

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
Faculdade de Direito

GABRIEL RODRIGO DOS ANJOS BONILHO

ÁGIO E EMPRESA VEÍCULO NO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO
Análise de casos práticos

São Paulo
2021

GABRIEL RODRIGO DOS ANJOS BONILHO

ÁGIO E EMPRESA VEÍCULO NO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO
Análise de casos práticos

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em direito, sob a orientação do Professor Ms. Edmundo Emerson de Medeiros.

São Paulo
2021

São Paulo

2021

GABRIEL RODRIGO DOS ANJOS BONILHO

ÁGIO E EMPRESA VEÍCULO NO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO
Análise de casos práticos

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em direito, sob a orientação do Professor Ms. Edmundo Emerson de Medeiros.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador (a)

Examinador (a)

Examinador (a)

À minha família, minha rocha, que me proporcionou todo o apoio necessário para que esse sonho fosse realizado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço meus pais e minha avó, que se empenharam para a concretização dessa trajetória. O caminho não foi fácil, pelo contrário, foi na contramão das expectativas e dos sonhos de uma família humilde e trabalhadora. Hoje me encontro no caminho de oportunidades jamais pensadas e, por isso, serei eternamente grato.

RESUMO

O presente estudo busca analisar a possibilidade da utilização de empresa veículo para fins de aproveitamento fiscal do ágio. Para tanto, caminharemos pela histórico e evolução legislativa do tratamento do ágio no ordenamento jurídico pátrio, bem como as condições e requisitos que autorizam a exclusão de despesas com amortização de ágio da base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição sobre o Lucro Líquido (CSLL). Nesse sentido, tendo em vista os desafios jurídicos do tema, realizou-se pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. Por fim, e ainda nessa linha, será analisado caso prático julgado pelo Carf e pelo Judiciário a fim de se entender quais os critérios e circunstâncias fáticas que determinam a licitude ou não do aproveitamento fiscal de ágio mediante o uso de empresa veículo.

Palavras-chave: Ágio. Empresa Veículo. Requisitos. Planejamento Tributário.

ABSTRACT

This study aims to analyze the possibility of using a vehicle company for tax purposes of goodwill. To this end, we will walk through the history and legislative evolution of the treatment of goodwill in the Brazilian legal system, as well as the conditions and requirements that authorize the exclusion of expenses with amortization of goodwill from the calculation basis of the Corporate Income Tax (IRPJ) and the Social Contribution on Net Income (CSLL). In this sense, in view of the legal challenges of the theme, bibliographic, legislative, and jurisprudential research was conducted. Finally, and still along these lines, a case judged by the Administrative Tax Appeals Council (Carf) and by a judicial court will be analyzed in order to understand the criteria and factual circumstances that determine the lawfulness of the tax benefit of goodwill through the use of a vehicle company.

Keywords: Goodwill. Vehicle Company. Requirements. Tax planning.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. ÁGIO – QUALIFICAÇÃO.....	11
3. ORIGEM DA DEDUÇÃO FISCAL DE ÁGIO.....	13
3.1 DEDUTIBILIDADE FISCAL – NORMAS E ELEMENTOS ESSENCIAIS.....	13
4. TRATAMENTO APLICÁVEL ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 12.973/14.....	14
4.1 DEMONSTRATIVO DO FUNDAMENTO ECONÔMICO DO ÁGIO COM BASE EM RENTABILIDADE FUTURA.....	14
5. AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO.....	17
5.1 REQUISITOS.....	17
5.1.1. <i>Propósito Negocial</i>	23
5.1.2. <i>Laudo de avaliação</i>	26
5.1.3. <i>Existência de independência negocial entre as pessoas jurídicas</i>	29
5.1.4 <i>Existência de lapso temporal entre a contabilização do ágio e a data do evento societário deflagrador da sua amortização</i>	29
5.1.5 <i>Efetivo pagamento do custo da aquisição, inclusive o ágio</i>	30
5.1.6 <i>Demonstração da lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como da expectativa de rentabilidade futura</i>	31
5.1.7. <i>Ocorrência de confusão patrimonial entre investidora e investida, acarretando o cancelamento do investimento adquirido com ágio</i>	31
5.1.8. <i>As empresas envolvidas devem ser contribuintes do imposto, conforme definidas no Regulamento do Imposto de Renda</i>	31
6. O CONCEITO DO ÁGIO E SEU TRATAMENTO FISCAL E CONTÁBIL APÓS A LEI 12.973/2014.....	33
6.1. CONCEITO DE ÁGIO.....	33
6.2 LEGISLAÇÃO FISCAL REFERENTE AO TRATAMENTO DO ÁGIO APÓS A REALIZAÇÃO DO INVESTIMENTO QUE LHE DEU ORIGEM.....	35
6.3. REQUISITOS PARA DEDUTIBILIDADE APÓS A LEI 12.973/14.....	35
6.3.1. <i>Evento especial societário</i>	36
6.3.2. <i>Partes não dependentes</i>	36
6.3.3. <i>Laudo</i>	37
7. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.....	40
8. ANÁLISE DE CASE PRÁTICO.....	45
8.1. CASO GERDAU.....	45
9. CONCLUSÃO.....	48
10. REFERÊNCIAS.....	49

1. INTRODUÇÃO

A temática do planejamento tributário é discussão recorrente no âmbito administrativo e judicial nacional. Basicamente, trata-se do estudo de determinadas alternativas lícitas tributárias, para que a empresa possa se precaver, postergar e diminuir seus tributos antes da ocorrência de determinado fato gerador.¹

Nesse contexto, a amortização de ágio acaba por naturalmente entrelaçar-se com o planejamento tributário, por vezes resultando em discussões de alto valor, reflexo que pode gerar enorme impacto fiscal tanto para o contribuinte, quanto para a arrecadação do Erário Nacional.

Não sem motivo, o Fisco tem se mostrado extremamente cauteloso no tocante ao aproveitamento fiscal do ágio como ferramenta de planejamento tributário.

Dessa forma, a fim de melhor elucidar os institutos supramencionados, o presente estudo abordará de forma mais detalhada a concepção legislativa da dedução do ágio com o advento da Lei 9.532/97, caminhando desde seu conceito legal até sua atual normatização pela Lei 12.973/14. Assim, a ideia inicial é melhor entendermos o panorama geral sobre o ágio e suas atuais discussões.

Dentre outros temas, a lei nº 12.973/14 modificou a sistemática de reconhecimento do ágio gerado nas aquisições de investimentos avaliados pelo método de equivalência patrimonial, bem como criou novas exigências para que o *goodwill* seja excluído para fins de apuração do lucro real.²

Ainda, falaremos sobre a temática do planejamento tributário com o uso de empresa veículo. O assunto abordado será a questão do aproveitamento do ágio no contexto de planejamento tributário mediante uso de empresa veículo.

Nessa ocasião, trataremos dos conceitos de elisão e evasão fiscal, sendo o último frequentemente utilizado pelo Fisco quando se referindo ao instrumento do planejamento tributário.

Com efeito, a diferenciação entre evasão e elisão fiscal é de suma importância para a temática da presente monografia, dado que demonstra o lado ilícito e lícito do instrumento do planejamento fiscal, visando a diminuição de tributos.

¹ de, SILVA, Filipe Martins da; FARIA, Ramon Alberto C. *Planejamento Tributário*. Grupo A, 2017, p. 16.

² MOREIA, André Mendes; GAIA, Patricia Dantas; CAMPOS, Eduardo Lopes de Almeida. O tratamento fiscal do ágio e a problemática do ágio interno antes e após a vigência da Lei nº. 12.973/2014. São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário n. 228, 2014.

Finalmente, ao final de toda essa digressão, analisaremos caso prático julgado pelo Carf e pelo judiciário, elencando os critérios levantados pela jurisprudência para delimitação da licitude do aproveitamento fiscal do ágio mediante uso de empresas veículo.

Para tanto, foram selecionados os acórdão do Carf e decisões do Judiciário abaixo relacionados:

- Carf – Acórdão nº 1101-000.710;
- Carf – Acórdão nº 9101 002.389;
- Judiciário – Sentença – Processo nº 5058075-42.2017.4.04.7100/RS; e
- Judiciário – Acórdão – Processo nº 5058075-42.2017.4.04.7100/RS.

As decisões supracitadas fazem referência ao caso da Gerdau S.A., evento paradigmático no Carf envolvendo a maior empresa brasileira produtora de aço.

Como adiantado, o exame dos julgados acima colacionados é de suma importância para que vislumbremos os critérios utilizados pelo Carf para considerar determinado planejamento tributário válido.

Em outras palavras, por meio do estudo dos casos destacados, busca-se identificar os critérios utilizados para se aferir a licitude do aproveitamento fiscal do ágio por meio de empresa veículo.

2. ÁGIO - QUALIFICAÇÃO

A qualificação jurídica do ágio foi introduzida por meio do artigo 20, do Decreto-Lei nº 1.598/77. Vejamos:

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:

- 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.

Ou seja, até aqui, no âmbito do direito tributário, ágio seria definido como a diferença entre o custo de aquisição de investimento e o valor do patrimônio líquido contábil da investida.

Em apertada síntese, o dispositivo definiu que em uma aquisição de patrimônio que deva ser realizada conforme norma de avaliação do Método da Equivalência Patrimonial ("MEP"), o valor gasto deve ser desdobrado em duas contas no ativo da empresa adquirente: (i) o percentual da participação societária adquirida no patrimônio líquido da investida e (ii) a diferença positiva (ágio) ou negativa (deságio) entre o valor despendido e o valor do item anterior.

