

REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO (RDDT)

Repositório autorizado de jurisprudência dos seguintes tribunais:

- do Supremo Tribunal Federal (Despacho do Exmo. Sr. Presidente no Processo nº 304743, publicado no DJU I de 18 de maio de 1998, página 1; inscrição sob nº 23/98, em 24 de junho de 1998, conforme Ofício 2434/98-SD);
- do Superior Tribunal de Justiça (sob nº 36 - Portaria nº 1, de 16 de junho de 1997, do Exmo. Sr. Ministro Diretor da Revista do STJ, publicada no DJU I de 23 de junho de 1997, página 29422);
- do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Portaria nº 12, de 13 de agosto de 1997, do Exmo. Sr. Juiz Diretor do Gabinete da Revista do TRF da 1ª Região, publicada no DJU II de 21 de agosto de 1997, página 65574);
- do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Processo nº 97.02.16454-0, autuado em 30 de maio de 1997 e julgado em 5 de junho de 1997);
- do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (sob nº de inscrição 8 - Portaria nº 2, de 30 de maio de 1997, da Exma. Sra. Juíza Diretora da Revista do TRF da 4ª Região, publicada no DJU II de 5 de junho de 1997, página 41344); e
- do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (sob nº 7 - Despacho do Exmo. Sr. Juiz Diretor da Revista do TRF da 5ª Região, publicado no DJU II de 9 de setembro de 1997, página 72372).

REVISTA DIALECTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO

(RDDT)

ISSN 1413-7097

228

(SETEMBRO - 2014)

Diretor da Revista
Valdir de Oliveira Rocha

Diretores da Editora Dialectica
Lidia Lobello de Oliveira Rocha
Valdir de Oliveira Rocha
Denise Lobello de Oliveira Rocha
Trevيسان

Projeto Gráfico inicial de *Escrituras*
Editora, com alterações procedidas por
Mars e Dialectica

Capa (fundo)
Detalhe da obra "100% Azul ou Quase",
de Marola Omarlem

Ilustrações de faces dos autores
Fátima Lodo Andrade da Silva

Impressão
Edições Loyola

Indexação em base de dados nacionais:
RVBI (Periódicos) - Senado Federal
(www.senado.gov.br/sicon)

Rede de bibliotecas depositárias:
Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal
de Justiça, Conselho da Justiça Federal,
Tribunal Regional Federal da 1ª, 2ª, 4ª e 5ª
Regiões



Cipriano Souza

é o autor da pintura reproduzida em
destaque na capa desta edição.

Na página inicial do site
www.dialectica.com.br
canto superior, esquerdo, pode-se
realizar BUSCA que possivelmente
facilitará muito a localização de textos
sobre assuntos de seu interesse.
A Editora mantém em estoque
exemplares anteriores da
Revista Dialectica de Direito Tributário.
Complete sua coleção.

Os conceitos emitidos nos textos são
de responsabilidade de seus autores.



Uma publicação mensal de
Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.

Rua Sena Madureira, 34
CEP 04021-000 - São Paulo - SP
e-mail: atendimento@dialectica.com.br
Fone/fax (11) 5084-4544
www.dialectica.com.br

SUMÁRIO

Doutrina

André Mendes Moreira, Patrícia Dantas Gaia e Eduardo Lopes de Almeida Campos - O tratamento fiscal do ágio e a problemática do ágio "interno" antes e após a vigência da Lei nº 12.973/2014

1. Introdução. 2. O conceito de ágio na redação original do Decreto-lei nº 1.598/1977 e seu tratamento fiscal. 3. O novo conceito de ágio e sua disciplina fiscal após a vigência da Lei nº 12.973/2014. 4. A amortização fiscal do ágio e o problema do "ágio interno" no âmbito do Carf. 5. O problema da convergência dos conceitos no Direito e nas ciências contábeis e as dificuldades jurisprudenciais no tratamento fiscal do ágio. 6. Conclusão.

7

Daniel Cavalcante Silva - Isenção fiscal concedida por prazo certo e condição determinada: a casuística do Programa Universidade para Todos (Prouni) e o entendimento jurisprudencial em consolidação

1 - Introdução. 2 - Evolução histórico-legal do Programa Universidade para Todos (Prouni): a implementação da proporcionalidade da isenção fiscal. 3 - A isenção fiscal concedida por prazo certo e condição determinada: inteligência do art. 178 do Código Tributário Nacional. 4 - Do entendimento jurisprudencial em consolidação. 5 - Conclusão.

20

Eduardo Maneira e Alexandre Teixeira Jorge - O ITCMD nas doações coletivas

1. Introdução. 2. Histórico e evolução. 3. A ausência de regulamentação complementar plena do ITCMD e o exercício da competência legislativa concorrente por parte dos Estados. 4. A competência dos Estados para dispor sobre a incidência do ITCMD sobre as doações coletivas. 5. Conclusões.

31

Fernando Lemme Weiss - O conflito fiscal federativo e seu equacionamento

I - A matriz constitucional dos litígios. II - Os conflitos federativos em matéria de ICMS. III - A ordenação viável dos litígios. IV - Conclusão.

42

Giancarlo Chamma Matarazzo e Rubens Barriomuevo Biselli - Estrutura de aquisição de participação societária financiada com dívida e o direito de deduzir as respectivas despesas financeiras após a incorporação societária

1. Introdução. II. Os limites subjetivos da dedução de despesas financeiras. III. As restrições historicamente aplicadas pela jurisprudência administrativa em relação à dedutibilidade das despesas financeiras. IV. A falsa impressão de que as despesas financeiras não seriam necessárias à empresa adquirida. V. Estruturas de compra alavancada em que a dívida é concedida por empresa estrangeira do mesmo grupo econômico - as regras objetivas previstas na legislação brasileira. VI. Conclusão.

