

Antonio Carlos Rodrigues do Amaral
Mariana Passos Beraldo
Coordenadores

ESTUDOS JURÍDICOS: CONSTITUCIONAL E EMPRESARIAL

EM HOMENAGEM AO PROFESSOR FERNANDO PASSOS

20 anos de coordenação do Curso de Direito da Uniara

APRESENTAÇÕES

Luiz Felipe Cabral Mauro
Ives Gandra da Silva Martins
Almino Affonso
Marcelo Barbieri

CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS

Michel Temer
Gilmar Ferreira Mendes

AUTORES CONVIDADOS

André Santa Cruz
Antonio Carlos Rodrigues do Amaral
Antônio Garbelini Júnior
Armando Luiz Rovai
Arthur Gabriel Rodrigues do Amaral
Carla Abrantkoski Rister

Dimas Ramalho
Edmundo Alves de Oliveira
Edson Ricardo Saleme
Ernesto Gomes Esteves Neto
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando da Costa Tourinho Filho
Filomeno Moraes
Francisco Satiro
Gerardo Figueiredo Júnior
Gesner Oliveira
Gianpaolo Poggio Smanio
Gilberto Giusti
Guilherme de Souza Nucci
Gianluca Martins Smanio
Gustavo Ramiro Costa Neto
Manoel Carlos Toledo Filho
Marcelo Doval Cesarino Affonso
Marcelo Melo Barreto de Araujo

Marcos da Costa
Maria Cristina Mattioli
Mariana Passos Beraldo
Mauricio Moreira Menezes
Nelson Antonio Daiha Filho
Newton De Lucca
Orides Mezzaroba
Paulo Ricardo Arena Filho
Pedro Zanotta
Rubens Beçak
Rudson Coutinho da Silva
Samantha R. Meyer-Pflug Marques
Sérgio Campinho
Sérgio de Oliveira Médici
Tiago Romano
Uinie Caminha
Vicente Bagnoli
Wagner Menezes

ESTUDOS JURÍDICOS: CONSTITUCIONAL E EMPRESARIAL

EM HOMENAGEM AO PROFESSOR FERNANDO PASSOS

20 anos de coordenação do Curso de Direito da Uniara

ANTONIO CARLOS RODRIGUES DO AMARAL

MARIANA PASSOS BERALDO

(COORDENADORES)

APRESENTAÇÕES

Luiz Felipe Cabral Mauro • Ives Gandra da Silva Martins •
Almino Monteiro Alvares Affonso • Marcelo Fortes Barbieri

CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS

Michel Temer • Gilmar Ferreira Mendes

AUTORES CONVIDADOS E COAUTORES

André Santa Cruz • Antonio Carlos Rodrigues do Amaral • Antônio Garbelini Junior • Armando Luiz Rovai • Arthur Gabriel Rodrigues do Amaral • Carla Abrantkoski Rister • David França Ribeiro de Carvalho • Dayane Garcia Lopes Criscuolo • Dimas Ramalho • Edmundo Alves de Oliveira • Edson Ricardo Saleme • Emerson Antônio Maccari • Ernesto Gomes Esteves Neto • Fábio Ulhoa Coelho • Fernando da Costa Tourinho Filho • Filomeno Moraes • Francisco Satiro • Gabriel Vargas de Menezes • Geralda Cristina de Freitas Ramalheiro • Gerardo Figueiredo Júnior • Gesner Oliveira • Gianluca Martins Smanio • Gianpaolo Poggio Smanio • Gilberto Giusti • Giovanna Longo Eischen • Guilherme de Siqueira Castro • Guilherme de Souza Nucci • Gustavo Ramiro Costa Neto • Igor Azevedo • Manoel Carlos Toledo Filho • Marcelo Doval Cesarino Affonso • Marcelo Melo Barreto de Araujo • Marcos da Costa • Maria Cristina Mattioli • Mariana Passos Beraldo • Mauricio Moreira Menezes • Nelson Antonio Daiha Filho • Newton De Lucca • Orides Mezzaroba • Paulo Ricardo Arena Filho • Pedro Zanotta • Ricardo Augusto Bonotto Barboza • Rubens Beçak • Rudson Coutinho da Silva • Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques • Sérgio Campinho • Sérgio de Oliveira Médici • Silvia E. B. Saborita • Stéphanie Rolando Bodal • Tiago Romano • Unie Caminha • Vicente Bagnoli • Wagner Menezes

Copyright © 2020 dos autores

Direitos reservados desta edição

UNIARA – Universidade de Araraquara

E82e

Estudos jurídicos: constitucional e empresarial – em homenagem ao Professor Fernando Passos: 20 anos de coordenação do curso de Direito da UNIARA / coordenado por Antonio Carlos Rodrigues do Amaral e Mariana Passos Beraldo – São Carlos: RiMa Editora, 2020.

593 p. il.

ISBN – 978-65-88549-03-2

1. UNIARA. 2. Fernando Passos. 3. Direito. 4. Constituição.
5. Direito Empresarial. I. Autores. II. Título.

COMISSÃO EDITORIAL

Dirlene Ribeiro Martins

Paulo de Tarso Martins

Carlos Eduardo M. Bicudo (Instituto de Botânica - SP)

Evaldo L. G. Espíndola (USP - SP)

João Batista Martins (UEL - PR)

Michèle Sato (UFMT - MT)

RiMa

Rua Virgílio Pozzi, 81 – Santa Paula

13564-040 – São Carlos, SP

Fone/Fax: (16) 988064652

SUMÁRIO

PALAVRAS INICIAIS

Palavras Iniciais	9
<i>Antonio Carlos Rodrigues do Amaral</i>	

APRESENTAÇÕES

Prof. Fernando Passos	13
<i>Luiz Felipe Cabral Mauro</i>	
Breves Linhas sobre o Professor Fernando Passos	15
<i>Ives Gandra da Silva Martins</i>	
Fernando Passos – Grande Exemplo	17
<i>Almino Monteiro Alvares Affonso</i>	
Fernando Passos: Militância política, jurídica e universitária	19
<i>Marcelo Fortes Barbieri</i>	

CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS

A Harmonia do Sistema Constitucional Brasileiro	27
<i>Michel Temer</i>	
Debates Necessários à Evolução da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca dos Acordos de Colaboração	33
<i>Gilmar Ferreira Mendes</i>	

AUTORES CONVIDADOS E COAUTORES

A Lei da Liberdade Econômica e as mudanças na Legislação de Registro Empresarial	45
<i>André Santa Cruz</i>	
Anticorrupção Global e o Projeto de Lei de Prevenção de Extorsão Estrangeira (FEPA) dos Estados Unidos	55
<i>Antonio Carlos Rodrigues do Amaral</i>	
As Universidades e a Advocacia da Concorrência	63
<i>Antônio Garbelini Junior</i>	