Em outras palavras, nos termos do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77, a sociedade adquirente de ativo societário avaliado pelo MEP deve separar o custo da aquisição no valor do patrimônio líquido na época da aquisição e o respectivo ágio ou deságio.

Para contexto, o MEP tem previsão legal no artigo 248 da Lei das Sociedade por Ações, Lei 6.404/1976, (“LSA”), e busca demonstrar os vínculos entre empresas de um mesmo grupo nos balanços.

Por esse ângulo, de forma exemplificativa, se a companhia investidora tiver uma participação acionária de 75% em determinada empresa, a avaliação de seu investimento será equivalente a 75% do valor contábil do patrimônio líquido da empresa investida.

Em resumo, como bem coloca o Mestre em direito tributário, Luís Eduardo Schoueri, o ágio se forma quando uma empresa adquire participação relevante em outra sociedade, sujeitando-se ao MEP.

3. ORIGEM DA DEDUÇÃO FISCAL DE ÁGIO

3.1 DEDUTIBILIDADE FISCAL – NORMAS E ELEMENTOS ESSENCIAIS

A figura do chamado aproveitamento fiscal de ágio decorrente de investimento de empresa em outra e efetivado na aquisição de controle ou participação societária surgiu ao final do ano de 1997, em meio à adoção de medidas de incentivo às privatizações de empreendimentos estatais, visando transferi-los ao setor privado e reduzir a participação do Estado na economia.

Nesse sentido é o entendimento de Roberto Quiroga Mosquera e Rodrigo de Freitas, quando estes assinalam que o tratamento fiscal conferido ao ágio pela Lei nº 9.532/97 *“foi estabelecido no contexto de incentivo às privatizações, em que o Estado brasileiro tinha interesse em oferecer condições vantajosas aos adquirentes e, com isso, conseguir melhores preços”*³.

Com esse fim, buscou-se incentivar a participação de empresas operativas no capital de outras, incrementando fusões e aquisições de negócios, de forma a atrair a participação do capital privado no programa de desestatização em curso.

Importa registrar que, inicialmente, abordarei o presente procedimento sob a ótica das regras anteriores às previstas na Lei nº 12.973/14 (que será tratada em capítulo próprio). Isto é, por ora, considero as regras contidas nos arts. 7º e 8º, da Lei nº 9.532/97, e nos arts. 35 e 37, do Decreto-Lei nº 1.598/77, nos termos do art. 65, da Lei 12.973/14 – regra válida para participação societária adquirida antes de 31/12/2014 e operações de cisão seguida de incorporação anterior a 31/12/2017 –, transcrito a seguir:

LEI Nº 12.973, DE 13/05/2014

Art. 65. As disposições contidas nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e nos arts. 35 e 37 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, continuam a ser aplicadas somente às operações de incorporação, fusão e cisão, ocorridas até 31 de dezembro de 2017, cuja participação societária tenha sido adquirida até 31 de dezembro de 2014.

³ Cf. MOSQUERA, Roberto Quiroga e FREITAS, Rodrigo de. “Aspetos polêmicos do ágio na aquisição de investimento: (i) rentabilidade futura e (ii) ágio interno”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga e LOPES Alexandro Broedel (coords.), *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamento)*, 2º vol. São Paulo, Dialética, 2011, p. 248.

4. TRATAMENTO APLICÁVEL ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 12.973/14

4.1. DEMONSTRATIVO DO FUNDAMENTO ECONÔMICO DO ÁGIO COM BASE EM RENTABILIDADE FUTURA

Dentre todas as possibilidades, a mais corriqueira utilizada para fundamentar o ágio vinha sendo a expectativa de rentabilidade futura.

Por sua vez, o art. 20, do Decreto-lei nº 1.598/77, anterior à Lei nº 12.973/14, determinava a forma de escrituração do ágio, com o desdobramento do custo de aquisição em duas parcelas:

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:

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.

(Destques nossos)

Já o § 2º, do art. 20, do Decreto-lei nº 1.598/77, previa que o lançamento do ágio ou deságio deveria indicar seu fundamento econômico, podendo ser:

- (i) o valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade (“ágio mais-valia”);
- (ii) o valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros (“ágio rentabilidade futura”); ou
- (iii) o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas (“ágio outras razões”).

Com exceção à hipótese deste último item, o registro do ágio deveria ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivaria como comprovante da escrituração.

Assim, quando da aquisição do investimento societário, o contribuinte deveria possuir demonstrativos que suportassem o fundamento econômico do ágio com base em rentabilidade futura.

Em complemento, o § 3º previa que o lançamento do ágio rentabilidade futura (art. 20, § 2º, 'b', do Decreto-lei nº 1.598/77) deveria ter fundamento econômico justificado de acordo com a operação que lhe deu origem, a ser comprovado por meio de demonstrativo arquivado como comprovante da escrituração.

Já o art. 25 do mesmo Decreto-lei expressamente previa que “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”.

No entanto, no contexto das medidas de incentivo às privatizações e aos investimentos no mercado acionário em geral, com o objetivo de incentivar a participação do capital privado e o aumento do preço ofertado nos programas de desestatização das empresas públicas ou de economia mista⁴, foi editada a Lei nº 9.532/97, que passou a expressamente prever o tratamento conferido ao ágio nas hipóteses de combinação de empresas envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio. Veja-se:

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:

(...)

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;

IV - deverá amortizar o valor do deságio 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 durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

(...)

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

⁴ FILHO ANDRADE, Edmar Oliveira. IRPJ e CSLL: Planejamento tributário por indução legal: a amortização do ágio nas reorganizações societárias in Marcelo Magalhães Peixoto org., Planejamento tributário. São Paulo, Quartier Latin, 2004, p. 530.

- a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;
- b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

A própria Lei nº 9.491/97, instituidora do Plano Nacional de Desestatização (conhecido como “PND”), estabelecia que as desestatizações poderiam ser realizadas das mais diversas formas, desde a alienação direta de ativos, até a venda de participações societárias, assegurando que *"a transformação, a incorporação, a fusão ou a cisão de sociedades e a criação de subsidiárias integrais poderão ser utilizadas a fim de viabilizar a implementação da modalidade operacional escolhida"*.

Com a nova legislação, especialmente para os casos de incorporação, fusão ou cisão realizadas entre a sociedade investidora e a investida, ou vice-versa, foi introduzido no ordenamento a possibilidade de a amortização do ágio baseado em rentabilidade futura (art. 20, § 2, ‘b’, do Decreto-lei nº 1.598/77) gerar efeitos fiscais, reduzindo a base de cálculo do IRPJ e da CSLL na sistemática do lucro real, conforme veremos em tópico próprio.

5. AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO

5.1 REQUISITOS

Em termos objetivos, o regime de amortização do ágio foi criado pela Lei nº 9.532/97 (arts. 7º e 8) com o propósito de dar ampla flexibilidade ao investidor que adquirisse investimento com ágio, mobilizando o capital e fomentando o investimento na aquisição de empresas.

Em outras palavras, com a edição da Lei nº 9.532/97, passou a ser prevista no ordenamento uma forma de amortização do ágio cuja contrapartida passou a ser aceita na apuração do resultado tributável como dedução do lucro real. Permitida, portanto, a dedução da amortização do ágio antes tida como indedutível.

As mesmas disposições foram reproduzidas nos arts. 385 e 386, do Decreto nº 3.000/99, Regulamento do Imposto de Renda vigente à época (“RIR/99”):

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

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; 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 inciso anterior.

§ 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:

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.

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior:

(...)

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração. (...)

Assim, quando uma empresa incorporasse aquela em que investiu com custo adicional (ágio) em relação ao seu patrimônio líquido⁵ — efetivamente pago e devidamente demonstrado sob fundamento econômico baseado em rentabilidade futura (expectativa de lucros) — poderia amortizar tal acréscimo de forma antecipada, dentro de um período mínimo de 05 anos (à razão de 1/60, no máximo, para cada mês do período de apuração), em balanços subseqüentes ao evento de incorporação, fusão ou cisão.

Ou seja, a partir da edição da Lei 9.532/97, em seu artigo 7º (regulamentado à época pelos artigos 385, 386 e 387, do RIR/99), passou a ser admitida uma forma de amortização antecipada de ágio com efeitos fiscais — na proporção máxima de 1/60 ao mês — quando uma empresa incorporasse outra na qual detivesse controle ou participação acionaria adquirida com ágio fundamentado economicamente com expectativa de rentabilidade futura, devidamente motivado, comprovado e demonstrado na escrituração contábil.⁶

O ágio, até aquele momento, consistia tão somente numa forma ou critério de avaliação de investimento — e não de dedutibilidade para fins tributários — que havia sido introduzido na contabilidade fiscal — e, por consequência, na escrituração societária — com a edição do Decreto-Lei nº 1.598/77, baixado para normatizar os efeitos tributários decorrentes dos novos procedimentos contábeis então introduzidos pela LSA.

O referido Decreto-Lei nº 1.598/77 consistia não somente numa espécie de antídoto na apuração de resultados fiscais das pessoas jurídicas, prevenindo ou dosando repercussões tributárias decorrentes dos novos procedimentos contábeis introduzidos pela LSA, como também veio acrescentar a esta o conceito do ágio e a respectiva forma de amortização — figura até então obscura no texto original da lei societária.