53

Isabela Schenberg Frascino - O mito do exercício irregular de atividades por meio de pessoa jurídica

I. Justificativas para criação de pessoa jurídica e sua legítima utilização na prestação de serviços. II. Impossibilidade de desconstrução de pessoa jurídica sem verificação e comprovação individualizada, pelo Fisco, da ausência das justificativas de constituição. III. Desobrigação da fonte pagadora de exigir ou acessar informações detalhadas sobre empresas de terceiros e suas justificativas de constituição. IV. Ausência de simulação, pessoa jurídica fictícia ou inexistente.

70

Ives Gandra da Silva Martins - Bacen x SRF: a desconstrução de operações legais

80

José Jayme de Macêdo Oliveira - Contribuição de melhoria: aspectos pouco e/ou muito debatidos

1. Aspectos pouco debatidos. 2. Aspectos (ainda) muito debatidos.

93

José Marcos Domingues - A propósito do conceito de tributo

1. Introdução. 2. Atividade financeira. O tributo. 3. Considerações finais.

110

José Souto Maior Borges - A classificação dos tributos em vinculados e não vinculados

- I - Introdução: considerações preambulares. II - Vínculos dessa problemática com a CF e o CTN: classificações normativas. III - Relações sintáticas de vinculação/desvinculação internormativas. IV - Inserção de um critério alternativo de classificação. V - Considerações finais.

126

Ramon Tomazela Santos - Notas sobre a ampliação do conceito de receita bruta pela Lei nº 12.973/2014 e as receitas financeiras das instituições financeiras e sociedades seguradoras

1. Introdução. 2. O faturamento no regime cumulativo do PIS e da Cofins. 3. O conceito de faturamento na Lei Complementar nº 70/1991. 4. As receitas da atividade principal da pessoa jurídica. 5. Conclusões.

136

Rodrigo Borba - Alguns aspectos controversos do Fator Acidentário de Prevenção (FAP)

1. Introdução. 2. Seguro Acidente do Trabalho - SAT/Risco Ambiental do Trabalho - RAT: evolução legislativa. 3. Fator Acidentário de Prevenção (FAP). 4. Inconstitucionalidade do FAP. 5. Da ausência ou imprestabilidade de estudo estatístico exigido em lei para o aumento das alíquotas SAT/RAT e sua potencialização pela metodologia de cálculo do FAP. 6. Conclusões.

155

Rony Ferreira e Alan Luiz Bonat - A autonomia dos estabelecimentos e o Direito Tributário - uma interpretação sistemática

1. Introdução. 2. Empresa, empresário e sociedade empresária. 3. Estabelecimento e o Direito Privado. 4. Estabelecimento e o Direito Tributário. 5. Interpretações. 6. Considerações finais.

173

Parecer
Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo - Ação anulatória. Prescrição. Descabimento. Lançamento. Invalidez. Revisão. Possibilidade

- Consulta. Parecer: 1. Colocação do problema. 2. Prescrição e ação anulatória. 3. Parcelamento e revisão judicial do crédito tributário. 4. Enquadramento jurídico da omissão de receitas. 5. Nulidade "parcial" de lançamento e revisão judicial. 6. Respostas.

183

Jurisprudência

Integras de Acórdãos

- Execução fiscal - extinção decorrente de acolhimento de exceção de pré-executividade - reexame necessário (STJ - 2ª T.)
- ICMS - serviço de transporte fluvial - combustível - não cumulatividade - crédito (STJ - 1ª T.)
- ICMS - veículo usado que retorna ao mercado por revenda - novo fato gerador (STJ - 1ª T.)
- Pedágio - natureza jurídica de preço público - não sujeição ao princípio da estrita legalidade (STF - Pleno)

196
200
204
208

Ementário de Acórdãos

- Ação de improbidade administrativa - matéria tributária como causa de pedir - legitimidade do Ministério Público (STJ - 2ª T.)
- Cofins e PIS - ato cooperativo - participação de pessoa jurídica como cooperado - não incidência (Carf - 2ª Câm./2ª T. Ord.)
- Cofins e PIS - crediamento - insumos - atividade-fim - não de obra pessoa física - vedação (STJ - 2ª T.)

216
216
217

- Contribuição ao Sebrae - caráter autônomo e de intervenção no domínio econômico - sujeição passiva - cooperativas (STF - 1ª T.)
- Contribuição de intervenção no domínio econômico - tecnologia - cabos submarinos - ativo imobilizado - "software" - não incidência (Carf - 1ª Câm./1ª T. Ord.)

- Imposto de renda - lançamento contra pessoa jurídica extinta - invalidez (Carf - 1ª T.)
- Imposto de renda - lucro presumido - loteamento/incorporação - terreno alheio - parceria (Carf - 1ª T. Esp.)
- Imposto de renda - pagamento sem causa - mera "fonte interna" - planejamento abusivo (Carf - 1ª Câm./2ª T. Ord.)
- Imposto de renda - pagamentos realizados a beneficiário não identificado ou pagamentos sem causa (Carf - 2ª Câm./2ª T. Ord.)