Do Impacto da Crise do Coronavírus na Seara Jurídica, Contratual e Negocial	73
<i>Armando Luiz Rovai</i>	
O <i>Yates Memorandum</i> e os Acordos de Leniência sob os auspícios da Lei Brasileira Anticorrupção	83
<i>Arthur Gabriel Rodrigues do Amaral e Stéphanie Rolando Bodal</i>	
O <i>Foreign Account Tax Compliance Act – FATCA</i> e sua influência sobre a Troca Internacional de Informações em Matéria Fiscal	97
<i>Carla Abrantkoski Rister</i>	
De Bresser aos Dias Atuais: Caminhos e desafios do Terceiro Setor	107
<i>Dimas Ramalho</i>	
A Função Social da Graduação em Direito da Universidade de Araraquara: A trajetória de um curso que foi protagonista da formação conciliadora	117
<i>Edmundo Alves de Oliveira, Ricardo Augusto Bonotto Barboza, Emerson Antônio Maccari e Geralda Cristina de Freitas Ramalheiro</i>	
Solução de Controvérsias no Mercosul e o Ingresso do Estado Plurinacional da Bolívia	129
<i>Edson Ricardo Saleme e Silvia E. B. Saborita</i>	
Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno: Comentários sobre a proteção dos direitos da pessoa com deficiência no Brasil a partir da atuação da Organização das Nações Unidas	141
<i>Ernesto Gomes Esteves Neto</i>	
A Execução de Obrigação Garantida por Alienação Fiduciária de Bem Imóvel e a Recuperação Judicial do Fiduciante	157
<i>Fábio Ulhoa Coelho</i>	
A Presunção de Inocência e o Trânsito em Julgado	167
<i>Fernando da Costa Tourinho Filho</i>	
Max Weber: Pandemia, morte e legado teórico-político-constitucional	177
<i>Filomeno Moraes</i>	
Credor Garantido por Alienação Fiduciária no Processo de Recuperação Judicial: Impossibilidade de execução individual	191
<i>Francisco Satiro</i>	
O Brasil e o <i>Food Law</i> – Um novo modelo para o enfrentamento da questão alimentar	199
<i>Gerardo Figueiredo Júnior e Giovanna Longo Eischen</i>	

É eficiente diminuir a Multa de Empresas que adotem Programas Prévios de <i>Compliance</i> Antitruste?	211
<i>Gesner Oliveira e Igor Azevedo</i>	
A Proteção Conferida aos Metadados de Comunicação na Interceptação Telemática no Brasil	221
<i>Gianpaolo Poggio Smanio e Gianluca Martins Smanio</i>	
As Garantias de Cumprimento da Sentença Arbitral	239
<i>Gilberto Giusti</i>	
Os Fatores Distintivos na Aplicação da Pena e Seus Critérios Práticos	253
<i>Guilherme de Souza Nucci</i>	
Novo Marco Legal das Franquias Empresariais: Breves reflexões sobre o dever de informação e as consequências da inobservância do prazo de entrega da circular de oferta de franquia	273
<i>Gustavo Ramiro Costa Neto</i>	
Covid-19 e o Direito do Trabalho – Um enfoque preliminar	283
<i>Manoel Carlos Toledo Filho</i>	
A imprescindibilidade do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração e os desafios em conciliar Desburocratização e Segurança	297
<i>Marcelo Doval Cesarino Affonso</i>	
Divagações sobre Direito Digital, Privacidade e Proteção de Dados Pessoais	307
<i>Marcelo Melo Barreto de Araujo</i>	
Impacto da Tecnologia sobre a Justiça	319
<i>Marcos da Costa</i>	
Relações Coletivas de Trabalho no Brasil: Cenário para uma reforma	327
<i>Maria Cristina Mattioli</i>	
<i>Fair Share of Taxation</i> e o Caso Starbucks na União Europeia	339
<i>Mariana Passos Beraldo</i>	
Diálogos entre os Regimes Fiscal e Societário no contexto do Aproveitamento de Ágio	353
<i>Mauricio Moreira Menezes e Gabriel Vargas de Menezes</i>	
O Pacto de Mediação Obrigatória: Eficácia obrigacional <i>versus</i> autonomia da vontade e (in)aplicabilidade aos contratos de adesão e às situações de vulnerabilidade	371
<i>Nelson Antonio Daiha Filho</i>	

A Covid-19 e a absoluta necessidade de Medidas Emergenciais	385
<i>Newton De Lucca</i>	
A Democracia Eletrônica: (Re)modelagem para o sistema democrático no mundo em rede	401
<i>Orides Mezzaroba</i>	
Uma Análise da Organização Judiciária sob a ótica da Teoria Geral dos Sistemas: Um indicativo de como a sua eficiência é vital para a sua sobrevivência	409
<i>Paulo Ricardo Arena Filho</i>	
Colaboração entre Empresas em Cenário de Crise	425
<i>Pedro Zanotta e Dayane Garcia Lopes Criscuolo</i>	
<i>Digital Tracking and Tracing (DTT) Systems, Controle Epidemiológico e Privacidade em Tempos de Covid-19 no Brasil</i>	439
<i>Rubens Beçak e Guilherme de Siqueira Castro</i>	
Direitos Fundamentais nas Relações Privadas: Eficácia direta e o legislador ordinário	459
<i>Rudson Coutinho da Silva</i>	
O Papel das Forças Armadas e o Art. 142 da Constituição de 1988	479
<i>Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques</i>	
Responsabilidade das Sociedades Agrupadas	495
<i>Sérgio Campinho</i>	
Ensaio sobre o Concurso de Normas Penais	511
<i>Sérgio de Oliveira Médici e Ernesto Gomes Esteves Neto</i>	
A mudança de Prenome e do Gênero no Registro Civil como premissa de garantia dos Direitos Humanos	525
<i>Tiago Romano</i>	
Responsabilidade de Credores por Atos de Controle Societário	535
<i>Unie Caminha</i>	
Ferramentas Inovadoras para Defender e Promover a Concorrência: A experiência da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo	549
<i>Vicente Bagnoli</i>	
Os Sistemas de <i>Opting-Out</i> e <i>Opting-In</i> da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980 (CISG) e sua aplicação no Brasil	557
<i>Wagner Menezes e David França Ribeiro de Carvalho</i>	

DIÁLOGOS ENTRE OS REGIMES FISCAL E SOCIETÁRIO NO CONTEXTO DO APROVEITAMENTO DE ÁGIO

Mauricio Moreira Menezes¹
Gabriel Vargas de Menezes²

Introdução

O problema do ágio gerado a partir de operações de reorganização societária tem sido objeto de controvérsia entre contribuintes e Fazenda Pública, especialmente no que diz respeito a seu aproveitamento fiscal, repercutindo de modo relevante no ambiente de negócios, particularmente no mercado de “fusões e aquisições” (na língua inglesa, *mergers and acquisitions*, conhecido pela sigla M&A).³

De fato, quando da análise de certo investimento, o empresário busca compreender, com a maior precisão possível, o “valor de empresa” do “ativo-alvo”, i.e., da unidade de produção ou da entidade (personificada ou não) alocada para explorá-la (v.g., sociedade empresária, consórcio, estabelecimento, etc.), dentro da usual complexidade que envolve indicadores contábeis, econômicos e financeiros.⁴

O valor de empresa é, em geral, fixado a partir de um intervalo de valores sugeridos em laudos de avaliação elaborados por economistas ou financistas e

1. Professor titular de Direito Comercial da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

2. Discente da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

3. Para os fins do presente estudo, serão consideradas como operações de reorganização societária (gênero para espécies como fusão, cisão e aquisição de controle societário) aquelas regulamentadas pela Lei nº 6.404/76 (“LSA”), aqui identificadas como “o conjunto de medidas de crescimento externo ou compartilhado de uma corporação, que se concretiza por meio da ‘combinação de negócios’ e de reorganizações societárias” (BOTREL, Sérgio. **Fusões e Aquisições**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 21). De acordo com o referido autor, estariam incluídas nessa terminação “não somente compras de ativos empresariais e participações societárias, e a união de duas ou mais sociedades para a formação de uma terceira, mas também a formação de grupos societários, a constituição de sociedades de propósito específico (SPE), a contratação de sociedade em conta de participação (SCP), a formação de consórcios, a cisão, a incorporação de sociedades ou de ações, etc.”.