⁵ O mesmo racional se aplica aos casos em que a “*empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária*”, contemplando, assim, as hipóteses de incorporação reversa ou às avessas, quando a empresa incorporada fosse a detentora da participação societária da incorporadora.

⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 66.

O texto dos artigos 20, 21, 22, 23 e 25, do Decreto-Lei nº 1.598/77, trouxe definições, restrições e regramentos ao tratamento contábil do ágio e seus efeitos fiscais decorrentes da avaliação de investimentos de uma sociedade empresaria em outra. Com a edição da Lei 12.973/14, alguns desses regramentos foram alterados.

A seguir, transcrevo os referidos artigos do Decreto-Lei nº 1.598/77, ressaltando que, dentre as alterações efetuadas após a edição da Lei 12.973/14, serão indicadas apenas aquelas que forem relevantes para a análise da presente monografia.

DECRETO-LEI N° 1.598, DE 26/12/1977

SUBSEÇÃO II - INVESTIMENTO EM SOCIEDADES COLIGADAS OU CONTROLADAS AVALIADO PELO VALOR DE PATRIMONIO LÍQUIDO

DESDOBRAMENTO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO

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:

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.

AVALIAÇÃO DO INVESTIMENTO NO BALANÇO

Art 21 - Em cada balanço o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no artigo 248 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as seguintes normas:

I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até 2 meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda.

II - se os critérios contábeis adotados pela coligada ou controlada e pelo contribuinte não forem uniformes, o contribuinte deverá fazer no balanço ou balancete da coligada ou controlada os ajustes necessários para eliminar as diferenças relevantes decorrentes da diversidade de critérios;

III - o balanço ou balancete da coligada ou controlada levantado em data anterior à do balanço do contribuinte deverá ser ajustado para registrar os efeitos relevantes de fatos extraordinários ocorridos no período;

IV - o prazo de 2 meses de que trata o item I aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades, de que trata o § 4º do artigo 20, de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente.

IV - o prazo de 2 meses de que trata o item aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimentos relevantes que devam ser avaliados pelo valor de patrimônio líquido para efeito de determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada.

V - o valor do investimento do contribuinte será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido ajustado de acordo com os números anteriores, da porcentagem da participação do contribuinte na coligada ou controlada.

AJUSTE DO VALOR DO INVESTIMENTO E DIVIDENDOS

Art 22 - O valor do investimento na data do balanço (art. 20, I), depois de registrada a correção monetária do exercício (art. 39), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo 21, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento.

CONTRAPARTIDA DO AJUSTE NO VALOR DO INVESTIMENTO

Art. 23 - A contrapartida do ajuste de que trata o artigo 22, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real.

Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

~~*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. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)*~~

Art. 25. A contrapartida da redução dos valores de que tratam os incisos II e III do caput do art. 20 não será computada na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 33. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

Note-se que a referida norma ao definir o ágio como sendo a diferença (positiva) entre o custo de aquisição do investimento e o seu valor correspondente registrado na contabilidade da pessoa jurídica investida, exigia sua escrituração em subcontas distintas, de forma a ver destacada a parcela correspondente ao patrimônio líquido da investida e o valor adicional (ágio) eventualmente suportado na aquisição do investimento.

O mesmo texto determinava ainda que o registro do ágio na contabilidade da empresa que o tivesse suportado (investidora) deveria indicar o respectivo fundamento econômico motivador – valor de mercado, expectativa de rentabilidade futura ou fundo de comércio/intangíveis/outras razões econômicas –, como também definia que a empresa investidora, no tocante aos tais fundamentos econômicos iniciais, deveria manter demonstração arquivada como forma de comprovar e justificar seu lançamento.

Assim, em complementação à lei que regia a escrita comercial e/ou societária (LSA), o artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77 trazia em seu texto a metodologia e critérios a serem observados pelas sociedades quanto à avaliação de investimentos em outras sociedades – no que se incluía o tratamento a ser dado a eventuais ágios suportados, efetivamente pagos, nas aquisições societárias.

Nos demais artigos do mesmo diploma legal, notadamente os 22, 23 e 25, havia menção de que tanto as contrapartidas por ajuste decorrente de aumento ou redução no patrimônio líquido do investimento (equivalência patrimonial), quanta aquelas decorrentes de ágio contabilizado, não deveriam ser computadas na determinação do lucro real. Dessa forma, anulavam-se fiscalmente eventuais repercussões de lançamentos efetivados pelas sociedades empresariais em suas escritas em decorrência de investimentos societários adquiridos com custo superior ao valor representativo no Patrimônio Líquido da empresa investida.

Ou seja, embora se aceitasse na escrita societária a contabilização de despesas na medida em que se amortizava o ágio, a norma tributária impedia, sob regra, que tal dedução repercutisse sobre a base de cálculo do imposto de renda das empresas, exigindo-se sua anulação via adição do mesmo valor no computo do resultado fiscal. Dessa forma, somente se permitia impacto fiscal do ágio amortizado quando efetivada a realização do investimento, na forma de alienação ou baixa do mesmo.

Conclui-se, portanto, de acordo com o previsto na legislação tributária, que a dedutibilidade do ágio rentabilidade futura na apuração do lucro real estava legalmente condicionada a determinados requisitos, sendo eles:

- (i) Ocorrência de evento de absorção de patrimônio de uma empresa por outra — via incorporação, fusão ou cisão —, na qual já existisse, anteriormente, investimento feito com o ágio suportado;
- (ii) Registro do referido ágio, pela investidora, em contrapartida à conta do bem ou direito que lhe deu causa;
- (iii) Amortização em resultados tributáveis apurados posteriormente ao evento de incorporação, fusão ou cisão, à razão máxima de 1/60 por mês;
- (iv) Custo de aquisição, incluído o ágio, efetivamente suportado — pago — pela empresa investidora e/ou adquirente; e,
- (v) Demonstração da fundamentação econômica desse ágio, baseada em expectativa de rentabilidade futura.

Trata-se de regra bastante objetiva: se uma dada pessoa jurídica absorve patrimônio de outra na qual detém “participação societária adquirida com ágio” (ou vice-versa), poderá amortizar fiscalmente tal ágio, bastando, para tanto, que este esteja baseado em rentabilidade futura.

Contudo, a validade da dedutibilidade fiscal do ágio na apuração do lucro tributável das empresas passou a ser questionada pelo Fisco, inclusive nos casos em que observadas as disposições legais, sob o argumento de utilização de arranjos societários artificiosos. São exemplos de arranjos fictícios já consagrados pelo Carf e doutrina: (i) o ágio interno (ocorrido na aquisição de participação entre partes relacionadas); ou (ii) ágio decorrente de operação societária na qual não há efetivo desembolso do preço.

Voltando ao histórico do ágio fiscal – ou instituto tributário do ágio – considerando-se o contexto econômico aliado às políticas governamentais do período, tornam-se claras a intenção, o alcance e os limites impostos pelo legislador tributário ao conceber a possibilidade de dedutibilidade fiscal do ágio visando estimular empresas privadas a assumirem, num ambiente de negócios – envolvendo empresas autônomas e existentes de fato –, a aquisição do controle acionário de companhias estatais postas à venda.

Ao estimular potenciais investidores a se habilitarem ao aproveitamento fiscal do ágio, exigia-se que preenchessem certas condições e requisitos estabelecidos, os quais podem ser resumidos na possibilidade de empresas, após evento de incorporação societária, deduzir do resultado tributável, ao longo de determinado período, o custo adicional – ágio – incorrido na aquisição de investimento em empresas cujo valor investido tenha sido motivado economicamente por expectativa de rentabilidade futura, comprovadamente demonstrada.

Nesse contexto, cabe ressaltar que os requisitos necessários ao aproveitamento fiscal de ágio decorrente de investimentos de uma sociedade empresaria em outra, conforme já mencionado, foram concebidos num cenário que visava estimular a participação de empresas privadas no capital de empresas estatais – especialmente aquelas que exploravam serviços públicos sob regime de concessão pública.

5.1.1 Propósito Negocial

Nos últimos anos, os planejamentos tributários desenvolvidos pelas empresas, ainda que sustentados em práticas fiscais puramente legais e lícitas, têm sido objeto de revisão pelas autoridades fazendárias, e, em algumas oportunidades, têm sofrido a desconsideração de atos e negócios jurídicos, sob a justificativa de que lhes faltam uma motivação mercantil, ou na linguagem expendida pela Medida Provisória 66/2002, um propósito negocial.

Referida Medida Provisória autorizava a desconsideração, para fins fiscais, de negócios jurídicos sem “propósito negocial” ou praticados mediante “abuso de forma”, além de reconhecer que o procedimento de desconsideração por ele instituído não alcançava negócios jurídicos viciados por “dolo, fraude ou simulação” (art. 13, parágrafo único).

O Congresso Nacional, porém, rejeitou tais disposições na conversão da Medida Provisória nº 66/02 na Lei nº 10.637/02, por considerar a nova competência um poder excessivo. Consta do voto do Deputado Benito Gama, Relator do Projeto de Conversão da Medida Provisória em lei, aprovado em Plenário:

(...) não tem nenhuma urgência, e pouca relevância, despejar ensaios precipitados e imaturos, eivados de marcas autocráticas e de visíveis injuridicidades, a respeito de critérios e mecanismos antielisivos nitidamente afrontosos à consciência jurídica dominante, de que tratam os artigos 13 a 19. Estamos saneando esta inadmissibilidade mediante a supressão desses dispositivos.⁷

A partir daqui, indica o Fisco, em diversas autuações, negócios combinados no Brasil, promovidos indiscriminadamente após a edição da Lei 9.532/97, cujas circunstâncias e formas em que se estabeleceram teria revelado, quando submetidas a uma análise fiscal mais aprofundada, diversos abusos na configuração deste instituto.