226
227
227
228

- Contribuição previdenciária - empresa segmentada em departamentos rural e industrial - processamento de produção própria e adquirida de terceiros - agroindústria (Carf - 4ª Câm./1ª T. Ord.)
- Contribuição previdenciária - pagamento em pecúnia - inexistência de habitualidade (Carf - 2ª T.)
- Contribuição previdenciária - plano de previdência privada - oferecimento a todos os empregados e dirigentes - cláusulas diferenciadas - isenção (Carf - 4ª Câm./1ª T. Ord.)
- DIF-papel imune - descumprimento de obrigação acessória - multa - incidência a cada mês de atraso na entrega da declaração (STJ - 1ª T.)
- Execução fiscal - seguro garantia judicial - inviabilidade no regime da Lei 6.830 (STJ - 2ª T.)
- ICMS - diferencial de alíquota - operação interestadual - empresa contribuinte do ISS - inscrição estadual (STF - 1ª T.)
- Imposto de importação - redução de alíquota - MP 1.073 - controvérsia sobre necessidade de preenchimento de requisitos (STJ - 2ª T.)
- Imposto de renda - ágio - amortização - incorporação reversa - dedutibilidade (Carf - 3ª Câm./2ª T. Ord.)
- Imposto de renda - ágio - incorporação de ações - empresa do mesmo grupo (Carf - 3ª Câm./1ª T. Ord.)
- Imposto de renda - ausência de recolhimento pela fonte pagadora - subsistência da responsabilidade do contribuinte pelos juros de mora (STJ - 2ª T.)
- Imposto de renda, Cofins e PIS - perda de juros passivos em contrato de mútuo - insubsistência de dívida (Carf - 2ª T. Esp.)
- Imposto de renda - glosa de despesa com remuneração de debêntures - simulação ou fraude não comprovada - dedutibilidade (Carf - 4ª Câm./2ª T. Ord.)
- Imposto de renda - horas de sobreaviso - composição do salário (STJ - 2ª T.)

- Imposição de renda - lucro presumido - loteamento/incorporação - terreno alheio - parceria (Carf - 1ª T. Esp.)
- Imposição de renda - pagamento sem causa - mera "fonte interna" - planejamento abusivo (Carf - 1ª Câm./2ª T. Ord.)
- Imposição de renda - pagamentos realizados a beneficiário não identificado ou pagamentos sem causa (Carf - 2ª Câm./2ª T. Ord.)
- Imposição de renda - perda no recebimento de créditos (Carf - 3ª Câm./2ª T. Ord.)
- Imposição de renda - pessoa física - ganho de capital - alienação de ações - capitalização nas "holdings" - majoração artificial do custo de aquisição (Carf - 2ª Câm./1ª T. Ord.)
- Imposição de renda - pessoa física - juros de mora - valores pagos acumuladamente, em atraso - pensão militar - incidência (STJ - 2ª T.)
- Imposição de renda - pessoa física - prestação de serviços em caráter personalíssimo - atleta profissional (Carf - 2ª T. Esp.)
- Imposição de renda - pessoa jurídica - dedução de despesas financeiras necessárias (Carf - 3ª Câm./2ª T. Ord.)
- Imposição de renda - redução da alíquota - Lei 4.239 - prorrogações do prazo - conversão da MP 1.740-32/99 na Lei 9.808 - silêncio sobre benefício fiscal (STJ - 1ª T.)
- Imposição de renda - subvenção para investimento e não contemporaneidade da fruição do benefício fiscal - não desnatu-ção (Carf - 1ª Câm./2ª T. Ord.)
- Imposição de renda - subvenção para investimentos - caracterizado - restrições - exclusão do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro (Carf - 3ª Câm./2ª T. Ord.)
- Imposição de renda - variação cambial apurada em relação a investimentos no exterior - resgate de ações (Carf - 1ª T.)
- Imposição de renda - venda para entrega futura - reconhecimento da receita - ônus da prova (Carf - 1ª Câm./2ª T. Ord.)
- Imposição de renda - verba de gabinete - ausência de comprovação de despesas - natureza salarial (STJ - 2ª T.)
- IPI - crédito presumido - ressarcimento de Cofins e PIS - benefício centralizado e exportado por cooperativa - ausência

228
228
228
228
229
229
230
231
232
232
232
233
233
234
234

- | | | | |
|---|-----|---|-----|
| de previsão legal (Carf - 3ª CâM./1ª T. Ord.) | 235 | • Medida cautelar - pretensão de apropriação e transferência de créditos acumulados de ICMS - pedido liminar satisfativo - impossibilidade (STJ - 2ª T.) | 238 |
| • ISS - beneficiamento e polimento de peças de metal, por encomenda - incidência (STJ - 1ª S.) | 235 | • Parcelamento - programa de recuperação fiscal - Lei 11.941 - adesão - poder liberatório da garantia dada em juízo - penhora - momento (STJ - 2ª T.) | 239 |
| • ISS - contratos mistos - locação de maquinário com operadores (STF - Pleno) | 236 | • Processo administrativo - carga ao advogado regularmente constituído - possibilidade (STJ - 1ª T.) | 239 |
| • ISS - serviços de informática prestados por empresa sem unidade autônoma, fora do município de sua sede - sujeito ativo - LC 116 (STJ - 2ª T.) | 236 | • Regularidade fiscal - descumprimento - contrato administrativo - retenção do pagamento das faturas pelos serviços já prestados - impossibilidade (STJ - 1ª T.) | 240 |
| • Lançamento anulado por vício formal - constituição de novo - exigência de definitividade da decisão (Carf - 4ª CâM./2ª T. Ord.) | 237 | • Repercussão geral - existência - processo administrativo tributário - indeferimento de pedidos de ressarcimento, restituição ou compensação - multas - incidência "ex lege" (STF - Pleno) | 240 |
| • Lançamento de ofício - constituição definitiva do crédito - ausência de recurso administrativo - prescrição - termo inicial - notificação do contribuinte (STJ - 1ª T.) | 238 | | |

DOCTRINA

O Tratamento Fiscal do Ágio e a Problemática do Ágio "Interno" antes e após a Vigência da Lei nº 12.973/2014

André Mendes Moreira
Patricia Dantas Gaia
Eduardo Lopes de Almeida Campos

1. Introdução

Em 14 de maio deste ano foi publicada a Lei nº 12.973, resultado da conversão da MP nº 627/2013. A lei promove alterações pertinentes aos tributos federais, extinguindo o RTT e realizando a necessária regulamentação dos efeitos tributários da adoção, pelo Brasil, dos padrões contábeis internacionais, promovida pela Lei nº 11.638/2007.