4. Para fins deste capítulo, será usada a expressão “ativo-alvo” como a entidade objeto da aquisição ou do investimento.

deve abranger, dentre outros elementos, o denominado “ativo intangível”, definido pela Ciência Contábil como “um ativo não monetário identificável sem substância física”.⁵

Será determinante para a fixação do valor da operação de que se trata: caso se esteja diante da compra das ações representativas do controle acionário de uma companhia, o preço tende a ser negociado com base naquele valor de empresa, sobre o qual incidem outros dados, como endividamento líquido, contingências identificadas em *due diligence*, prêmio de controle, etc., de tal sorte a se identificar o “valor justo” das ações.

Nessa linha de raciocínio, é frequente o fato de o valor de empresa ser distinto do valor patrimonial do ativo-alvo, assim considerado o valor escriturado como patrimônio líquido (“valor de livro”).

O ágio entra justamente neste ponto. Em linguagem simplista, corresponde à diferença entre o valor atribuído ao negócio (*v.g.*, preço de compra das ações de uma companhia) e o valor de livro do ativo-alvo.

Como elemento que compõe o investimento, o ágio tem importante papel na estruturação de operações societárias, permitindo que, por meio do adequado planejamento fiscal, as partes envolvidas agreguem valor ao ativo-alvo e ao próprio negócio jurídico que se propõem a celebrar.

O objetivo deste capítulo é delimitar os contornos jurídicos do ágio, as diferentes alterações em sua regulamentação, as discussões produzidas no âmbito jurisprudencial e doutrinário e suas repercussões nas operações de reestruturação societária.

1. Noções Preliminares

Inicialmente, vale revisitar os conceitos de imposto de renda, de dedutibilidade fiscal e do método de equivalência patrimonial, cujas noções são essenciais para a boa compreensão da questão do ágio e de seus efeitos fiscais e negociais.

O fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza é definido no art. 43 do Código Tributário Nacional, correspondendo à aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza.

Logo, deve haver um ganho de capital ou acréscimo patrimonial para que se atraia a incidência desse tributo.

5. Pronunciamento Técnico nº 4 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC-04. A marca, a promoção de pesquisas com vistas à evolução da técnica de produção (“P&D”), o ponto empresarial, o aviamento, dentre outros, são todos bens incorpóreos e de difícil valoração, inclusive em razão da dinâmica da atividade empresária, cujos contornos podem ser alterados em virtude das diferentes circunstâncias socioeconômicas.

No caso específico da pessoa jurídica, o regime que regulamenta a aplicação do imposto autoriza a dedução de determinados prejuízos na apuração de seu resultado, como bem leciona Cláudio Tessari:

O ponto de partida é que a utilização do ágio tem lugar na apuração do lucro real, reduzindo o montante da base de cálculo do IRPJ/CSLL. O lucro real, por sua vez, é o lucro líquido apurado conforme a lei societária ajustado pelas adições e exclusões previstas na lei fiscal. Assim, como leciona Alberto Xavier: ‘a determinação do lucro real incumbe primariamente ao contribuinte, obrigado a demonstrá-lo analiticamente com dados extraídos da sua contabilidade regular, de tal modo que o dever de investigação do fisco atua subsidiariamente’ [...] A soma das rendas e/ou proventos forma o lucro líquido societário que, ajustado pelas adições e exclusões, torna-se o lucro real, base de cálculo do IRPJ/CSLL. Deste modo, se a utilização do ágio (quando da incorporação) reduz a formação do lucro real, e não o seu mero reconhecimento ou mensuração (quando da aquisição), é consequência da sua utilização quando, efetivamente, ocorrem os efeitos tributários.⁶

Por outro lado, a lei societária consagrou o método de equivalência patrimonial para a avaliação de ativos (MEP), com o propósito de aumentar a precisão dos registros patrimoniais, assimilando a rentabilidade do investimento realizado em sociedades controladas e coligadas.

Assim, a aplicação do MEP consiste em “reconhecer os efeitos da variação do patrimônio líquido de cada controlada, coligada e equiparada no exercício social em que ocorre, independentemente de sua realização financeira”.⁷

A referida determinação está disposta no art. 248 da LSA, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.941/2009, cujo maior mérito foi a adequação da LSA às práticas contábeis internacionais, como detalhadamente comentado adiante.

2. Conceito e Evolução Normativa do Ágio

Segundo José Luiz Bulhões Pedreira, o ágio consiste no custo parcial de aquisição de participação societária, correspondente a valores que não se acham registrados na escrituração de sociedade controlada ou coligada, objeto de dito investimento.⁸

6. TESSARI, Cláudio. A desconsideração do laudo de mensuração dos ativos e do ágio por rentabilidade futura previsto na Lei 12.973/2014, e a observância dos princípios da motivação, ampla defesa e contraditório. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 128, p. 11, mai./jun. 2016.

7. SANTOS, Arioaldo; MACHADO, Itamar Miranda. Investimentos avaliados pelo Método da Equivalência Patrimonial – Erro na contabilização de dividendos quando existem lucros não realizados. **Revista de Contabilidade Financeira da USP**, n. 39, p. 7, nov./dez. 2005.

8. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Finanças e Demonstrações Financeiras da Companhia**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 704.

Pode-se dizer que tais valores, sem registro contábil no ativo-alvo, equivalem a uma espécie de “sobrevalor”, fundado na expectativa de retorno econômico que justificou o investimento no ativo-alvo.

Com efeito, uma vez identificado e quantificado, o ágio deve ser registrado como elemento do ativo da investidora e assim permanecer enquanto existir a referida expectativa de rentabilidade.

Portanto, caso a sociedade investida apure efetivamente esse sobrevalor e o compute em seu resultado – prossegue Bulhões Pedreira –, “a investidora recupera (através da participação no resultado) o capital por ela aplicado e escriturado como custo de aquisição das ações ou quotas; e, se a controlada ou coligada realiza valor menor do que o pago pela investidora, esta deve reconhecer na sua escrituração a perda do capital aplicado”.⁹

No que se refere à motivação pelo pagamento do sobrevalor, aduz Sérgio Bento que:

Por lógica, aquele que entra na posição negocial que antes não lhe pertencia, total ou parcialmente, **espera ser bem melhor sucedido que o anterior e por isso entrega importância ou bens além do que a contabilidade reconhece como patrimônio** de uma riqueza dinâmica mensurada segundo alguns princípios na data dessa transação. Arrisca-se, portanto, quem toma a nova posição do negócio, justificado na esperança de que o novo negócio trará um fluxo de remuneração, lucros, maior do que o demonstrado nos balanços contábeis até o presente momento pelo empreendimento¹⁰ (*grifou-se*).

O ágio pode ser entendido, dessa forma, como uma parcela do custo de aquisição de determinada participação societária, que supera o valor do patrimônio líquido da sociedade investida, cujo desembolso é motivado pelas perspectivas de rentabilidade por ocasião de sua realização.

Aliás, é importante distinguir dois efeitos, que repercutem reciprocamente e que centralizam o diálogo entre direito societário e direito tributário.