Como resultado, observamos precedentes do Carf dando guarita ao entendimento do Fisco. Isto é, notamos reiterados julgados que entendiam que os negócios de tal natureza se apresentariam, em geral, sob um mesmo invólucro, qual seja: inserção, entre a operação comercial e seus agentes efetivos, de entidades meramente interpostas, sem relação objetiva com o negócio de fato estabelecido, muitas vezes acompanhadas de atos societários sequenciais, meramente formais e carecendo, em regra, de motivação econômica ou propósito comercial legítimo.⁸

Nesse sentido, teríamos frequentes arranjos societários artificiosos, com a utilização de empresas despidas de propósito econômico, tratando de negócios combinados, caracterizados pela gestação entre sociedades sob mesmo controle ou vontade comum, objetivando, única e exclusivamente, a obtenção de vantagens tributárias.

Com efeito, observamos que a jurisprudência do Carf passa a considerar cada vez mais a suposta essência dos atos sobre a forma na aplicação das regras contábeis às situações concretas.

Para tanto, vemos a frequente utilização do princípio da essencialidade dos atos por meio das disposições contidas no Código Civil, conforme seu art. 112:

LEI N° 10.406, DE 10/01/2002

⁷ Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3489445&disposition=inline>>. Acesso em 15/09/2020.

⁸ Carf, Acórdão nº 1401-003.731, julgado em 17/09/2019.
Carf, Acórdão 1401-004.267, julgado em 10/03/2020.

Art. 112. Nas declarações de vontade se atendera mais a intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem.

Tal passagem da norma civilista sustenta que a vontade real é o elemento que determina os efeitos jurídicos dos atos e negócios formais, fato comumente levantado pelo Fisco para defender a ocorrência de simulações nas operações societárias das empresas. Dessa forma, entende-se que, conhecida a verdadeira vontade – intenção – e identificado eventual conflito entre esta e a vontade declarada – manifesta – a envolver ato ou negócio jurídico formalizado por determinada pessoa física ou jurídica, há de prevalecer a primeira – intenção ou vontade real.

No Brasil, o reconhecimento do propósito negocial tem sido apreciado pelo Carf como requisito da validade jurídica do planejamento tributário.

Conforme analisaremos nos próximos tópicos, a jurisprudência administrativa atribui grande relevância a elementos como: a interdependência entre as partes, o lapso temporal entre as operações do planejamento e o efetivo desembolso do pagamento; para julgar a existência ou não de propósito negocial.

Com efeito, nos termos de reiterados julgados do Carf, a validade da dedutibilidade fiscal de ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura passam a se submeter às condições a seguir elencadas:

- 1) Existência de laudo – ou documento equivalente –, arquivado na ocasião da operação como demonstração do ágio suportado pela empresa investidora, de autoria técnica e isenta e conteúdo suficiente a motivar o pagamento de valor adicional pelo investimento adquirido, em relação ao valor representado na contabilidade da empresa investida;
- 2) Existência de efetivo pagamento pelo investimento adquirido, no qual esteja contemplado o custo total da aquisição, incluída a parcela de ágio, cujo ônus financeiro tenha recados, de fato, sobre o adquirente que contabilizou e formalizou o investimento;
- 3) Existência de documento contendo os elementos justificadores do ato/evento societário de incorporação, a partir do qual se deflagrara a amortização do ágio;
- 4) Existência de lapso temporal entre a contabilização do ágio e a data do evento societário deflagrador da sua amortização – incorporação – suficiente a

empregar razoabilidade aos eventos societários formalizados frente a realidade negocial;

- 5) Existência de independência negocial entre as pessoas jurídicas envolvidas na formalização do ágio, com autonomia administrativa das partes e respectiva substância econômica a materializar suas constituições formais e objetos societários;
- 6) Ocorrência de confusão patrimonial entre investidora original e investida, ocasião na qual o investimento adquirido com ágio se extingue; e
- 7) As empresas envolvidas devem ser caracterizadas como pessoas jurídicas, conforme definidas no Regulamento do Imposto de Renda.

5.1.2 *Laudo de avaliação*

Elemento constantemente levado em consideração pelos julgadores do Carf, antes dos novos requisitos trazidos pela Lei nº. 12.973/2011, na hora de avaliar a existência de propósito negocial era a presença de laudo de avaliação da operação societária.

Sendo assim, no momento da participação societária, era interessante a guarda do laudo ou demonstrativo que suportasse o fundamento econômico do ágio pago. Para entender qual seria o tratamento fiscal aplicável ao ágio pago, é imprescindível conhecer as razões que deram base para o pagamento de ágio.

Nesse sentido, o Carf já analisou a ausência do laudo de avaliação que fundamenta o ágio pago, *in verbis*:

ÁGIO. GLOSA DE AMORTIZAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO QUE JUSTIFIQUE A AQUISIÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA PARA FUNDAMENTAR O ÁGIO COM BASE NA RENTABILIDADE FUTURA. ÔNUS DO SUJEITO PASSIVO. LAUDO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE

A demonstração do fundamento econômico da mais valia paga deve ser contemporânea ao reconhecimento do ágio na escrita contábil do contribuinte. Embora a legislação não estabeleça a forma dessa demonstração, o corolário é que esta deva existir ao menos na data do registro da aquisição da participação societária, com vistas ao seu desdobramento contábil. Trata-se de requisito legal indispensável, à cargo do sujeito passivo para fruição do benefício fiscal estabelecido.

Não tem o Fisco que demonstrar qual seria o “outro fundamento econômico” para o ágio pago, mas sim ao contribuinte comprovar, mediante documentação hábil e idônea, que pagou o ágio baseado na

rentabilidade futura projetada para o investimento.⁹

Como visto, o Carf pacificou entendimento no sentido de que sua falta já seria, *per se*, suficiente para impor óbice à amortização fiscal do ágio.

Ainda assim, cumpre destacarmos que de acordo com a legislação anterior, a demonstração do fundamento econômico não exigia a comprovação através de laudo técnico, podendo ser este fundamento documentado através de qualquer forma de demonstração contemporânea aos fatos. Corroborar esse posicionamento o entendimento do Carf:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

ÁGIO. FUNDAMENTO. DEMONSTRAÇÃO CONTEMPORÂNEA AOS FATOS. NECESSIDADE.

A lei exige que o lançamento do ágio com base no valor de mercado ou na expectativa de rentabilidade futura seja baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Não há a exigência de que a comprovação se dê por laudo, mas por qualquer forma de demonstração, contemporânea aos fatos, que indique por que se decidiu por pagar um sobrepreço.

Caso em que se demonstrou que o ágio foi pago com base na expectativa de resultados futuros, tanto por documentos contemporâneos ao investimento, quanto por laudo elaborado posteriormente com base em informações da época.¹⁰

Isso porque, a legislação previa como única exigência a necessidade de um “demonstrativo” da fundamentação do ágio com expectativa de rentabilidade futura. Não havia qualquer definição/norma quanto à forma e a formalização de tais demonstrativos.

Com efeito, o § 3º do art. 20, do Decreto-lei nº 1.598/77, exigia como única obrigação dos contribuintes elaborar “demonstração” do fundamento econômico adotado. Não havia qualquer especificação sobre o momento em que se deveria elaborar tal demonstração, exigindo-se apenas que fosse calculado sobre a situação do Patrimônio Líquido da época da aquisição da sociedade.

Em atenção à legislação supracitada, o RIR/99 reiterou seu teor em seu art. 385, de maneira que se exigia apenas a apresentação de “demonstração” baseada no patrimônio líquido da época da aquisição.

⁹ Carf, Acórdão nº 1301-001.637, julgado em 28/08/14.

¹⁰ Carf, Acórdão nº 1102-001.018, Julgado em 12/02/14.

Nesse contexto, contribuintes defendem que não havia obrigatoriedade de emissão de laudo prévio ao reconhecimento do ágio antes das alterações promovidas pela Lei nº 12.973/14.

Nesse sentido, verificamos a emissão do documento após a conclusão do negócio, ponto muito bem elucidado pelo professor Luís Eduardo Schoueri:

Não é incomum que, depois da conclusão do negócio, produzam-se laudos de avaliação com a finalidade exclusiva de atender à fiscalização. Não se pode condenar essa cautela e o laudo assim elaborado, desde que fiel às circunstâncias do negócio, pode complementar os elementos de prova, de modo a permitir que se alcance o elemento subjetivo – motivo determinante do pagamento do ágio.¹¹

Abrindo breve parênteses, cabe destacar que a nova regulamentação estabelecida pela Lei nº 12.973/14 determina que o laudo deve ser produzido em até 13 meses depois da operação (alteração do art. 20, §3º, do Decreto-Lei nº 1.598/77).

Finalmente, ainda que não fosse aceito o laudo posterior, entende Luís Eduardo Schoueri que deveriam ser aceitos os demais documentos/estudos que atestam o ágio de rentabilidade futura, à época da operação:

É prática comum, em operações societárias de maior porte, que compradores e vendedores se façam valer da assessoria de especialistas, no mercado que se denomina mergers and acquisitions. Em circunstâncias normais, os assessores avaliarão a empresa a ser adquirida (target company), propondo ao comprador uma certa margem (range) para a fixação do preço. Ocorrendo tais circunstâncias, a apresentação à fiscalização, pelo contribuinte, do relatório que levou à tomada de sua decisão parece ser elemento importantíssimo para a prova da fundamentação do ágio pago.