Dentre outros temas, a Lei nº 12.973/2014 modificou a sistemática de reconhecimento do ágio gerado nas aquisições de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial, bem como criou novas exigências para que o *goodwill* seja excluído para fins de apuração do lucro real.

Referidas modificações ocorrem em um momento em que o aproveitamento fiscal do ágio nas reestruturações societárias tem gerado desconfiança e originado diversas autuações fiscais que ganharam repercussão nacional, seja pela expressividade econômica dos valores envolvidos, seja pela heterogeneidade das decisões do Carf no julgamento destas autuações.

O objetivo deste artigo é analisar o conceito legal de ágio e seu afastamento em relação ao conceito teórico-contábil. Além disso, busca-se abordar seu tratamento tributário na legislação anterior e na nova lei, ressaltando suas diferenças. Por fim, intenta-se avaliar as dificuldades em se reconhecer a validade do chamado "ágio interno", analisando-se, de forma crítica, o tratamento fiscal e jurisprudencial conferido à questão.

2. O Conceito de Ágio na Redação Original do Decreto-lei nº 1.598/1977 e seu Tratamento Fiscal

Segundo Eliseu Martins e Sérgio de Iudicibus¹, a Teoria Contábil sempre conceituou o ágio como a diferença entre o



André Mendes Moreira
é Professor Adjunto de
Direito Tributário da
UFMG, Doutor (USP) e
Mestre (UFMG) em
Direito Tributário e
Advogado.



Patricia Dantas Gaia
é Professora de Direito
Tributário da Faculdade
Milton Campos, Mestre
em Direito Empresarial
pela Faculdade Milton
Campos e Advogada.



**Eduardo Lopes de
Almeida Campos**
é Mestre em Teoria do
Direito pela PUC/Minas
e Advogado.

¹ Averbam os autores:

"Na Teoria Contábil, Ágio por expectativa de rentabilidade futura, ou *Goodwill*, sempre foi entendido como a diferença entre o valor da entidade como um todo

preço dos ativos da empresa, isoladamente considerados, e o valor de mercado da companhia, como entidade única em operação.

O conceito jurídico-positivo de ágio, no Brasil, distanciou-se desta tradição. O art. 248 da Lei nº 6.404/1976 havia determinado que a avaliação dos investimentos relevantes em sociedades coligadas, sobre cuja administração a investidora tivesse influência, ou de que participasse com 20% ou mais do capital social, ou em sociedades controladas, seria realizada pelo valor de patrimônio líquido (diferença contábil entre o valor dos ativos e dos passivos empresariais).

Sendo assim, cuidou o Decreto-lei nº 1.598/1977 de determinar, em seu art. 20 (redação reproduzida no art. 385 do RIR/1999) que, em sendo o caso de avaliação do investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor do patrimônio líquido, deveria o adquirente da participação societária desdobrar o custo desta aquisição em duas classificações:

- 1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição; e
- 2) ágio ou deságio, que é a diferença entre o custo da aquisição do investimento e aquele valor, apurado pelo método da equivalência patrimonial.

Portanto, diferentemente da contabilidade, o conceito jurídico de ágio consolidou-se como a diferença entre o preço de aquisição e o valor de patrimônio líquido do investimento - e não o valor de mercado.

A razão pela qual a conceituação legal afastou-se da teoria contábil é que ela cumpriu objetivos exclusivamente fiscais. Como se sabe, por vezes os investimentos são adquiridos por valores de mercado superiores ou inferiores ao seu valor patrimonial ou, até mesmo, em razão de circunstâncias contextuais, por valores superiores ou inferiores ao valor de mercado considerado "justo", isto é, ao valor pelo qual seriam negociados em circunstâncias nas quais as partes encontram-se em condições paritárias e sem relação de dependência.

Diante deste fato, havia, para o legislador tributário, duas opções²: silenciar-se e relegar à contabilidade o papel de definir o método de avaliação destes investimentos e seus reflexos no resultado e, só então, determinar a forma de ajuste para obtenção do Lucro Real; ou dispor, desde logo, sobre a forma de avaliação e sobre seu tratamento fiscal. O caminho escolhido foi o segundo e, tendo em vista que o conceito de "valor justo" ou de "valor de mercado" é mais permeável a subjetividades que o de valor de patrimônio líquido, aquele critério foi preferido em prol deste.

Além de definir o valor de referência sobre o qual seria calculado o ágio, tratou o Decreto-lei nº 1.598/1977 de classificá-lo de acordo com o seu fundamento econômico. Poderia ele ser apurado, assim, nas seguintes situações:

"§ 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*." (Art. 20, parágrafo 2º, do Decreto-lei nº 1.598/1977 - destacamos)

Agrava-se, neste ponto, o distanciamento entre o conceito jurídico e o conceito teórico-contábil. Enquanto a razão de ser do ágio era, na Teoria Contábil, a existência de circunstâncias pelas quais a empresa, em perspectiva holística (sinergia dos ativos tomados em marcha), valia mais do que em perspectiva atomista (soma das partes, dos valores dos elementos individualmente considerados), o Direito brasileiro optou por adotar divisão tripartida do fundamento econômico do ágio. Esta divisão não faz sentido aos olhos da Teoria Contábil e torna problemática e confusa a sua escrituração³.

Ademais, ao utilizar a expressão no singular "(...) dentre os seguintes, seu fundamento econômico", a lei obriga o contribuinte a registrar o ágio sob um único fundamento econômico, o que dificulta ainda mais a tarefa de correspondência entre o instituto jurídico e o seu real substrato econômico.