Assim, sob o aspecto patrimonial, há regras que tratam do reconhecimento do ágio por quem investe e adquire a participação societária, lidando com seus fundamentos e mensuração.

Em outro sentido, sob o aspecto tributário, há regras que tratam do aproveitamento do ágio, de tal maneira a autorizar sua dedução da base de cálculo da tributação sobre a renda. Como bem afirmado por Heron Charneski, “o reconheci-

9. Loc. cit.

10. BENTO, Sergio. Tratamento tributário do ágio In: VIEIRA, Marcelo Lima; CARMIGNANI, Zabetta Macarini BIZARRO, André Renato. **Lei n. 12.973/14**: Novo Marco Tributário. São Paulo, Quartier Latin, 2015. p. 125-126.

mento do ágio surge quando da aquisição de um investimento. A utilização do ágio surge em momento posterior, em dado evento de amortização fiscal”.¹¹

Nessa linha, convém examinar a dinâmica que leva ao aproveitamento do ágio, retratando, de modo apartado, seus diferentes momentos: primeiramente, aquele relativo a sua escrituração – à luz das regras da contabilidade empresarial – e, na sequência, a possibilidade de empregá-lo para a redução do valor do imposto a pagar – como é permitido, por sua vez, pela legislação tributária. Isso porque, como se verá ao longo deste ensaio, uma análise mais aprofundada sugerirá a sua interdependência.

Afinal, seria impensável o aproveitamento fiscal do ágio sem que este seja mensurado e contabilizado corretamente, ato que lhe torna oponible à fiscalização. Caso contrário, o risco de sua desconsideração pela autoridade fazendária eleva-se significativamente, como leva a crer a jurisprudência em torno da questão.

É o que se verá adiante, a começar pelas mutações em seu regime normativo, desde os idos dos anos 1970, época de sua introdução no ordenamento brasileiro.

2.1 O ágio no Decreto-Lei nº 1.598/1977

O Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, foi editado para fins de adaptar a legislação do Imposto sobre a Renda às alterações promovidas pela LSA, então recém-promulgada.

Especificamente, o art. 20 daquele diploma estabelecia que o contribuinte deveria, ao contabilizar o investimento em sociedade controlada, desdobrar o custo de aquisição em valor de patrimônio líquido na época da aquisição e no ágio ou deságio na aquisição, que era a diferença entre o custo de aquisição do investimento e seu valor patrimonial.

Note-se que a primeira disciplina do ágio se ateu ao caráter de **declaração** de seu valor, como um componente do custo de aquisição. Portanto, o reconhecimento do referido valor tinha fins meramente escriturais, sem produção de efeitos na seara tributária.

Na sequência, além da determinação de que esse registro fosse feito em subconta distinta daquela em que identificado o valor de patrimônio líquido da sociedade adquirida¹², exigiu-se a indicação de **fundamentação econômica**, isto é, o motivo que levou o investimento a ser feito por montante superior àquele valor patrimonial.

11. CHARNESKI, Heron. A nova disciplina tributária do ágio (Lei nº 12.973/2014). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 235, p. 90, abr. 2015.

12. “§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.” (art. 20, Decreto-Lei nº 1.598/1977).

Tal motivação econômica poderia ser pautada, na lógica do Decreto-Lei nº 1.598, em uma das três seguintes justificativas: (i) valor de mercado de bens do ativo da controlada superior ao custo registrado em sua contabilidade; (ii) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em projeção dos resultados nos exercícios futuros; ou (iii) “fundo de comércio”, ativos intangíveis e outras razões econômicas.

Logo, a melhor interpretação daquela norma foi no sentido de não tornar prevalente qualquer um dos três referidos fundamentos, de tal sorte a admitir o emprego de qualquer deles, indistintamente.¹³

Nesse sentido, sustentou Ricardo Mariz de Oliveira que a fundamentação econômica do ágio estava prevista em lei **sem ordem de prioridade**, devendo variar conforme a motivação que levou a adquirente a pagar preço de valor superior ao contábil.¹⁴

A propósito da forma como deveria ser feita a exposição da motivação econômica do ágio, embora o § 3º do aludido dispositivo fizesse menção à “demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”, não chegou a exigir a elaboração de laudo técnico, a qual surgiu como “fruto de posterior e recente criação de intérpretes da lei e que somente passou a estar prevista expressamente na Lei nº 12.973 no ano de 2014”.¹⁵

Assim, uma vez disciplinada a demonstração do valor do ágio e dos fundamentos que lhe deram origem, o Decreto nº 1.5988/77 passou a tratar de seus aspectos tributários.

Com efeito, o **art. 34 tratou da dedutibilidade do ágio contabilizado**, como perda de capital, nos casos de fusão, incorporação ou cisão de sociedades com

13. A esse respeito, vale citar a doutrina de Karem Jureidini Dias: “Por óbvio que o ágio precisava estar respaldado em fundamento econômico comprovado, mas não havia que se seguir uma ordem de eleição de fundamento para a qualificação do ágio. O ordenamento jurídico assim não previa. As Ciências Contábeis também não determinavam qualquer ordem de eleição de fundamento econômico, tampouco normatizaram a conotação do fundamento de rentabilidade futura. No Direito Positivo, o ágio recebia o seu efeito fiscal, conforme o seu fundamento econômico respaldado em laudo, mas aferido independentemente de ordem de eleição” (DIAS, Karem Jureidini. O ágio com a intertextualidade da normativa. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coords.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. v. 2. São Paulo: Dialética, 2011. p. 86.

14. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. O tratamento do ágio e do deságio para fins tributários e as modificações da Lei nº 12.973 (comparações entre dois regimes). **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte, ano 14, n. 84, p. 40, nov./dez. 2016.

15. QUEIROZ, Mary Elbe; QUEIROZ, Elmo. Do antigo ágio-perda passando pelo ágio-rentabilidade até o novo ágio goodwill: Um giro de 360°. In: FREIRE, Elias Sampaio; DIAS, Karem Jureidini; QUEIROZ, Mary Elbe (Coords.). **Grandes Questões em Discussão no CARF**. São Paulo: Foco Fiscal, 2014. p. 291.

extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, mencionando textualmente que “somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado”.

Dessa maneira, vale sugerir o seguinte exemplo, para melhor expressar a racionalidade desse conjunto de normas: (i) uma sociedade “A” adquire as ações de emissão de uma sociedade “B” por R\$100 milhões, cujo patrimônio líquido equivale a R\$20 milhões; “A” deve escriturar, em sua contabilidade, um ágio de 80 milhões de reais, resultado da diferença entre o custo de aquisição (R\$100 milhões) e o patrimônio líquido de “B” (R\$ 20 milhões), nos moldes do referido art. 20; (iii) em seguida, para avaliar o *quantum* a ser deduzido em futura incorporação, o que se considera é o valor de mercado de “B”, que corresponde, diga-se, a R\$90 milhões. Extraindo-se do custo de aquisição de R\$100 milhões, conforme determina o art. 34, chega-se ao montante dedutível – como perda de capital para fins de apuração de IRPJ – de R\$10 milhões (R\$100 milhões – R\$90 milhões).

Logo, o ágio registrado contabilmente em sociedade que adquirisse participação em outra sociedade se tornaria dedutível na apuração do lucro real quando alienação ou liquidação do investimento, tão somente. Tal dedução, reitera-se, a título de perda de capital.