A documentação assim apresentada não precisa, portanto, ter necessariamente a forma de um laudo. Muitas vezes, a decisão se faz a partir de uma apresentação de slides, quando muito corporificados em um Relatório Executivo (Executive Summary), onde os principais elementos para a tomada de decisão surgem como meros tópicos (bullet points).

Se essa é a prática empresarial, a exigência de um laudo de avaliação revela-se formalidade descabida. A ‘demonstração’ se faz com os documentos que de fato serviram para a tomada de decisão.

¹¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em Reorganizações Societária – Aspecto Tributários. São Paulo: Dialética, 2012, p. 35

5.1.3 *Existência de independência negocial entre as pessoas jurídicas*

Outro elemento considerado pelo Carf era a interdependência entre as partes.

Em outras palavras, para o Carf, ainda que não houvesse nenhuma afronta à lei tributária, a formação de ágio em operações societárias realizadas entre empresas do mesmo grupo econômico pode não justificar o propósito negocial, haja vista que essas operações não produzem efeitos econômicos perante terceiros.

Sendo assim, na visão do Carf, operações realizadas entre partes não ligadas pressupõem independência negocial, com existência autônoma das pessoas jurídicas envolvidas na negociação originária de ágio.

Nesse sentido, vejamos o julgado abaixo do Carf, que nos ajuda a visualizar como a independência entre as partes poderia ser importante para caracterizar a existência de propósito negocial:

INCORPORAÇÃO DE EMPRESAS DO MESMO GRUPO. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. RENTABILIDADE FUTURA. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

Não é aceita, para fins fiscais, a amortização de ágio obtido por meio de operações ocorridas dentro de um mesmo grupo e decorrente de incorporação de pessoa jurídica em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade negocial ou societária, faltando, inclusive, à luz da Teoria da Contabilidade, a necessária independência entre as partes envolvidas.¹²

Como pode-se observar por meio da leitura do precedente supracitado, a formação de ágio entre operações realizadas por empresas do mesmo grupo econômico poderia acarretar a glosa dos valores que foram amortizados.

5.1.4 *Existência de lapso temporal entre a contabilização do ágio e a data do evento societário deflagrador da sua amortização*

Além dos elementos já mencionados, também podemos citar a temática do lapso temporal entre as operações societárias que ensejaram a criação do ágio, que é bastante considerada pelo Carf na hora de avaliar a existência de propósito negocial da operação.

Com efeito, o elemento do lapso temporal adquire uma maior relevância nas

¹² Carf, Acórdão nº 1402-001.229, julgado em 06/11/12.

operações em que a constituição do ágio é meramente formal e se faz mediante a utilização de “empresas veículo”.

Como adiantado, passou o Fisco a entender que a integração patrimonial da empresa investidora e investida não demandaria apenas a fusão ou incorporação destas sociedades, mas também a efetiva combinação de atividades negociais, sem que a empresa investidora pudesse ter como propósito a própria aquisição da investida. Por isso a denominação que se passou a adotar, “empresa-veículo”, que seria constituída objetivando, única e exclusivamente, a obtenção de vantagem tributária (viabilizando a amortização do ágio na investidora, após incorporação).

Noutro giro, em que pese a amortização do ágio baseado em rentabilidade futura ser um direito expressamente previsto na Lei nº 9.532/97, as autoridades fiscais têm frequentemente descaracterizado as organizações societárias realizadas pelos contribuintes, por se caracterizarem como artificiais, e glosado os valores deduzidos a título de amortização do ágio.

No entendimento do Carf, a utilização de empresa veículo, de curta duração, para a formação do ágio pode implicar na glosa dos créditos, *in verbis*:

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

A utilização de empresa veículo, de curta duração, constitui prova da artificialidade desta sociedade e das operações em que tomou parte, notadamente quando há transferência do ágio a terceiros. Não produzem o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo as operações que envolvam a transferência do ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, quando praticadas sem finalidade negocial ou societária.¹³

Como podemos inferir do precedente supracitado, nas operações em que o ágio é constituído entre empresas do mesmo grupo econômico, faz-se importante analisar o lapso temporal em que as operações ocorreram, com o propósito de se verificar a utilização de empresa veículo, de vida efêmera, que muitas vezes acaba sendo criada e extinta no mesmo dia, com o único intuito de transferir ágio entre as empresas – assunto que trataremos mais detidamente em tópico próprio.

5.1.5 Efetivo pagamento do custo da aquisição, inclusive o ágio

¹³ Carf, Acórdão nº 9101-004.819, julgado em 03/03/2020.

Outra premissa essencial no reconhecimento de ágio, segundo decisões do Carf. Nessa esteira, se admitir que o ônus financeiro suportado pelo efetivo pagamento de determinada aquisição de ativos envolvendo ágio pudesse recair sobre pessoa jurídica distinta da que se apresenta formalmente ao fisco, contabilizando-o como valor adicional, legitimaria qualquer tipo de arranjo negocial, afrontando a essência normativa desse instituto.

5.1.6 Demonstração da lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como da expectativa de rentabilidade futura

Tal premissa, replicada em decisões do Carf, entende que demonstração deve basear em fundamentos legítimos que levam determinada empresa a investir em ativos de outra pagando valor superior ao contabilizado na adquirida, exigindo-se comprovação documental – laudo ou documento equivalente – idônea, tecnicamente apropriada, tempestiva e isenta, onde se demonstre, de fato, elementos e projeções suficientes a motivar tal decisão.

5.1.7 Ocorrência de confusão patrimonial entre investidora e investida, acarretando o cancelamento do investimento adquirido com ágio

Outro ponto reiteradamente trazido pelo Carf, entende que a aquisição patrimonial implica sacrifício patrimonial da incorporada ou da incorporadora. Por conseguinte, não se poderia admitir despesa com amortização de ágio, na redução do lucro tributável pelo IRPJ, se esse mesmo ágio fosse obtido, pela incorporadora ou pela incorporada, mediante transferência, para aumento ou integralização de capital, de investimento adquirido por terceiro com mais valia.

Noutros termos, a influência no resultado tributável pelo IRPJ só teria amparo legal se houver a confusão patrimonial entre a investidora e a investida.

5.1.8 As empresas envolvidas devem ser contribuintes do imposto, conforme definidas no Regulamento do Imposto de Renda

Finalmente, outro ponto bastante utilizado pelo Fisco visando evitar a

utilização de empresas estrangeiras para dedutibilidade de ágio é a leitura dos arts. 146 e 147 do RIR/99, consideram-se pessoas jurídicas, contribuintes do imposto de renda, as pessoas jurídicas de direito privado domiciliadas no país, sejam quais forem os seus fins, nacionalidade ou participantes em seu capital.

Assim, o benefício fiscal da dedutibilidade do ágio somente seria aplicável quando o evento de incorporação ocorresse entre duas empresas, efetivamente operacionais, que estejam domiciliadas no Brasil. Permitir o benefício fiscal da amortização do ágio em operações de incorporação, envolvendo pelo menos um não residente, estaria fora do escopo da norma.

Por outro lado, cabe aqui ressaltar que a legislação mencionada não traz qualquer restrição à possibilidade de amortização de ágio a empresas brasileiras detidas por investidores estrangeiros.

Nessa linha, o raciocínio do Fisco efetivamente dificulta a amortização do ágio apurado em operações envolvendo aporte de capital de empresa estrangeira, a qual adquire participação em uma empresa brasileira.

Também é constantemente levantado pelos contribuintes que a interpretação do Fisco representaria quebra de isonomia, considerando que, então, apenas seria admitido às empresas brasileiras a aquisição de participação com aproveitamento fiscal do ágio.

De todo modo, não estando contemplados quaisquer destes requisitos em eventual ágio formalizado pelo sujeito passivo, na maioria dos casos, verificamos a glosa, pelo Carf, dos efeitos fiscais sobre a base tributável do sujeito passivo, mediante lançamento de ofício por parte da autoridade fiscal.

6. O CONCEITO DE ÁGIO E SEU TRATAMENTO FISCAL E CONTÁBIL APÓS A LEI 12.973/2014

6.1. CONCEITO DE ÁGIO

Uma vez ultrapassado o regime jurídico contábil fiscal que regia o ágio até 2013, há que destacar as principais alterações trazidas com o novo marco legislativo.

Num processo de alinhamento e convergência a padrões internacionais de contabilidade, tivemos as edições das Leis nº 11.638/07 e 11.941/09, pelas quais foram introduzidas importantes alterações em nosso sistema de contabilidade societária. Notadamente no que tange a forma de registro e avaliação de investimentos das sociedades – que passaram a ser guiadas pela ótica do valor justo dos ativos e passivos avaliados (ou valor presente), facilitando as respectivas análises dos seus balanços, tanto para potenciais investidores, quanto para aqueles que as gerenciam ou por elas respondem.

Em 2010, conforme a contabilidade internacional e levando em consideração o Internacional Financial Reporting Standards (IRFS) de número 3, foi emitido o pronunciamento do CPC 15 R, que passou a delimitar as regras contábeis para as combinações de negócios no Brasil, e assim, a forma como o *goodwill* devia ser mensurado e contabilizado.

Em outras palavras, a maior diferença reside no fato de o patrimônio da investida dever ser levado a valor justo¹⁴ antes que o ágio seja reconhecido.

