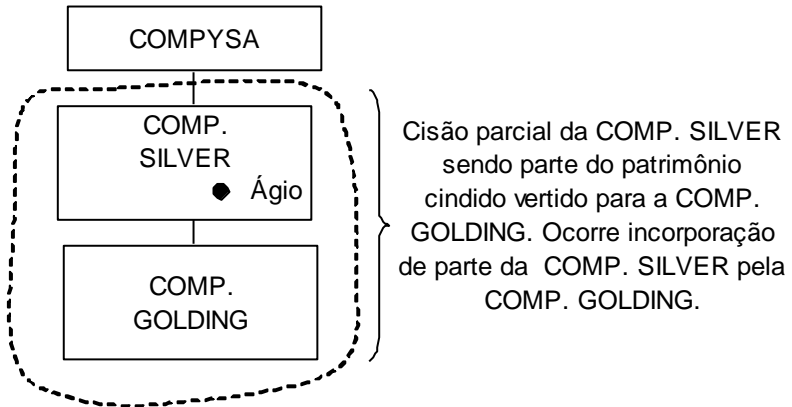


Momento 3 - Aumento do Capital Social da COMP. ENTERPRISE*Momento 4 - Constituição da COMP. GOLDING (abril de 2005)*

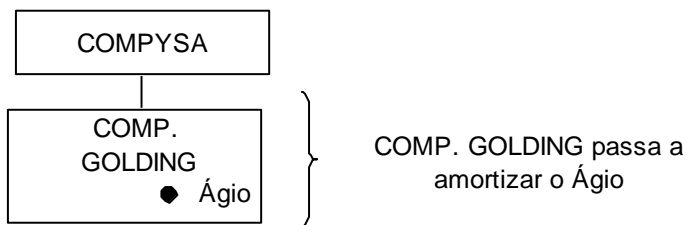
Momento 5 - Incorporação da COMP. ENTERPRISE pela COMP. SILVER (maio de 2005)



Momento 6 - Cisão parcial da COMP. SILVER. Incorporação de parte do patrimônio cindido pela COMP. GOLDING (julho de 2005)



Momento 7 - Aproveitamento do Ágio pela COMP. GOLDING (a partir de agosto de 2005)



Em operações situadas entre dezembro de 2004 a julho de 2005, ocorreu a reavaliação das ações da COMP. SILVER, empresa controlada pela COMPYSA, que foram utilizadas para integralizar o aumento do capital social da COMP. ENTERPRISE. A operação deu-se durante o período de vigência do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, que autorizava o diferimento do ganho de capital decorrente da reavaliação das ações, desde que fossem utilizadas para integralizar o capital social de outra controlada do grupo empresarial. Na sequência foi constituída empresa com capital social de R\$1.000,00, a COMP. GOLDING, controlada majoritariamente (99% de participação) pela COMP. SILVER. Deu-se a incorporação da COMP. ENTERPRISE pela COMP. SILVER. Em seguida houve cisão parcial da COMP. SILVER, com versão de parte do patrimônio (e do ágio) para a COMP. GOLDING. O ágio passou a integrar a contabilidade da COMP. GOLDING, e passou a ser amortizado para fins tributários³¹, por ter entendido a empresa que havia se consumado a hipótese de incidência prevista no art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997.

A operação foi contestada pelo Fisco, que efetuou lançamento de ofício para glosar a dedução fiscal da despesa de amortização de ágio pela empresa COMP. GOLDING. A empresa

³¹ Enfatize-se que a amortização para fins tributários pode ser diferente da amortização contábil; isso porque pode haver amortização contábil, mas não haver dedução da despesa de amortização para fins tributários.

autuada ingressou no contencioso administrativo tributário federal. A 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, última instância, nos autos do processo administrativo nº 11080.723701/2010-74, deu provimento ao recurso especial da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, e julgou no sentido de que o lançamento do Fisco seria procedente. A empresa ingressou no Poder Judiciário e, em sede de embargos à execução fiscal, obteve decisão favorável, que afastou o lançamento fiscal.