Apesar da possibilidade de dedução, tal perda apenas se verificaria se o valor de mercado do acervo líquido da participação fosse inferior a esse valor desembolsado na compra, o que significava indesejável desvantagem, por minimizar o valor dedutível. O art. 325, I, do Regulamento do Imposto sobre a Renda (RIR) vigente à época, reforçava a regra, que era rigidamente aplicada pelas autoridades fiscais.

2.2 O ágio a partir da Lei nº 9.532/97: rentabilidade futura

A Lei nº 9.532/97 foi editada, declaradamente, com propósitos antielisivos, como se lê em sua Exposição de Motivos, elaborada pelo Ministério da Fazenda, cujo trecho a esse respeito é a seguir reproduzido:

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”, vêm 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 de 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 adoção exclusivamente por esse motivo¹⁶ (*grifou-se*).

Não obstante, o resultado de sua promulgação foi em sentido oposto, autorizando a pessoa jurídica, que realizasse operação de aquisição, fusão ou cisão, a amortizar fiscalmente o ágio apurado sob justificativa de rentabilidade futura (art. 7º, III). Tal amortização se daria à proporção de, no máximo, 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração.

Dessa forma, mesmo em tentativa deliberada de coibir a elisão fiscal, a Lei nº 9.532/97 acabou positivando tratamento tributário significativamente mais favorável ao contribuinte, trazendo a possibilidade de dedução de um montante a título de ágio, até então indedutível quando da nova operação de reorganização ou liquidação dos ativos, como bem comentado por Mary Elbe de Queiroz:

Enfim, a nova norma do Ágio-Rentabilidade findou provocando um efeito inverso: se antes, ao trazer um laudo ou demonstrativo justificando o ágio em empresa deficitária, a adquirente ficava descoberta ao tentar baixar o valor de mercado para conseguir deduzir grandes perdas (planejamento tributário ilícito); agora, com a Lei nº 9.532/97, o laudo ou demonstrativo iria lhe ajudar, **pois todo o valor do laudo, se estivesse fundado em rentabilidade futura, lhe permitiria deduzir, não como perda, mas diretamente como ágio (planejamento tributário lícito)**. Em outras palavras, um laudo com valores vantajados, ao invés de fazer prova contra o contribuinte (para dedução de perda), agora era matéria probatória que o fisco tinha que aceitar (para dedução do ágio). **Ou seja, ao invés de reprimir, a norma criou uma oportunidade nova, um benefício fiscal**¹⁷ (*grifou-se*).

Os efeitos das alterações trazidas pela nova normativa fiscal do ágio foram registrados pela mídia especializada: reportagens de jornais de grande circulação, tal qual a *Folha de S.Paulo*, faziam referência ao tema a partir de títulos como “Ágio da privatização volta para empresas”¹⁸; e “União ‘devolve’ ágio de R\$ 7,5 bilhões”.¹⁹

16. Como se vê da ementa de decisão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”): “Para fins de determinar o lucro real, a dedutibilidade do ágio pago na aquisição de participação societária em decorrência de incorporação está condicionada a apuração de todo o acervo líquido com base em avaliação a preço de mercado, respaldada em laudo adequado” (BRASIL. Ministério da Fazenda. Exposição de Motivos nº 644. **Diário do Congresso Nacional**, p. 18.021, 2 dez. 1997.

17. QUEIROZ, Mary Elbe; QUEIROZ, Elmo. **Op. cit.** p. 307-308.

18. LOBATO, Elvira. Ágio da privatização volta para empresas. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 4 dez. 1999. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0412199929.htm>>. Acesso em: 28 maio 2020.

19. Idem. União “devolve” ágio de R\$ 7,5 bilhões. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 9 abr. 2000. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0904200015.htm>>. Acesso em: 28 maio 2020.

À época, estava em execução o Programa Nacional de Desestatização (PND), daí se inferindo que o benefício fiscal instituído pela Lei nº 9.532/97 operou como incentivo para atração de investimentos destinados à aquisição das empresas estatais incluídas no PND.

Assim, o elevado ágio pago nessas operações poderia vir a ser deduzido fiscalmente pelos respectivos compradores, gerando disponibilidades de caixa.

Segundo defendido por Gustavo Lian Haddad e Izabela Cesarino Vecchi, “o benefício se tornou característica notória e relevante do ambiente de investimento brasileiro, servindo de vetor que [...] facilita operações de aquisição de empresas fechadas e abertas, favorecendo o dinamismo da economia e das empresas brasileiras”.²⁰

De fato, quando da virada do século, o PND já havia arrecadado bilhões para os cofres públicos, em situações, no mínimo, favoráveis aos adquirentes e com ágios impressionantes.

Caso relevante refere-se à privatização das companhias que compunham o chamado “Sistema Telebrás” [que incluía as estaduais Telecomunicações do Rio de Janeiro S.A. (TELERJ) e Telecomunicações de São Paulo S.A. (TELESP)], por meio da qual foram arrecadados cerca de R\$22 bilhões, com um ágio médio de 63,7%. O controle societário da Empresa Brasileira de Telecomunicações (EMBRATEL) foi alienado pelo preço de R\$2,65 bilhões, com ágio de 47,5%. No setor bancário, a desestatização do Banco do Estado de São Paulo S.A. (BANESPA), ocorrida em novembro de 2000 e que envolveu cerca de R\$ 7 bilhões, representaria um dos maiores ágios já vistos no mercado brasileiro: 281,02%.²¹

O aproveitamento de ágio não se limitou às hipóteses de alienação de controle acionário de companhias estatais e se espalhou para as demais operações realizadas em mercado. Inegável, dessa maneira, sua relevância no ambiente de fusões e aquisições brasileiro.

2.3 Alterações Advindas da Lei nº 12.973/2014

A Lei nº 12.973/2014, resultado da conversão da Medida Provisória nº 627/2013, produziu um sem-número de alterações, por consequência da adaptação do Brasil às práticas contábeis internacionais (promovida pela Lei nº 11.638/2007) e da natural necessidade de se mitigarem as discussões sobre os respectivos efeitos fiscais.

20. HADDAD, G. L.; VECCHI, I. C. A contagem do prazo decadencial no questionamento de dedutibilidade das despesas de amortização de ágio na aquisição de investimentos. In: ANAN JR., Pedro (Coord.). **Planejamento Fiscal**. v. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 1.064.

21. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/privatizacoes-ganharam-forca-partir-dos-anos-90-10448501>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

Nessa adaptação jurídico-contábil, alterou-se o conceito de ágio previsto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, de tal sorte a determinar o desdobramento do custo de aquisição de participação societária em três elementos distintos: (i) valor do patrimônio líquido da sociedade; (ii) mais-valia dos ativos; e (iii) *goodwill*, ou o ágio por expectativa de rentabilidade futura.

Segundo João Francisco Bianco, a racionalidade passou a ser a seguinte: o adquirente deve identificar o valor justo de todos os ativos da sociedade investida e comparar com o valor de seu patrimônio líquido. A respectiva diferença consiste na “mais ou menos-valia”. Em seguida, a soma do valor contábil do patrimônio líquido com o valor da “mais ou menos-valia” deve ser comparada com o preço pago pela participação societária, sendo a diferença considerada como ágio. Cada um desses valores – valor patrimonial do investimento, “mais ou menos-valia” e ágio por rentabilidade futura – deve ser lançado em subcontas distintas na contabilidade.²²

O escopo dessa adaptação foi reconhecer, por ocasião da declaração do ágio, o chamado *fair value* ou *fair price*, i.e., o “valor justo” do investimento.