Dessa feita, o conceito de ágio, antes apregoado como mero resultado positivo entre valor pago na aquisição do ativo e o seu valor contábil correspondente sobre o patrimônio líquido da sociedade investida, consolidou-se, após a edição da Lei nº 12.973/14, como sendo a diferença existente entre aquilo que se pagou pelo bem e seu valor atual (valor justo) no mercado. Ou seja, apenas depois de trazer o ativo a valor justo é que se poderia, portanto, falar em ágio suportado (*goodwill*). Ainda assim, para que fosse excluído na apuração do

¹⁴ “CPC 15 - 19. Em cada combinação de negócios, o adquirente deve mensurar qualquer participação de não controladores na adquirida pelo valor justo dessa participação ou pela parte que lhes cabe no valor justo dos ativos identificáveis líquidos da adquirida.

lucro real seria preciso testar periodicamente as condições da mais valia que motiva eventual acréscimo no custo da aquisição do investimento.

Em suma, podemos destacar duas importantes consequências trazidas pela Lei nº 12.973/14:

- (i) Foi reduzida a base de apuração do ágio, uma vez que o valor da compra passou a ser contraposto ao valor justo do patrimônio líquido da empresa investida (ou seja, com reavaliação dos ativos e reconhecimento daqueles não identificados, como os intangíveis); e
- (ii) Foi estabelecida ordem de preferência para o fundamento econômico, pois a mais-valia dos ativos devia ser reconhecida *ab initio*, relegando o ágio a um valor residual¹⁵

No tocante ao aproveitamento fiscal do ágio em investimentos, a edição da Lei 12.973/14 veio solidificar o alinhamento entre os conceitos tributário e contábil para o instituto do ágio, implicando na adoção de nova sistemática para efetivação do seu aproveitamento fiscal. Assim, a referida Lei sacramentou o fim da amortização contábil do ágio, vedando de vez a respectiva despesa de amortização deste. Com isso, a dedução fiscal do ágio passou a se efetivar mediante exclusão efetuada diretamente na apuração do lucro real.

Portanto, se antes havia uma despesa com amortização de ágio na escrita contábil, que poderia se converter em parcela dedutível na apuração do resultado fiscal, seu aproveitamento passou a se equivaler a uma espécie de benefício fiscal, a ser diretamente deduzido/excluído na apuração do lucro real – se preenchidos, evidentemente, os requisitos normativos para tal.

Dessa forma, como afirma Moreira, com a lei 12.973/14, tivemos a evolução do conceito de ágio, que passou a ser a diferença entre o custo de aquisição e o valor justo do investimento:

A lei 12.973/2014 instituiu novas exigências quanto à possibilidade de sua dedução em casos de reorganização societária, passando a prever a impossibilidade de aproveitamento fiscal do ágio gerado a partir de aquisições de investimentos entre parte dependentes.
(...)

¹⁵ LOBATO, Valter de Souza. O Ágio no Direito Tributário e Societário, Questões Atuais, São Paulo. Editora Quartier Latin do Brasil, 2015, p. 114.

O distanciamento da definição legal de ágio em relação ao seu conceito teórico-contábil certamente não foi a melhor escolha por parte do legislador, possibilitando o surgimento de formas jurídicas demasiadamente discrepantes em relação ao mundo do ser.¹⁶

6.2 LEGISLAÇÃO FISCAL REFERENTE AO TRATAMENTO DO ÁGIO APÓS A REALIZAÇÃO DO INVESTIMENTO QUE LHE DEU ORIGEM

Com o advento da Lei nº 12.973/14, a legislação tributária se adequou à legislação societária e às normas contábeis e, dessa forma, o ágio contabilizado só poderia ter seu valor reduzido por meio de teste de recuperabilidade (*impairment*).

Assim, ágios contabilizados por empresas que eventualmente os carregavam em seus patrimônios, bem como os novas, desde que elegíveis, deixaram de ser amortizados na escrita societária de forma automática e linear, ficando sua valoração dependente de teste periódico de avaliação de recuperabilidade (*impairment*). Dessa forma, tornou-se imperioso verificar, de tempos em tempos, se o ativo ainda possuiria o mesmo valor implícito – podendo inclusive resultar numa baixa contábil com efeitos no demonstrativo de resultado da empresa, porém, sem efeitos tributários, se constatada uma redução em seu valor de mercado, ou na mais valia esperada.

6.3. REQUISITOS PARA DEDUTIBILIDADE APÓS A LEI 12.973/14

A Lei 12.973/14 e suas regulamentações trouxeram e alteraram os requisitos antes existentes e autorizadores à dedutibilidade. Schoueri afirma que ao analisarmos atentamente a redação do artigo 20, § 3º, do Decreto-Lei nº 1.598/77, entendemos que o legislador tenha estipulado requisitos formais e materiais para definir a validade da demonstração do fundamento do ágio, como o fez em outras circunstâncias.¹⁷

Abaixo, os critérios alterados pela legislação.

¹⁶ MOREIA, André Mendes; GAIA, Patricia Dantas; CAMPOS, Eduardo Lopes de Almeida. O tratamento fiscal do ágio e a problemática do ágio interno antes e após a vigência da Lei nº. 12.973/2014. São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário n. 228, 2014, p. 12.

¹⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo: Dialética, 2012. p. 33.

6.3.1. *Evento especial societário*

O aproveitamento fiscal do ágio apurado será mediante exclusão para fins de apuração do Lucro Real, indo de acordo com o disposto no art. 22, da Lei nº 12.973/14.

Art. 22. O valor do investimento na data do balanço, conforme o disposto no inciso I do caput do art. 20, deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no art. 21, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

Este dispositivo legal não faz nenhuma alusão ao período em que a dedução do ágio por rentabilidade futura deva se iniciar, mencionando apenas que a partir dos eventos de incorporação, fusão ou cisão, o ágio apurado poderá ser deduzido.

Dessa forma, visto essa omissão, e pela ausência de precedentes jurisprudenciais encontrados que dispusessem que a dedução do ágio por rentabilidade futura deva se iniciar necessariamente no mês subsequente à incorporação, fusão ou cisão, pode-se afirmar que a dedução fiscal não precisa se iniciar exatamente no mês subsequente à incorporação, fusão ou cisão.

E conforme se depreende da análise literal do art. 22, da Lei nº 12.973/14, a dedução do ágio apurado é uma faculdade e não uma obrigação, pois neste dispositivo verifica-se o vocábulo “poderá”.

Sendo assim, o não início da dedução fiscal do ágio, logo após a incorporação da empresa adquirida, em nada interfere na possibilidade de aproveitamento posterior desse ágio apurado.

6.3.2. *Partes não dependentes*

Ainda na esteira do artigo 22, da Lei nº 12.973/14, verificamos que o ágio decorrente da aquisição de participação societária com fundamento na rentabilidade futura somente será dedutível caso tenha sido originado da aquisição de participação societária entre partes não dependentes – ponto já levantado pelo Fisco antes da elaboração da nova Lei. Vejamos abaixo:

Art. 22. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com ágio por rentabilidade futura (goodwill) decorrente da aquisição

de participação societária entre partes não dependentes, apurado segundo o disposto no inciso III do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, poderá excluir para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subsequentes o saldo do referido ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração. (Vigência)

Nessa toada, temos a definição de “partes não dependentes” no artigo 25 da referida Lei:

Art. 25. Para fins do disposto nos arts. 20 e 22, consideram-se partes dependentes quando: (Vigência)

I - o adquirente e o alienante são controlados, direta ou indiretamente, pela mesma parte ou partes;

II - existir relação de controle entre o adquirente e o alienante;

III - o alienante for sócio, titular, conselheiro ou administrador da pessoa jurídica adquirente;

IV - o alienante for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro das pessoas relacionadas no inciso III; ou

V - em decorrência de outras relações não descritas nos incisos I a IV, em que fique comprovada a dependência societária.

Parágrafo único. No caso de participação societária adquirida em estágios, a relação de dependência entre o(s) alienante(s) e o(s) adquirente(s) de que trata este artigo deve ser verificada no ato da primeira aquisição, desde que as condições do negócio estejam previstas no instrumento negocial.

Da leitura atenta do artigo 25, da Lei nº 12.973/14, percebe-se que o legislador instituiu um conceito bastante amplo para “partes não dependentes”, inviabilizando, desta forma, o surgimento do ágio decorrente de operações entre sociedades pertencentes ao mesmo grupo econômico ou entre partes relacionadas.

6.3.3. *Laudo*

Como adiantado, cumpre ressaltar que, de acordo com a legislação anterior, a demonstração do fundamento econômico não exigia a comprovação através de laudo técnico, podendo ser este fundamento documentado através de qualquer forma de demonstração contemporânea aos fatos.

Por outro lado, a Lei 12.973/14 estabeleceu a obrigatoriedade da elaboração do referido laudo de avaliação. Nesse sentido, podemos encontrar seus requisitos no

art. 20, §3º, do mencionado diploma legal. Vejamos:

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:

(...)

§ 3º O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado em 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.

Dentre as diversas alterações realizadas, o art. 2º, da Lei nº 12.973/14, trouxe nova redação ao § 3º, do art. 20, do Decreto-lei nº 1.598/77, alterando (i) a forma da “demonstração” da justificativa do ágio baseado em rentabilidade futura, passando agora a exigir a elaboração de laudo; e (ii) introduziu critério temporal para apresentação e elaboração do referido laudo, conforme comparativo a seguir transcrito.

Texto Original do Decreto-lei nº 1.598/77

§ 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.