Outro aspecto do conceito legal de ágio digno de nota é que, uma vez tendo o legislador optado pelo valor de patrimônio líquido, e não pelo valor justo de mercado como referência, afastou-se a hipótese de que apenas o ágio gerado em operações entre partes não dependentes fosse, *a priori*, juridicamente reconhecível como tal. Isso porque, ao passo que o valor justo dos ativos somente faz sentido quando presumida a não dependência entre as partes (já que o valor justo se refere ao preço de mercado praticado em transações *arm's length*), a diferença entre o custo de aquisição e o valor de patrimônio líquido pode muito bem ser apurada mesmo em transações entre partes dependentes.

Por fim, no parágrafo 3º, o referido dispositivo legal determinou que o registro do ágio ou deságio com base no valor de mercado ou na expectativa de rentabilidade de futura (alíneas "a" e "b") deveria ser baseado em demonstração que seria arquivada pelo próprio contribuinte como forma de comprovar sua escrituração. Perceba-se que, até então, não se falava explicitamente em "laudo", nem mesmo se exigia a prova da sua correta mensuração econômica, mas tão somente prova de que o ágio havia sido escriturado da forma como exigia a lei.

Não há como negar, portanto, que, ao conceituar ágio, definindo inclusive suas modalidades de fundamento econômico, a lei atribuiu ao termo significado jurídico próprio, independente da sua significação contábil⁴. A existência do ágio passou a

funcionando, em marcha, e a soma algebrica do valor de mercado de seus elementos patrimoniais. E essa diferença sempre foi explicada como derivada da existência de motivos que fazem com que a rentabilidade desse conjunto patrimonial suplante o que seria "normal" (o custo do capital investido, numa linguagem mais técnica)." (MARTINS, Eliseu; e JUDICIBUS, Sérgio de. "Intangível - sua relação Contabilidade/Direito - teoria, estruturas conceituais e normas - problemas fiscais de hoje". In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alexandre Broedel (coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. 2º volume. São Paulo: Dialética, 2011, p. 78)

SCHOULER, Luis Eduardo. *Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)*. São Paulo: Dialética, 2012, p. 11

³ Cf. MARTINS, Eliseu; e JUDICIBUS, Sérgio de. "Intangível - sua relação Contabilidade/Direito - teoria, estruturas conceituais e normas - problemas fiscais de hoje". *Op. cit.*

⁴ Na mesma linha, Luis Eduardo Schouler afirma que: "O ágio, como se viu acima, é instituto jurídico. Tem disciplina legal exaustiva. O fato de haver figura homônima na Contabilidade - ou melhor ainda, o fato de a figura tributária ter se inspirado naquela - não atassa a conclusão de que uma vez regulado pelo Direito, é neste campo que se deve investigar sua natureza." (SCHOULER, Luis Eduardo. *Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)*. São Paulo: Dialética, 2012, p. 13)

depender do preenchimento de requisitos formais, muito embora nem sempre tais requisitos representassem corretamente, na perspectiva da Teoria Contábil, sua substância econômica.

Em síntese, o Direito brasileiro *optou* por conceituar o ágio obedecendo a uma lógica formalista, criando, assim, um hiato em relação aos critérios da Teoria Contábil, que visavam à melhor representação dos fatos econômicos com vistas ao fornecimento de informações substanciais e confiáveis aos agentes do mercado⁵.

Quanto ao seu tratamento fiscal, o Decreto-lei nº 1.598/1977 determinou, em seu art. 25, sua indedutibilidade, salvo unicamente para efeito de determinar o ganho ou perda de capital nas hipóteses de alienação ou liquidação do investimento previstas no art. 33 do aludido diploma normativo.

Posteriormente, no contexto do PND - Plano Nacional de Desestatização, foi editada a Lei nº 9.532/1997 que, em seu art. 7º, III, formulou uma possibilidade efetiva de dedutibilidade do ágio apurado na forma do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, qual seja, na hipótese de ocorrer absorção patrimonial entre investida e investidora mediante incorporação, fusão ou cisão.

O incentivo fiscal visava estimular as reestruturações societárias, uma das maneiras de viabilizar o implemento das modalidades operacionais de desestatização (art. 4º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.491/1997). Para que a benesse fosse fruída, o art. 7º estatua as seguintes exigências:

- I) Que houvesse absorção patrimonial entre investida e investidora na qual detenha investimentos adquiridos com ágio, mediante incorporação, fusão ou cisão;
 - II) Que o ágio adquirido tivesse por fundamento a expectativa de geração de rentabilidade futura, nos termos do art. 20, parágrafo 2º, *b*, do Decreto-lei nº 1.598/1977; e
 - III) Que a amortização fiscal do ágio ali autorizada acontecesse à razão de 1/60, no mínimo, para cada mês do período de apuração.
- No entanto, conforme será visto mais adiante, a possibilidade de amortização fiscal do ágio contida no mencionado dispositivo legal motivaria uma série de disputas no âmbito do Carf cuja pacificação ocorreu até o momento.
- Antes de abordá-las, porém, cumpre analisar a nova sistemática trazida pela Lei nº 12.973/2014, que trouxe diversas inovações para o âmbito do instituto *sub examine*.

3. O Novo Conceito de Ágio e sua Disciplina Fiscal após a Vigência da Lei nº 12.973/2014

A edição da Medida Provisória nº 627/2013, convertida na Lei nº 12.973/2014, trouxe alterações bastante significativas no tratamento fiscal do ágio.

Primeiramente, o art. 2º da lei alterou, entre outros dispositivos, o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, aproximando o conceito de ágio da definição teórico-contábil.

Assim, o investimento avaliado pelo Método de Equivalência Patrimonial passará a ser registrado, para fins fiscais, da seguinte forma:

- I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição;
- II - mais ou menos valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da participação da participação adquirida, e o valor de patrimônio líquido; e
- III - ágio por rentabilidade futura (*goodwill*), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor justo dos ativos líquidos da investida.