A decisão judicial aduziu que as alterações societárias obedeceram às formalidades legais necessárias, tendo ocorrido em período anterior ao da edição da Lei nº 12.973, de 2014, momento em que se (1) consumou a aproximação entre o conceito de ágio na contabilidade e no direito tributário, e (2) estabeleceu restrição à operação realizada entre empresas não dependentes. Assim, entendeu pelo afastamento do lançamento fiscal por falta de previsão legal, vez que os fatos teriam ocorrido em momento pretérito ao aludido diploma legal.

Pelo exposto no presente estudo, não se mostrou adequada a interpretação adotada pela decisão judicial, por três razões independentes.

Primeiro, porque a situação delineada pelo art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, não se amolda à hipótese de incidência prevista no art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997. Sob o aspecto pessoal, não estiveram presentes na operação o “investidor” (COMPYSA) e a “investida” (COMP. SILVER), isso porque o evento ocorreu entre as empresas COMP. SILVER e COMP. GOL-DING. Considere-se também que o problema identificado no aspecto pessoal tem reflexo no aspecto material, qual seja: não se concretizou o encontro entre os lucros do investimento que justificariam a aquisição com sobrepreço pela investidora – a rentabilidade futura – e o patrimônio da investidora, o qual seria beneficiado pelos lucros futuros do investimento adquirido. Na realidade, os fatos demonstram uma sucessão de reorganizações societárias realizadas para viabilizar o “passeio” do ágio, saindo

da COMPYSA, percorrendo outras empresas do grupo empresarial, para chegar até a COMP. GOLDING, que foi a empresa que efetuou a amortização da despesa.

Segundo, porque a formação de ágio das ações da COMP. SILVER não foi decorrente de uma aquisição efetuada pela COMPYSA com sobrepreço, mediante uma operação de mercado, na qual se encontrem presentes adquirente e alienante. O ágio foi registrado contabilmente em razão de uma reavaliação das ações, que não estaria sujeita à tributação imediata do ganho de capital, desde que a operação fosse concebida nos termos do art. 36 Lei nº 10.637, de 2002.

Terceiro, porque, não obstante as alterações promovidas pela Lei nº 12.973, de 2014, em nenhum momento se modificou o núcleo dos aspectos pessoal e material do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997.

A Lei nº 12.973, de 2014, trouxe novas exigências em relação ao aproveitamento da despesa de ágio, não tendo nenhum caráter interpretativo. Veja-se, também, que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, não foram alterados em nenhum ponto pela Lei nº 12.973, de 2014, que se adiciona aos preceitos da lei anterior. A lei nova estabeleceu restrições de ordem pessoal em relação às empresas investidora e investimento, que não podem mais ser do mesmo grupo empresarial, devendo ser não dependentes, e de ordem formal, ao dispor sobre requisitos expressos para o laudo de avaliação que fundamenta o sobrepreço³². Promoveu também a convergência entre o ágio fiscal e o *goodwill* contábil. O ágio previsto pelo artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, passou a ser determinado pela diferença entre o custo de aquisição do investimento e a somatória entre o

³² Antes da Lei nº 12.973, de 2014, a exigência para comprovar o ágio era apenas uma "demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração". O novo diploma legal exige "laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação".

valor de patrimônio líquido na época da aquisição e a mais ou menos-valia correspondente à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida. A questão é que a redação inalterada dos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, em nenhum momento permitia que ágio gerado internamente pudesse resultar em despesa dedutível, e a nova Lei só veio criar instrumentos mais precisos para o controle de violações aos dispositivos mencionados e, também, adaptou a sistemática às novas normas contábeis - nada mais que isso.

Tendo sido a decisão proferida no âmbito judiciário sobre o assunto, em primeira instância, cabe aguardar novas manifestações, para que se possa apreciar como se dará a construção da jurisprudência, e se ocorrerá nos mesmos moldes do contencioso administrativo tributário federal, que se entende ter exarado a interpretação mais acertada da legislação tributária sob discussão.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação tributária (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977) trouxe um conceito de ágio bastante amplo, em dissonância com a definição de *goodwill* predicada pela ciência contábil, o que provocou como efeitos um aumento considerável na base de cálculo da despesa, tornando-a ainda mais atrativa, e, por consequência, uma busca desenfreada pelas empresas para o seu aproveitamento a todo custo.