Texto alterado pelo art. 2º da Lei nº 12.973/14

§ 3º O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado em 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.

Ou seja, cabe destacar que a nova regulamentação estabelecida pela Lei nº 12.973/14 determina que o laudo deve ser produzido em até 13 meses depois da operação (alteração do art. 20, §3º, do Decreto-Lei nº 1.598/77).

Também se introduziu norma que condicionou o aproveitamento fiscal do ágio ao registro tempestivo do laudo, conforme o artigo 22, § 1º, I, da Lei nº 12.973/14:

*§ 1º O contribuinte não poderá utilizar o disposto neste artigo, quando:
I - o laudo a que se refere o § 3º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, não for elaborado e tempestivamente protocolado ou registrado.*

Em síntese, foi possível observar quatro importantes modificações em relação à regra anterior: (i) o laudo deverá ser submetido a registro nos órgãos públicos competentes em até 13 (treze) meses da aquisição da participação societária; (ii) o laudo avaliará os ativos líquidos e não mais os fundamentos econômicos para formação do ágio; (iii) a obrigatoriedade de elaboração de laudo de avaliação por perito independente; e (iv) o registro do respectivo laudo na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou no Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

7. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO

O aproveitamento do ágio por meio de empresa veículo é um dos temas que mais geram conflitos entre os contribuintes e o Fisco. O Carf já possui alguns critérios para aferir a licitude das operações societárias envolvendo o ágio, mas no âmbito do judiciário as decisões sobre o tema ainda são escassas.

No que tange à empresa veículo, deve-se esclarecer que são criadas para um propósito específico, sendo extintas assim que o cumprirem. Para fins de aproveitamento fiscal do ágio, as empresas veículo são utilizadas para receber transitoriamente um patrimônio para que ele passe à outra pessoa jurídica.

Como adiantado, o Fisco entende que a integração patrimonial da empresa investidora e investida não demandaria apenas a fusão ou incorporação destas sociedades, mas também a efetiva combinação de atividades negociais, sem que a empresa investidora pudesse ter como propósito a própria aquisição da investida. Por isso a denominação que se passou a adotar, “empresa-veículo”, que seria constituída objetivando, única e exclusivamente, a obtenção de vantagem tributária (viabilizando a amortização do ágio na investidora, após incorporação).

No entendimento do Carf, a utilização de empresa veículo, de curta duração, para a formação do ágio pode implicar na glosa dos créditos, *in verbis*:

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

A utilização de empresa veículo, de curta duração, constitui prova da artificialidade desta sociedade e das operações em que tomou parte, notadamente quando há transferência do ágio a terceiros. Não produzem o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo as operações que envolvam a transferência do ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, quando praticadas sem finalidade negocial ou societária.¹⁸

¹⁸ Carf, Acórdão nº 9101-004.819, julgado em 03/03/2020.

Noutro giro, de acordo com Santiago, a empresa veículo é sociedade diversa daquela em que o ágio seria formado usualmente, e pode ser utilizada para a geração de ágio interno sem qualquer negociação real, para a transferência de ágio gerado licitamente a outra empresa do grupo comprador (veículo de ágio) ou para otimizar o negócio, tanto pelo grupo comprador (veículo de compra), quanto pelo vendedor (veículo de venda).¹⁹

De acordo com o referido autor, nesse caso, o planejamento tributário mediante uso de empresa veículo seria regular, desde que não resulte no surgimento de novo ágio e em economia de tributos diversa da que haveria sem a utilização da empresa veículo.²⁰

Também nesse sentido, imperioso destacar que a CVM reconheceu a legitimidade do registro do ágio em operações que envolviam a utilização de empresa-veículo por meio da Instrução CVM nº 349/01.

O mencionado ato normativo disciplinou as reestruturações societárias consistentes na (i) aquisição de investimento em empresa operacional por determinada sociedade; (ii) transferência de tal investimento à “empresa-veículo”; e (iii) subsequente incorporação desta última pela empresa operacional.

Nesse sentido, colaciono excerto da Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349/01:

Por outro lado, a criação da empresa veículo e a transferência, para esta, do investimento original e, também, do ágio permitiram que, através desse modelo de incorporação, houvesse a possibilidade do seu aproveitamento fiscal, fazendo surgir, contabilmente, uma espécie de crédito tributário fundamentado na diminuição futura do imposto de renda e da contribuição social, em virtude da possibilidade da amortização desse ágio. Portanto, esse benefício fiscal é a única parcela do ágio que poderá ser aproveitada na controlada e que tem substância econômica. Essa é também a parcela do ágio que a CVM vem entendendo, conforme estabelecido na Instrução CVM no 319, que pode ser capitalizada em proveito exclusivo do controlador. É, portanto, somente essa parcela com substância econômica que pode ser considerada um ativo e que poderia vir a ser capitalizada.²¹

¹⁹ Conforme: SANTIAGO, Igor Mauler. Reflexões sobre o Planejamento Tributário. O aproveitamento fiscal do ágio mediante o uso de empresa veículo. In: MANEIRA, Eduardo; SANTIAGO, Igor Mauler (Coords). O ágio no direito tributário e societário: questões atuais. São Paulo: Quartier Latin. 2015, p. 411.

²⁰ Ibidem, p. 412.

²¹ Disponível em <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/notas-explicativas/nota349.html>>. Acesso em 09/03/2021.

A referida Nota Explicativa detalhou os procedimentos que deveriam ser observados pelas companhias abertas nas reestruturações previstas pela Lei nº 9.532/97, com ênfase para as incorporações precedidas da criação de empresa-veículo, tendo atribuído valor específico à economia fiscal que, nas incorporações reversas, o controlador transfere à controlada. Ou seja, reconheceu os efeitos fiscais nos casos de incorporação de empresa-veículo criada durante o próprio processo de incorporação.

Nota-se, portanto, que, ainda que indiretamente, a CVM reconhece que o registro de ágio por uma pessoa jurídica, inclusive uma “empresa-veículo” criada após a aquisição dos investimentos de terceiros, com a subsequente incorporação da empresa investidora, é apto a gerar a dedutibilidade do ágio nos termos dos arts. 7º e 8º, da Lei nº 9.532/97.

Nesse sentido, apesar de raros, colaciono o voto proferido pelo Conselheiro Marcelo Cuba Neto, da 1ª Turma, da 2ª Câmara, da 1ª Seção de Julgamento do I. CARF, no julgamento do Processo Administrativo nº 16327.720476/2011-89:

Em breve síntese, aqueles que defendem a impossibilidade do aproveitamento do ágio nestas condições sustentam que o emprego de empresa veículo, que ao fim incorpora ou é incorporada pela investida, “oculta” o verdadeiro investidor, qual seja, aquele que fornece os recursos para que a empresa veículo faça o investimento.

Desse modo, dizem eles, não há incorporação entre o “verdadeiro investidor” (no caso, Société Brasil) e a investida (no caso, Cacipar), sendo portanto inaplicável os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Pois bem, quanto a este argumento deve-se ter em conta que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram originalmente criados com a finalidade de incentivo à aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares, no âmbito do chamado Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/97).

E uma vez que pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras têm direito a adquirir até 100% das ações ou quotas da empresa nacional objeto de desestatização (vide art. 12 da referida Lei nº 9.491/97), é de se perguntar: como poderia um investidor estrangeiro se beneficiar dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 senão por meio da constituição e capitalização de uma pessoa jurídica nacional que fizesse o investimento na empresa objeto da desestatização? Esse foi, de fato, o caminho adotado pelos investidores estrangeiros (vide caso Celpe, Acórdão nº 1201-00.689).

Ocorre que, de acordo com a teoria da “empresa veículo”, ora sob exame, nem assim os investidores estrangeiros poderiam se beneficiar dos disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois a pessoa jurídica nacional por eles constituída e capitalizada não seria considerada o “verdadeiro investidor” na empresa objeto de desestatização.

Na mesma situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estaria, por exemplo, um grupo de pessoas físicas nacionais que desejasse adquirir as ações ou quotas de uma empresa objeto de desestatização. Se fizessem o investimento diretamente, as pessoas físicas não poderiam se beneficiar das referidas normas (por óbvio, pessoa física não incorpora nem é incorporada por pessoa jurídica).

A solução seria, novamente, a constituição e capitalização de uma pessoa jurídica justamente para que esta fizesse o investimento. Entretanto, de acordo com a aludida teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo grupo de pessoas físicas poderia se beneficiar do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Também em idêntica situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estariam as pessoas jurídicas nacionais que em razão de vedação contida em norma legal ou infralegal estejam impedidas de exercer atividades econômicas diversas daquelas previstas naquelas normas. Seria o caso, por exemplo, de um banco comercial adquirir as ações ou quotas de uma concessionária de energia elétrica. Tal aquisição é possível, desde que autorizada pelo Banco Central. O que não é juridicamente possível é a absorção do patrimônio da concessionária pelo banco comercial (ou vice-versa) uma vez que o Banco Central proíbe que os bancos comerciais exerçam atividades distintas daquelas previstas em Regulamento.

A solução, mais uma vez, seria o banco comercial constituir e capitalizar uma pessoa jurídica a fim de que esta adquira as ações ou quotas da empresa objeto de desestatização. Ocorre que, segundo a mencionada teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo banco comercial poderia se beneficiar do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor".

Os exemplos acima, que a outros poderiam se somar, demonstram que a propalada teoria da "empresa veículo" aplicada aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ensejaria uma interpretação restritiva dessas normas no tocante à idéia de "verdadeiro investidor".