Portanto, não se trata mais o ágio da diferença entre o custo do investimento e o valor patrimonial das ações da investida, mas sim, tal qual 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 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 de 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. As normas deste registro sujeitam-se à regulamentação da Receita Federal por meio de instrução normativa.

Na hipótese de cisão, incorporação ou fusão, a nova lei promoveu alterações em relação à sistemática anterior, regulamentada pela Lei nº 9.532/1997.

A mais-valia poderá ser computada para fins de determinação do lucro real como integrante do custo do bem ou direito para efeito de determinação de ganho ou perda de capital, bem como para o cômputo da depreciação, amortização ou exaustão, desde que observadas as formalidades relativas ao laudo de fundamentação.

Já no caso do ágio por rentabilidade futura (*goodwill*), nos casos de fusão, incorporação ou cisão nos quais haja absorção patrimonial entre investida e investidora, poderá o saldo do referido ágio ser excluído da apuração do lucro real, desde que sejam observados os seguintes requisitos:

- I - Ocorra a absorção patrimonial entre investida e investidora, mediante fusão, incorporação ou cisão;
- II - A amortização seja feita na razão de um 1/60, no máximo, em cada mês do período de apuração;
- III - O laudo seja elaborado, tempestivamente protocolado ou registrado; e
- IV - Seu valor seja identificável por ser contabilizado em subconta distinta (art. 35, parágrafo 3º e art. 37, parágrafo 1º)

⁵ As práticas contábeis brasileiras sujeitaram-se à mesma disciplina até a internacionalização das normas contábeis (Lei nº 11.638/2007) e a edição do Pronunciamento nº 15 do CPC, que conferiu novo conceito e tratamento ao ágio. As transformações no conceito jurídico, contudo, só viriam a se consolidar com a edição da Lei nº 12.973/2014.

Outrossim, tanto para a mais-valia, quanto para o *goodwill*, houve por bem o legislador acrescentar outra exigência, por meio da ressalva de que tais apurações somente surtiriam efeito fiscal caso fossem decorrentes de aquisições de participação societária realizadas entre “partes não dependentes”, o que não constava da legislação anterior (Lei nº 9.532/1997).

Coube ao art. 25 da nova lei definir o que caracterizam partes dependentes, *verbis*:

- 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, cõnjuge 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.”

É criticável a redação do inciso V, que abre caminho para interpretações excessivamente subjetivas sobre o que constituirá a dependência entre pessoas jurídicas, abrindo nova oportunidade de instauração de contencioso e deixando o contribuinte ao desamparo da segurança jurídica.

Seu parágrafo único ainda acrescenta a disposição de que nas participações societárias adquiridas em estágios, esta relação de dependência deve ser verificada na primeira aquisição, desde que as condições do negócio estejam previstas no instrumento negocial.

Como visto, houve, a partir da edição da Lei nº 12.973/2014, evolução significativa do conceito jurídico de ágio, passando a significar a diferença entre o custo de aquisição e o valor justo do investimento. Também, apenas aqui se delimitou a contabilização do ágio, para fins fiscais, às operações realizadas entre partes não dependentes, embora este conceito ainda permaneça relativamente indeterminado.

Deve-se ressaltar, contudo, que, nos termos do art. 65 da Lei nº 12.973/2014, as regras anteriores continuarão a ser aplicadas nas aquisições de participações que tenham ocorrido até 31 de dezembro de 2014 cujas operações de incorporação, fusão ou cisão ocorram até 31 de dezembro de 2017. Ou seja, até as referidas datas, o conceito de ágio para os fins do Direito Tributário continuará a ser determinado pela diferença entre o custo do investimento e o seu valor patrimonial e as exigências para o seu aproveitamento fiscal continuarão a ser as previstas no art. 7º, III, da Lei nº 9.532/1997.

4. A Amortização Fiscal do Ágio e o Problema do “Ágio Interno” no Âmbito do Carf

Como se viu, a Lei nº 12.973/2014, além de modificar o conceito jurídico de ágio, 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 partes dependentes.

A exigência vem com o intuito de apaziguar, com efeitos futuros, o imbróglio causado pela interpretação da Lei nº 9.532/1997, que exigia, como condições para a

amortização fiscal do ágio nas reestruturações societárias, apenas três requisitos. Em havendo absorção patrimonial entre investida e investidora, mediante fusão, cisão ou aquisição, com registro de ágio adquirido por expectativa de rentabilidade futura e obedecendo-se a razão de 1/60, no mínimo, para cada mês do período de apuração, a dedução estaria autorizada.

Nada obstante, muitos contribuintes foram autuados por excluírem em sua apuração do Lucro Real as parcelas do ágio autorizadas pela lei. Parte considerável dos problemas decorreu da formação de ágio em operações de aquisições de investimentos praticadas entre empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, ou na nomenclatura da nova lei, o ágio gerado em operações realizadas entre partes dependentes: o chamado “ágio interno”.

Embora o Decreto-lei nº 1.598/1977 e a Lei nº 9.532/1997 não façam restrições expressas ao reconhecimento e ao aproveitamento do ágio gerado internamente, o que apenas foi feito com a edição da Lei nº 12.973/2014, a Receita Federal adotou muitas vezes o entendimento segundo o qual este ágio não possui um substrato econômico material ou “real” que justificasse o pagamento do preço excedente pela aquisição do investimento, não sendo contabilmente reconhecido.

Já se afirmou que o conceito então vigente de ágio obedecia a critérios formais antes da edição da nova lei, distanciando-se do conceito consolidado na teoria contábil. Diante deste conflito entre os requisitos formais eleitos pela lei para o reconhecimento e aproveitamento fiscal do ágio e os requisitos contábeis de reconhecimento, o Carf não atingiu um entendimento homogêneo sobre a possibilidade de amortização do ágio interno.