Nesse sentido, o Pronunciamento Técnico CPC 04, aprovado pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis, define que o **valor justo** de um ativo “é o valor pelo qual um ativo pode ser negociado entre partes interessadas, conhecedoras do negócio e independentes entre si, com ausência de fatores que pressionem para a liquidação da transação ou que caracterizem uma transação compulsória”²³.

O resultado lógico desse método de apuração do ágio corresponde ao fim da sua **fundamentação tripartida**, com o abandono da divisão entre as três anteriores justificativas econômicas que motivavam o pagamento do sobrevalor e que poderiam ser escolhidas a critério do investidor.

Portanto, a fundamentação cinge-se ao *goodwill*, consubstanciado na expectativa de rentabilidade dos ativos, a ser devidamente demonstrada por meio de laudo elaborado por perito independente, exigência que constituiu outra inovação da Lei nº 12.973/2014.²⁴

22. BIANCO, João Francisco. O conceito de valor justo e seus reflexos tributários. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coords.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. v. 5. São Paulo: Dialética, 2014. p. 169.

23. Vide, por todos: ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Imposto de renda das empresas**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 786.

24. Comenta André Mendes Moreira que: “Portanto, não se trata mais do ágio da diferença entre o custo do investimento e o valor patrimonial das ações da investida, mas sim, tal qual o seu conceito consolidado na teoria contábil, da diferença entre o custo de aquisição e o valor justo (*fair value*) do investimento, terminologia importada pelo CPC dos IFRS – International Financial Reporting Standards. Para designar o valor intermediário (entre o valor patrimonial e o valor justo), a lei reconheceu o conceito de mais-valia. Perceba-se que o contribuinte não mais elege a fundamentação econômica do ágio. Isso porque somente a expectativa de rentabilidade futura pode justificar o pagamento de

Ademais, deve o laudo ser registrado na Receita Federal ou em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, “até o último dia útil do décimo terceiro mês subsequente ao da aquisição da participação”, cuja inobservância pode gerar sua desconsideração pela autoridade fiscal.

Nessa lógica, o laudo assume eficácia constitutiva do ágio, como bem examinado por Túlio Anderson Soares de Lira:

Mais do que nunca, teremos a figura do laudo como requisito de constituição do ágio amortizável. Até as reformas de 2015, tínhamos o Decreto-lei 1.598/1977 apenas reclamando a figura das “demonstrações”, que o contribuinte deveria manter consigo, a fim de que apontasse as razões da alocação do ágio na(s) categoria(s) que indicasse. Apesar de ser um embasamento mais frágil, já era possível enxergar o papel essencial desse documento de justificação no reconhecimento do ágio por rentabilidade futura no mundo jurídico. **A partir das inovações trazidas pela Lei de 2014, o laudo é expressamente exigido como “parte” da alocação; é pressuposto dessa, e, portanto, a constitui.** Sem o depósito (até o 13º mês subsequente) do correto laudo de demonstração e avaliação do ágio, todo o valor tributariamente reconhecido e amortizável cairá por terra [...] Essa padronização, por outro lado, não virá sem seu bônus: certamente trará um aumento em termos de segurança jurídica. Fim de contas, por diversas vezes nos deparamos com decisões díspares – quando não diametralmente opostas – em relação a determinados requisitos de validade do laudo de avaliação, os quais agora se cristalizam na literalidade da nova redação²⁵ (*grifou-se*).

Outra alteração promovida pela Lei nº 12.973/2014, digna de nota, constitui a definição do que seriam as chamadas “partes dependentes”, inédita e que se deriva de ampla discussão jurisprudencial, especialmente no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Dessa maneira, o ágio contabilizado na participação na sociedade absorvida em nova operação de incorporação, fusão ou cisão poderá ser excluído na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL à razão máxima de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração, desde que essa operação seja realizada entre **partes independentes**.

preço pelo investimento acima da soma do valor de mercado de seus ativos. Desapareceu, portanto, a problemática fundamentação tripartida do ágio. Também, passou-se a exigir, no parágrafo 3º do referido dispositivo legal, que tanto a mais-valia quanto o ágio sejam fundamentados por meio de laudo elaborado por perito independente, exigindo-se também o protocolo deste laudo na Receita Federal do Brasil ou o registro do seu sumário em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, isso até o último dia útil do 13º mês subsequente ao da aquisição da participação” (MOREIRA, André Mendes et al. O Tratamento Fiscal do Ágio e a problemática do Ágio ‘Interno’ antes e após a vigência da Lei nº 12.973/2014. **Revista Dialética de Direito Tributário**, v. 228, p. 11, São Paulo, set. 2014.

25. LIRA, Túlio Anderson Soares de. O laudo de mensuração do ágio por rentabilidade futura em operações societárias – antes e após a Lei 12.973/14. **Revista Dialética de Direito Tributário**, v. 242, p. 141-142, São Paulo, nov. 2015.

Em outras palavras, a Lei nº 12.973/2014 vedou expressamente o aproveitamento do chamado “ágio interno”, examinado detidamente adiante.

3. Ágio Interno

O ágio interno refere-se àquele apurado entre sociedades sob controle comum, a quem se pode imputar a perda de sua independência, de tal modo que se sujeitam à vontade de único controlador.

Apesar de ser inovação da Lei nº 12.973/2014, a questão já era tratada no plano regulatório, valendo citar a Resolução nº 1.110/2007 do Conselho Federal de Contabilidade e do Ofício Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2007, da Comissão de Valores Mobiliários.

Luiz Eduardo Schoueri e Roberto Codorniz Leite Pereira diferenciam casos nos quais se verificaria um ágio **real** ou **com causa**, e, por outro lado, casos simulados em que se estaria produzindo um ágio considerado **artificial** ou **sem causa**:

Ágio interno real ou com causa: neste caso, o ágio também é gerado internamente a um grupo econômico, porém, **há efetivo pagamento, ou fluxo financeiro, que auxilia a afirmação de existência de substância econômica**. Há razões específicas que, por vezes, o motivam. **A proteção dos interesses de acionistas minoritários em operações de reorganização societária** pode ser uma razão que legitime a apuração do ágio interno. O equilíbrio entre as participações societárias de cada sócio no antes versus o depois dessas operações pode tornar a apuração de ágio interno a única alternativa viável. Veja-se que, aqui, diferentemente da hipótese anterior, **a situação inicial e final quanto aos titulares do investimento, em regra, não é a mesma**, havendo efetiva troca de titularidade, razão pela qual revela-se incabível a acusação de simulação no presente caso [...] O ágio considerado artificial ou sem causa: **a pessoa jurídica que detém o investimento o transfere para outra recém-criada – a empresa-veículo – na forma de integralização de capital, em valor diverso do contábil original**. A empresa-veículo contabiliza, assim, o investimento com ágio, devidamente amparado por laudo ou demonstrativo elaborado por perito independente, momento em que há a criação do ágio. Na sequência, a empresa-veículo incorpora ou é incorporada pela sociedade cuja participação foi reavaliada, momento após o qual dá-se início à amortização fiscal do ágio. **Note-se, neste caso, a situação inicial e final, no tocante aos titulares da participação societária, é, via de regra, a mesma**, razão pela qual é muito comum a formulação de acusação de simulação em relação às operações que dão ensejo à formação dita artificial do ágio ²⁶ (*grifou-se*).