Todavia, a interpretação restritiva, tal como as demais espécies interpretativas, não é fruto da vontade do intérprete. Ao contrário, deve ser juridicamente fundamentada.

No caso dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 tal interpretação restritiva reduziria significativamente as hipóteses de aproveitamento fiscal da amortização do ágio ali prevista, algo que vai de encontro (e não ao encontro) à finalidade do Programa Nacional de Desestatização, o qual, como dito antes, incentiva a aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares. Em outras palavras, a teoria da "empresa veículo" defendida por alguns é frontalmente contrária à finalidade para à qual foram criados os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, daí porque não pode ser acolhida.²²

²² Carf, Acórdão nº 1201-001.242, julgado em 10/12/15.

Assim, novamente, apesar de raras as oportunidades, o Carf já indicou a possibilidade do aproveitamento fiscal do ágio quando há participação de empresa-veículo na aquisição de investimento por terceiros independentes com efetivo pagamento do preço, em que pese seu entendimento majoritário seja em sentido contrário, conforme veremos a seguir.

8. ANÁLISE DE CASO PRÁTICO

8.1. CASO GERDAU

O referido caso foi escolhido por ser paradigmático no Carf, bem como por ter sua discussão permeado o âmbito administrativo e judicial, o que nos confere uma visão mais ampla da temática central trazido até agora na presente monografia. Além disso, trata-se de caso com valores bastante expressivos, lhe conferindo relevância nacional.²³

O caso abrange os acórdãos do Carf nº 1101-000.710 e 9101 002.389, bem como a sentença proferida nos embargos à execução fiscal nº 5058075-42.2017.4.04.7100/RS, e o recente acórdão formalizado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (“TRF4”) nos mesmos autos.

A operação, em linhas gerais, se deu da seguinte forma: a empresa A integralizou o capital da empresa C com ações que detinha em B, gerando ágio em C. Em seguida, B incorporou C e deduziu o ágio.

O ganho tributário decorrente dessa estrutura se dava pela previsão do artigo 36 da Lei 10.637/02, que à época isentava a empresa A de IRPJ e CSLL do ganho de capital decorrente da diferença entre o valor histórico das ações e o valor pelo qual essas ações eram recebidas pela empresa veículo.

O Fisco autuou a Gerdau por conta da dedução indevida de ágio. A Gerdau interpôs recurso voluntário no Carf, o qual foi provido (Acórdão 1101-000.710). Decidiu-se que o fato da operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracteriza o ágio, por ausência de vedação legal, à época da operação, nesse sentido.

Foi decidido que o fato de a conduta ser artificial, por si, não a vicia, uma vez que o Fisco não pode utilizar o conceito de abuso de direito para efetuar lançamentos de ofício. Isso porque o lançamento é ato vinculado à lei, que não pode ser afastada por conta de alegações subjetivas.

²³ AGUIAR, Adriana. Gerdau vence no TRF disputa sobre ágio. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/04/09/gerdau-vence-no-trf-disputa-sobre-agio.ghtml>. Acesso em: 09 abr. 2021.

Porém, em sede de recurso especial (Acórdão nº 9101-002.389), a glosa da despesa de amortização de ágio foi mantida por voto de qualidade.

O lançamento foi mantido, em linhas gerais, porque a empresa controladora subscreveu capital social em empresa veículo com ações da controlada avaliadas com ágio com base em rentabilidade futura. Posteriormente, a empresa veículo foi absorvida pela controlada, que passou a contabilizar a amortização do ágio.

A Gerdau Participações S.A. teria servido apenas como veículo para transferência de ágio, uma vez que essa empresa, que apresentava resultados insignificantes, passou a ser *holding*, com expressivo capital, mas logo depois foi extinta.

O referido acórdão mencionou que a despesa dedutível jamais pode ser “inventada”. Deve haver a demonstração de que houve o pagamento ou qualquer transferência de recursos referente ao ágio aproveitado, o que não ocorreu no Caso Gerdau.

Assim, concluiu-se que o ágio surge somente se o preço pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo MEP, supera o valor patrimonial desse investimento. E o referido preço ou custo de aquisição significa efetivo dispêndio. Não haveria, portanto, acréscimo no patrimônio, decorrente de transação consigo mesmo. O registro de ágio deveria ser realizado entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de interesses que não concernem à transação.

Dessa forma, o Carf concluiu que um grupo econômico não poderia, por meio de um laudo de reavaliação de ativos com base em rentabilidade futura, aumentar o valor de seus ativos para criar o ágio, transferi-lo e amortizá-lo da base de cálculo do IRPJ e da CSLL sem haver qualquer dispêndio na obtenção desse ágio.

A Gerdau, contudo, recorreu ao judiciário e obteve sentença favorável, fundamentada no fato de que a operação ocorreu antes da edição da Lei 12.973/14 e que, portanto, não havia, à época, proibição legal para a amortização do ágio interno.

De acordo com o magistrado, o ágio surgiu a partir da diferença entre o valor de avaliação apontado nos laudos e aquele com base na expectativa de rentabilidade futura, nos termos do artigo 7º, III da Lei 9.532/97, sendo que não haveria como aplicar as modificações introduzidas pela Lei 12.973/14 de forma retroativa, pois se afrontaria os artigos 106 e 109 do CTN.

A decisão menciona que é lícito ao grupo econômico utilizar-se de operações societárias para diminuir seu passivo fiscal e gerar lucro, uma vez que isso é objetivo de qualquer empresa, em conformidade com a liberdade, a propriedade e o modelo capitalista assegurados na Constituição Federal.

A sentença ressalva que ao contribuinte é vedado se esquivar da lei tributária por meio de fraudes, simulações, dissimulações, abusos, mas isso não quer significar que ele deva pagar mais do que a lei exige.

A sentença foi revista pelo TRF4, ocasião em que os desembargadores analisaram ágio gerado a partir de reorganização societária realizada pelo grupo. O placar final ficou em três votos a favor da empresa e dois contra. Prevaleceu o entendimento do relator, juiz federal convocado Alexandre Rossato da Silva Ávila. Ele levou em consideração o fato de a Lei nº 12.973/14, que vedou o ágio interno, ser posterior à operação.

9. CONCLUSÃO

Conforme demonstrado nesta monografia, o conceito de ágio no Brasil aproximou-se dos padrões internacionais de contabilidade após o advento da Lei 12.973/14, que passou a definir o ágio por expectativa de rentabilidade futura ou *goodwill* como a diferença existente entre aquilo que se pagou pelo bem e seu valor atual (valor justo) no mercado. Ou seja, apenas depois de trazer o ativo a valor justo é que se pode falar em ágio suportado (*goodwill*).

No mais, notamos que ainda há uma enorme gama de critérios objetivos e subjetivos para o referido direito, de modo que persiste o clima de insegurança jurídica do tema, o que limita o aproveitamento do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura pelos contribuintes.

Adicionalmente, vimos que a empresa veículo é sociedade diversa daquela em que o ágio seria formado de forma usual, e pode ser utilizada para a transferência de ágio gerado a outra empresa do grupo comprador ou para melhoria do negócio, tanto pelo grupo comprador, quanto pelo vendedor. Nesse sentido, percebe-se que sua utilização ainda é tema não pacificado no âmbito nacional, o que é fundamentado pela discrepância de decisões no caso Gerdau, que contou com posicionamentos distintos em âmbito administrativo e judicial.

Sendo assim, ainda é de suma importância o aprofundamento individualizado nos casos, verificando a ausência de eventuais vícios nas operações à luz da legislação vigente à época dos fatos.

10. REFERÊNCIAS

_____. **Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em 21 abr. 2021

_____. **Decreto-Lei nº 1.598 de 26 de dezembro de 1977.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1598.htm>. Acesso em 21 abr. 2021

_____. **Lei nº 9.532 de 10 de dezembro de 1997.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9532.htm>. Acesso em 21 abr. 2021

_____. **Lei nº 12.973 de 13 de maio de 2014.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12973.htm>. Acesso em 21 abr. 2021

FILHO ANDRADE, Edmar Oliveira. **IRPJ e CSLL: Planejamento tributário por indução legal: a amortização do ágio nas reorganizações societárias., Planejamento tributário.** São Paulo, Quartier Latin, 2004.

LOBATO, Valter de Souza. **O Ágio no Direito Tributário e Societário, Questões Atuais,** São Paulo. Editora Quartier Latin do Brasil, 2015.

MOREIA, André Mendes; GAIA, Patricia Dantas; CAMPOS, Eduardo Lopes de Almeida. **O tratamento fiscal do ágio e a problemática do ágio interno antes e após a vigência da Lei nº. 12.973/2014.** São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário n. 228, 2014.

MOSQUERA, Roberto Quiroga e FREITAS, Rodrigo de. **Aspetos polêmicos do ágio na aquisição de investimento: (i) rentabilidade futura e (ii) ágio interno.** In: MOSQUERA, Roberto Quiroga e LOPES Alexandro Broedel (coords.), *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamento)*, 2º vol. São Paulo, Dialética, 2011.

SANTIAGO, Igor Mauler. **Reflexões sobre o Planejamento Tributário. O aproveitamento fiscal do ágio mediante o uso de empresa veículo. O ágio no direito tributário e societário: questões atuais.** São Paulo: Quartier Latin. 2015.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

SILVA, Filipe Martins da; FARIA, Ramon Alberto C. **Planejamento Tributário**. Grupo A, 2017.