Neste cenário, formulou-se, na jurisprudência administrativa, uma série de critérios para o reconhecimento do ágio. Entre as exigências mais recorrentes, são comuns as seguintes: que o ágio tenha sido gerado por operação de aquisição, em sentido estrito - o que suplantaria a possibilidade de geração do ágio em operações de subscrição de ações; que a operação tenha sido realizada entre partes não dependentes; que haja um propósito negocial na operação que o deu origem - ou seja, que não tenha sido realizada para o fim exclusivo de planejamento tributário; que não haja a utilização de empresa veículo, entre outros.

Por exemplo, no Acórdão nº 1101-000.912⁶, o órgão entendeu pela ilicitude da amortização do ágio gerado por meio de operação de subscrição de ações sem a intervenção de partes independentes e sem o pagamento de preço a terceiros, sob o fundamento de que não há transferência efetiva de patrimônio entre empresas envolvidas e, portanto, não haveria suporte material para o surgimento do ágio. O mesmo entendimento foi adotado em diversos outros casos, como nos Acórdãos nº 1101-000.968⁷, nº 1101-000.969⁸, nº 1402-001.369⁹, nº 1402-001.278¹⁰, *inter alii*.

⁶ Recurso Voluntário nº 16643.000421/2010-95. Cons. Rel. Edeli Pereira Bessa. Publicado em 11.9.2013. 1ª Câmara/1ª Turma Ordinária.

⁷ Recurso Voluntário nº 10830.009519/2008-08. Cons. Rel. Edeli Pereira Bessa. Publicado em 8.11.2013. 1ª Câmara/1ª Turma Ordinária.

⁸ Recurso Voluntário nº 10830.016840/2009-11. Cons. Rel. Edeli Pereira Bessa. Publicado em 9.10.2013. 1ª Câmara/1ª Turma Ordinária.

⁹ Recurso Voluntário nº 10830.016840/2009-11. Cons. Rel. Edeli Pereira Bessa. Publicado em 9.10.2013. 1ª Câmara/1ª Turma Ordinária.

Em outras ocasiões, embora a glosa fiscal tenha sido anulada, entendeu-se que a amortização do ágio deveria obedecer a alguns requisitos não expressamente previstos em lei. É o caso do Acórdão nº 1402-001.264¹¹, que determinou que a amortização do ágio depende do efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive do ágio, da realização das operações originais entre partes não ligadas e da lisura da avaliação da empresa adquirida, demonstrando-se tecnicamente a existência de expectativa de rentabilidade futura.

Por outro lado, diferente posicionamento foi adotado pelo Conselho no Acórdão nº 1302-001.145¹², quando se firmou o entendimento de que o ágio interno em nada difere do ágio decorrente de operações entre empresas sem vínculo uma vez que não há disposição legal que faça, para fins fiscais, tal diferenciação, nem mesmo que vede sua amortização.

No Acórdão nº 1302-001.184¹³, também se afirmou a legalidade do aproveitamento fiscal do ágio na hipótese de inexistência de vício *formal* na sua geração, em que pesem as frequentes exigências *extra legem* feitas pelo Fisco. Já no Acórdão nº 1301-001.224¹⁴, defendeu-se que a operação geradora do ágio realizada entre partes do mesmo grupo econômico não resulta em benefício superior àquele que teria sido gerado pela operação entre partes independentes, não havendo prejuízo a validar os argumentos de abuso de direito frequentemente levantados.

Da mesma forma, no Acórdão nº 1101-000.709¹⁵ atingiu-se entendimento diametralmente oposto àqueles que rejeitaram a amortização fiscal do ágio interno, restando decidido que, ainda que entre partes de um mesmo grupo e com o fim exclusivo de promover planejamento fiscal, nada há de ilícito no aproveitamento fiscal do ágio.

Como se vê, as divergências internas no Carf refletem a nebulosidade da questão. Embora a lei preveja objetivamente apenas três requisitos para a dedutibilidade

⁹ Recurso de Ofício e Voluntário nº 10920.004434/2010-31. Cons. Rel. Moisés Giacomelli Nunes da Silva. Publicado em 18.6.2013. 4ª Câmara/2ª Turma Ordinária.

¹⁰ Recurso Voluntário nº 16561.000059/2009-29. Cons. Rel. Leonardo de Andrade Couto. Publicado em 25.1.2013. 4ª Câmara/2ª Turma Ordinária.

¹¹ Recurso de Ofício e Voluntário nº 18471.000808/2007-91. Cons. Rel. Antonio José Praga de Souza. Publicado em 14.2.2013. 4ª Câmara/2ª Turma Ordinária.

¹² Recurso Voluntário nº 16682.720589/2011-53. Cons. Rel. Márcio Rodrigo Frizzo. Publicado em 10.10.2013. 3ª Câmara/2ª Turma Ordinária.

¹³ Recurso de Ofício e Voluntário nº 16561.720045/2011-40. Cons. Rel. Alberto Pinto Souza Junior. Publicado em 31.10.2013. 3ª Câmara/2ª Turma Ordinária.