26. SCHOUERI, Luiz Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O ágio interno na jurisprudência do CARF e a (des)proporcionalidade do artigo 22 da Lei 12.973/14 (LGL\2014\3934). In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (Coords.). **Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**. São Paulo: MP Editora, 2016. p. 359-360.

Neste ponto, cumpre esclarecer que, diante da determinação legal segundo a qual, para apuração do ágio anteriormente contabilizado, deve haver necessariamente outra operação de reorganização societária, ganhou bastante usualidade o emprego da chamada “sociedade veículo” ou “empresa veículo”.

Consistem ditos veículos em “sociedades criadas, em regra, dentro do grupo econômico com a função de servir como um canal de transmissão de direitos, com o fim exclusivo de gerar benefícios fiscais que, de outra maneira, não seriam obtidos”.^{27,28}

Convém, de todo modo, aclarar que o uso das referidas sociedades não foi, tal qual o aproveitamento fiscal do ágio interno, expressamente vedado pela Lei nº 12.973/2014.

No entanto, é importante registrar que o problema de que se trata antecede a referida lei e resulta da interpretação que lhe foi dada pelos Tribunais administrativos e judiciais, valendo examinar adiante precedentes dignos de atenção.

4. Controvérsias Jurisprudenciais Relativas à Interpretação do Ágio Interno

No âmbito do CARF, construíram-se conceitos para limitar o aproveitamento do ágio interno.

Dentre tais conceitos, talvez os mais amplamente utilizados foram os da “substância econômica” e do “propósito negocial”, bem similares entre si, como se pode observar na ementa abaixo transcrita, referente ao caso “Uol Diveo”, do Grupo Uol:

ÁGIO. REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO. A pessoa jurídica que, em virtude de incorporação, inclusive reversa, absorver patrimônio de sua investida, a qual tinha desdobrado o valor da participação em seu capital em valor patrimonial e em ágio fundamentado em expectativa de resultados futuros, somente poderá deduzir a despesa com a amortização desse ágio se observadas certas condições, tais como existência de **substância econômica** e **propósito negocial** nas operações de reorganização societária, **independência entre si** e possibilidade de **livre negociação** quanto a todas as pessoas jurídicas envolvidas na operação, **ônus efetivo** na aquisição do ágio para a pessoa jurídica que o registrar em sua contabilidade e cujo patrimônio

27. MARCONDES, Rafael. O ágio e a aproximação implementada pela Lei 12.973/2014 do Direito Tributário com a Contabilidade. **Revista de Direito Tributário Contemporâneo**, v. 23, p. 31, mar./abr. 2020.

28. Conduta que, como bem reconhecido pelo autor referido na nota anterior, é permitida pelo § 3º do art. 2º, da LSA: “A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, **ou para beneficiar-se de incentivos fiscais**”.

for absorvido e **reunião** numa só pessoa jurídica **do patrimônio** que tiver sofrido o encargo do ágio e o patrimônio que presumivelmente gerará os lucros que justificaram o seu pagamento²⁹ (*grifou-se*).

Embora no caso Natura Cosméticos³⁰ o CARF tenha definido que “[...] carece de consistência econômica ou contábil o ágio surgido no bojo de entidades sob o mesmo controle, o que obsta que se admitam suas consequências tributárias”, houve outros julgamentos favoráveis ao contribuintes, nos quais se entendeu que o mero fato de o ágio ter surgido no mesmo grupo econômico não seria motivo para sua não aceitação.³¹

Mesmo que ainda seja reduzido o número de casos de discussão do ágio sob a vigência da Lei nº 12.973/2014, a tendência parece ser a legitimação de entendimento desfavorável ao contribuinte, culminando-se na glosa das despesas amortizadas com ágio. Nesse sentido, veja-se o suscitado no caso da Gerdau Açominas:

Por conseguinte, não se pode afirmar agora, como suscitado da sessão passada, que o ágio interno só deixou de ser dedutível a partir da Lei nº 12.973, de 2014, ou melhor, da MP nº 627, de 2013, da qual referida lei resultou por conversão. **Na verdade, a nova lei, ao dispor expressamente assim, nada mais fez do que esclarecer que, por óbvio**, ágio pressupõe sobrepreço pago por partes independentes, ou seja, a dedutibilidade do ágio interno para fins fiscais decorre do fato de ele não ser aceito sequer contabilmente³² (*grifou-se*).

O que se percebe, portanto, é a deturpação do entendimento fixado na jurisprudência anterior à Lei nº 12.973/2014, que abria a possibilidade para o exame casuístico das operações de aproveitamento fiscal do ágio.

Verificados fatores como (i) efetivo pagamento do custo total de aquisição; (ii) realização das operações originais entre partes não ligadas; e (iii) a lisura na avaliação da sociedade adquirida, bem como (iv) a expectativa de rentabilidade

29. BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Acórdão nº 1401-004.267. 1ª Seção de Julgamento, 4ª Câmara, 1ª Turma Ordinária. Relatora: Conselheira Letícia Domingues Costa Braga, Redator para Acórdão: Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano. Brasília. Julg. 10 mar. 2020.

30. BRASIL. Câmara Superior do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CSRF. Acórdão nº 9101-003.885. 1ª Turma. Relator: Conselheiro Flávio Franco Corrêa. Brasília. Julg. 07 nov. 2018.

31. BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Acórdão nº 1302-002.060. 1ª Seção de Julgamento, 3ª Câmara, 2ª Turma Ordinária Relator: Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa. Brasília. Julg. 21 mar. 2017.

32. BRASIL. Câmara Superior do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CSRF. Acórdão nº 9101-002.388. 1ª Turma Relatora: Conselheira Adriana Gomes Rêgo. Brasília. Julg. 13 jul. 2016.

futura, aqui colocados como exemplos, era provável a concessão do tratamento fiscal favorável.³³

O esgotamento dos debates em âmbito administrativo produziu a judicialização da discussão sobre o ágio, que se tornou cada vez mais recorrente.

A opção pela provocação do Poder Judiciário apresenta vantagens ao empresário contribuinte: uma primeira, que salta aos olhos, é a possibilidade da sua ação preventiva, isto é, em caráter antecedente à autuação pela autoridade fiscal, obtendo-se tutela assecuratória de seu direito. Agindo assim, evita a imposição de pesadas penalidades – multas de ofício que podem exorbitar os 150%, entre outros encargos. Cabe destacar, contudo, que tal opção implica renúncia na discussão administrativa, devendo o empresário estar preparado para suspender a exigibilidade do crédito nas demais formas previstas pelo art. 151, do Código Tributário Nacional, tal qual o depósito judicial (art. 151, II).

Na sequência, em usurpação à prerrogativa de revisão colegiada, em âmbito administrativo se fazem juízos de admissibilidade monocraticamente. Por fim, ainda há o “fantasma” do voto de qualidade: extinto pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, o poder dado ao presidente do órgão administrativo (necessariamente fazendário) para proferir voto de desempate ainda é objeto de discussões em torno da validade do dispositivo que determinou o seu fim.

Sobretudo, o que se busca, por meio do acesso à Justiça, é uma ótica necessariamente diferente, quando comparada a um órgão paritário com representantes do contribuinte e da Fazenda, sempre com vistas ao não-confisco.