De um lado, inicialmente a definição do ágio dada pela legislação fiscal prevaleceu sobre a contábil, e não havia então muita discussão sobre o assunto, mesmo porque a interpretação era mais favorável aos contribuintes. Por outro, as elaboradas construções societárias visando buscar o aproveitamento da despesa valeram-se, fundamentalmente, de premissas contábeis para justificar a dedutibilidade. Na realidade, surgiu

entendimento no sentido de que, tendo as reorganizações empresariais seguido as normas contábeis e empresariais vigentes, a legislação fiscal não poderia se opor ao aproveitamento da despesa.

Contudo, talvez em razão da ocorrência de operações bastante desvirtuadas, com utilização de entidades fictícias, existentes apenas do aspecto formal, o Fisco passou a se insurgir, contestando a interpretação conferida pelas empresas.

Constatação é que, não obstante as reorganizações estejam revestidas de um verniz de formalidade, o atendimento de leis contábeis e empresariais não conferem, por si só, a consumação da hipótese de incidência prevista na lei tributária.

Não há que se falar em prevalência de um ramo do direito sobre o outro, mas sim sobre a coexistência harmônica dos diplomas. Contabilização adequada dos eventos e registro das empresas conforme norma empresarial é obrigação, e não um passe livre para se criar despesas não previstas na legislação por meio de uma ampliação desprovida de amparo na legislação fiscal da moldura prevista pela norma.

A jurisprudência da 1ª Turma da CSRF do CARF, a partir de 2015, tem seguindo esta linha de pensamento, pacificando e conferindo maior objetividade ao tratamento das questões relativas ao ágio decorrente de reorganizações societárias.

Sobre a jurisprudência no âmbito judiciário, há que se aguardar o pronunciamento de um universo maior de decisões sobre o assunto. A Lei nº 12.973, de 2014, apesar de ter trazido alterações relevantes, em nenhum momento promoveu modificações no núcleo do aspecto pessoal e material do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, razão pela qual o entendimento proferido nos autos judiciais 5058075-42.2017.4.04.7100/RS, deve ser objeto de revisão no sentido de restabelecer a estabilidade jurídica alcançada pela recente jurisprudência administrativa.



8. BIBLIOGRAFIA

- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BENTO, Sérgio. Tratamento Tributário do Ágio. In: VIEIRA, Marcelo Lima; CARMIGNANI, Zabetta Macarini; BIZARRO, André Renato. (Coords.). *Lei nº 12.973/2014 – Novo Marco Tributário: Padrões Internacionais de Contabilidade*. p. 123-156, São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- GRECO, Marcos Aurélio. *Planejamento Tributário*. São Paulo: Dialética, 2008.
- HADDAD, Gustavo Lian; PAES, Gustavo Duarte. O Ágio por Expectativa de Rentabilidade Futura na Lei 12.973 e o *Goodwill* na Combinação de Negócios – Aproximações e Distanciamento. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES Alexandro Broedel. (Coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis: (Aproximações e Distanciamentos)*. v. 6, p. 246-271. São Paulo: Dialética, 2015.
- MANEIRA, Eduardo; SANTIAGO, Igor Mauler. (Coords.). *O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões Atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- MARTINS, Eliseu; IUDÍCIBUS, Sérgio de. Ágio interno - É um mito? In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES Alexandro Broedel. (Coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis: (Aproximações e Distanciamentos)*. v. 4, p. 83-103. São Paulo: Dialética, 2013.
- MARTINS, Eliseu et al. *Goodwill: uma análise dos conceitos utilizados em trabalhos científicos*. *Revista Contabilidade & Finanças*, São Paulo, v. 21, n. 52, jan. 2010.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga, et al. *Sinopse Tributária*;

Validade do Ágio na Jurisprudência do CARF. São Paulo: Imprensa Régia, 2015.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários).* São Paulo: Dialética, 2012.

DECISÕES:

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. CARF. <https://idg.carf.fazenda.gov.br/>

BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. <https://www2.jfrs.jus.br/>

Nota final (Disclaimer): Este artigo representa as opiniões dos autores em caráter pessoal, sob as perspectivas científica e acadêmica, com o objetivo de fomentar o debate sobre o tema.