No que tange especificamente ao ágio interno, o debate no campo judicial é embrionário. Ao tempo de publicação deste capítulo, não se identificaram precedentes em Tribunais Superiores e sim em Tribunais Regionais Federais (TRF). Vale transcrever ementa de julgamento realizado pelo TRF da 4ª Região, que veio a reconhecer o direito do contribuinte:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ÁGIO INTERNO. PERÍCIA. AMORTIZAÇÃO DE IRPJ E CSLL. COMPENSAÇÃO. SELIC. SUCUMBÊNCIA.

1. Tendo a perícia analisado pormenorizadamente as operações efetuadas pelas empresas envolvidas e concluído por sua regularidade (criação de ágio interno para amortização com IRPJ e CSLL), referida prova se revela de fundamental importância para o deslinde da controvérsia.

33. BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Acórdão nº 1402-002.454. 1ª Seção de Julgamento, 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária Relator: Conselheiro Demetrius Nichele Macei. Brasília. Julg. 11 abr. 2017.

2. Concluindo a prova técnica que a autora **calculou e amortizou o ágio de forma correta**, resta afastada a tese de que houve simulação ou conduta fraudulenta³⁴ (*grifou-se*).

Em outro precedente, prevaleceu o respeito ao planejamento tributário lícito. Confira-se trecho da sentença de caso proposto pela Gerda S.A.:

Inobstante, os movimentos societários que levaram ao surgimento do ágio glosado ocorreram entre 2004 e 2005, conforme já exposto anteriormente. Assim, não é possível aplicar o que dispõe a Lei 12.973/2014 – ou os princípios contábeis que lhe fundamentaram –, por afronta aos artigos 106 e 109 do CTN [...] Ademais, não se pode confundir elisão com evasão fiscal, diferenciadas pela adoção de uma conduta lícita ou ilícita, respectivamente, para atenuar o passivo tributário. **Tampouco se poderia admitir tributação por uma interpretação tendenciosa ou voluntarista da legislação tributária.** Pelo contrário, o nosso sistema jurídico resguarda a liberdade empresarial para a organização dos negócios, inclusive para a exploração de lacunas ou brechas legais que possibilitem economia lícita de tributos. Ao mesmo tempo que o contribuinte não pode se esquivar da cogência da lei tributária, utilizando-se de artimanhas, malícias, fraudes, simulações, dissimulações ou abuso, **também não é exigido que pague mais tributos do que legalmente exigido. O cidadão e as empresas são, perante a lei, contribuintes, e não devotos do Estado, a ponto de se submeterem a quaisquer imposições ilegítimas.** Tendo em vista que, ao que tudo indica, as alterações societárias relacionadas ao feito desenvolvidas pelas empresas do grupo GERDAU S/A **obedeceram as formalidades necessárias**, e inexistindo prova de ilicitude, decorrente de simulação ou fraude, por exemplo, o lançamento tributário não pode basear-se apenas em uma interpretação desfavorável ao contribuinte por força de diretrizes contábeis, quando não há indício desta restrição interpretativa na legislação tributária aplicável ao caso concreto³⁵ (*grifou-se*).

Convém frisar que as aludidas decisões constituem posicionamentos isolados e que não há jurisprudência pacífica.

No próprio TRF da 4ª Região, há decisões pela invalidade da apuração do ágio interno, aplicando-se, inclusive, a multa de ofício no percentual de 150% do valor devido.³⁶

34. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação nº 5005789-24.2012.4.04.7113/RS. 2ª Turma. Relator Otávio Roberto Pamplona. Julg. 22 set. 2015.

35. BRASIL. 16ª Vara Federal de Porto Alegre. Embargos à Execução Fiscal nº 5058075-42.2017.4.04.7100/RS. Julg. 17 mai. 2018.

36. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação nº 5004003-95.2014.404.7202/SC. 1ª Turma. Relator Jorge Antônio Maurique. Julg. 27 mai. 2015.

No TRF da 2ª Região, há precedente desfavorável ao contribuinte, por não ter havido efetivo desembolso do valor que deveria ser pago no âmbito da operação societária.³⁷

Por sua vez, em recente decisão, o TRF da 3ª Região posicionou-se contrariamente ao aproveitamento de ágio, com origem em incorporação societária realizada entre entidades do mesmo grupo econômico:

TRIBUTÁRIO. CONTABILIDADE. OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DENTRO DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. ÁGIO CONTÁBIL. DEDUÇÃO DO IRPJ E DA CSLL. ARTS. 385 e 386 DO DECRETO N.º 3.000/99. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE E DA CVM.

[...] 2. Não obstante, in casu, o reconhecimento do ágio não é factível, visto que decorrente de transação albergada no âmbito de grupo econômico, especialmente considerando a operação de aquisição de 99% das ações da Viação Cometa S/A (impetrante) pela empresa Cometapar Participações Ltda., com posterior registro de incorporação desta pela impetrante.

3. Tal entendimento tem gênese na ciência contábil e foi consagrado pelo Conselho Federal de Contabilidade, que editou a Resolução nº 1.110/2007, cujo item 120 prevê que o reconhecimento do ágio decorrente de rentabilidade futura, gerado internamente (goodwill interno) é vedado pelas normas nacionais e internacionais. Assim, qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado.

4. O reconhecimento de ágio em operações realizadas por empresas que compõem determinado grupo econômico também é vedado pela Comissão de Valores Mobiliários, consoante se depreende do Ofício Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2007, que trata de normas contábeis das companhias abertas.

(TRF3, Apelação Cível nº 002714360.2009.4.03.6100/SP. 6ª Turma Relator: Juiz Federal Convocado Paulo Sarno. Julgado em: 02/02/17)

Nessa linha, cabe realçar que os precedentes supracitados aplicaram a legislação anterior à Lei nº 12.973/2014, que, como visto, trouxe vedação legal expressa ao aproveitamento do ágio entre partes dependentes. Dessa maneira, aguarda-se a formação de teses em torno da sua aplicação. Para aquele que sabe esperar, tudo vem a tempo.

Conclusão

Por todo o exposto, infere-se a importância inegável do ágio no ambiente de mercado brasileiro. Longe de ser apenas essencial na composição do custo de aquisição de um investimento, o benefício de amortização fiscal, como aqui

37. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Questão de Ordem na Apelação nº 2006.51.01.490315-5. 4ª Turma Especializada. Relator Luiz Antonio Soares. Julg. 14 set. 2010.

argumentado, se consubstancia em relevante fator negocial, que impacta significativamente a lógica econômico-financeira das operações de M&A.

O conceito de ágio construído pelo Direito Tributário foi nitidamente relativizado, abraçando-se o ágio contábil, que se convencionou denominar *goodwill*.

O reconhecimento deve ser demonstrado por meio de laudo técnico elaborado por perito independente e protocolado tempestivamente perante a Receita Federal ou Cartório de Registro de Títulos e Documentos, sob pena de ser desconsiderado, mesmo que se trate de ágio real baseado em efetiva substância econômica.

A proibição da operação que resulta em ágio interno é extremamente discutível, ainda porque interfere na esfera privada de tomada de decisão pelo empresário.

No que diz respeito ao exame, pela autoridade fazendária, da operação societária e do aproveitamento fiscal do ágio propriamente dito, sua subjetividade constitui caso clássico de elevação de custo negocial (*transaction costs*), dada a extrema insegurança jurídica a que se sujeita o empresário.

Há que se acompanhar detidamente a evolução da jurisprudência em torno da interpretação da Lei nº 12.973/2014, na expectativa de valorização desse inigualável expediente de planejamento fiscal, que funciona como verdadeiro incentivo para a combinação de negócios entre empresários.