¹⁴ A efetivação da reorganização societária, mediante a utilização de empresa veículo, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco. (Recurso Voluntário nº 16327.001482/2010-52. Cons. Rel. Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior. Publicado em 21.6.2013. 3ª Câmara/1ª Turma Ordinária)

¹⁵ (...) A distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de ágio interno) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo (dito ágio externo), não difere em nada do ágio que surge decorrente de operações com empresas do mesmo grupo (dito ágio interno), não difere em nada do ágio que surge decorrente de operações com empresas sem vínculo. Ocorrendo a incorporação reversa, o ágio poderá ser amortizado nos termos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. (...) É a legislação tributária que define os efeitos fiscais. As distorções de natureza contábil (feitas apenas para fins contábeis) não produzem efeitos fiscais. O fato de não ser considerada adequada a contabilização de ágio, surgido em operação com empresas do mesmo grupo, não afeta o registro do ágio para fins fiscais. (...) (Recurso Voluntário nº 11080.723702/2010-19. Cons. Rel. Edeli Pereira Bes-

es. Publicado em 10.4.2012. 1ª Câmara/1ª Turma Ordinária)

do ágio - absorção patrimonial entre a investida e a investidora por meio de incorporação, fusão ou cisão; que o ágio adquirido tenha por fundamento a expectativa de geração de rentabilidade futura e que a amortização seja procedida no valor máximo mensal de 1/60 do valor do ágio - tem a Receita Federal (algumas vezes corroborada pelo Carf, outras não) exigido uma série de outros requisitos para a validade da operação, na maioria das vezes pautada na exigência de que o ágio faça sentido contábil, ou seja, que tenha substrato material contabilmente reconhecível, para que seja validada juridicamente.

Além disso, a falta de instrumental conceitual próprio tem levado a jurisprudência administrativa a considerar uma série de elementos não consolidados no Direito brasileiro, muito menos previstos em lei, para que se atinja uma correspondência entre os critérios contábeis e os critérios fiscais de reconhecimento do ágio¹⁶. Frisasse, o que se pretende aqui não é avaliar a legitimidade ou não das operações analisadas pelo Carf, mas sim criticar o fato de que tais operações vêm sendo frequentemente refutadas com base em argumentos contábeis e não jurídicos.

5. O Problema da Convergência dos Conceitos no Direito e nas Ciências Contábeis e as Dificuldades Jurisprudenciais no Tratamento Fiscal do Ágio

Muito se tem discutido sobre as relações entre o Direito Tributário e a Contabilidade e o grau de influência que uma destas disciplinas exerce sobre a outra. Parte das discussões instaura-se em razão do fato natural de que muitos dos conceitos tributários originaram-se da contabilidade.

Ou seja, alguns institutos surgem, em primeiro lugar, nas Ciências Contábeis, adquirindo conteúdo teórico, e determinando as práticas contábeis regulamentadas pelos organismos específicos (CVM, CPC, IFRS, Iasb etc.) e, então, são tratados pelo Direito Tributário, nem sempre com a preservação do seu conteúdo semântico original.

Tem sido comum o legislador e/ou o intérprete do direito não respeitar os limites entre estes dois ramos, exigindo que o Direito se vincule automaticamente à evolução das Ciências Contábeis, ou impedindo que os contadores construam métodos próprios de tratamento dos seus objetos de análise, sendo a contabilidade, neste último caso, um mero instrumento de suporte da tributação.

Contra tal tendência, reforça-se, aqui, a perspectiva da autonomia entre o Direito e as Ciências Contábeis e, conseqüentemente, da autonomia semântica entre os conceitos destas duas disciplinas, ainda que um determinado fenômeno venha a ser tratado simultaneamente por ambas e com o uso do mesmo termo. Isso porque o tratamento de conceitos deslocados do seu contexto pode ocasionar confusão e incoerência, prejudicando a unidade sistêmica dessas disciplinas e ocasionando a imprevisibilidade das conseqüências dos atos jurídicos praticados.

¹⁶ Tais como que o ágio tenha sido gerado por operação de aquisição, em sentido estrito - o que suplantaria a possibilidade de geração do ágio em operações de subscrição de ações; que a operação tenha sido realizada entre partes não dependentes; que haja um propósito negocial na operação; ou seja, que não tenha sido realizado para o fim exclusivo de planejamento tributário; que não haja a utilização de empresa veículo, entre outros.

Crê-se, portanto, no acerto de Kelsen quando dizia que um determinado conceito adquire significação propriamente jurídica quando é referido pela norma jurídica como seu objeto, ainda que este conceito já seja significado por outros ramos do conhecimento¹⁷.

Como se viu, 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". Contudo, reconhecido o problema, sua correção certamente não passa pela ruptura forçada da autonomia entre as disciplinas por meio das funções executivas e jurisdicionais do Estado, que devem guardar um mínimo de coerência com sua função legislativa, de modo a preservar intacta a confiança legítima dos sujeitos de direito¹⁸ em seus papéis de contribuintes, administrados e jurisdicionados.

Isto posto, é criticável o modo como as operações societárias para fins de aproveitamento do *ágio* - e, especialmente, do *ágio* interno - tem sido desconsideradas para fins fiscais. Afinal, especificamente no caso do *ágio* interno, ignora-se a sua existência ao fundamento de que não seria contabilmente adequado.

De fato, muito se discutiu acerca da propriedade teórica da contabilização do *ágio* gerado internamente. Em artigo publicado nos Anais do 4º Congresso da USP de Controladoria e Contabilidade, Jorge Vieira da Costa Junior e Elisen Martins¹⁹ posicionaram-se negativamente quanto à questão:

"(...) à luz da Teoria da Contabilidade, é inadmissível o surgimento de *ágio* em uma operação realizada dentro de um mesmo grupo econômico. Não é permitido contabilmente o reconhecimento de *ágio* gerado internamente, tampouco o lucro resultante."

O segundo autor, contudo, em outro trabalho, ressaltou que suas críticas à escrituração do *ágio* interno se deram sob a perspectiva teórica e não prática. Ou seja, trouxe ele a visão sobre como as normas reguladoras das práticas contábeis deveriam tratar a questão, e não como a tratavam efetivamente. Na ocasião, mencionavam explicitamente que a intenção dos autores era justamente incentivar a alteração das normas que regiam o instituto e não dizer que a geração do *ágio* interno contrariava as normas vigentes. Pela clareza do texto, oferecimo-lo à transcrição²⁰.

"Ora, o que se estava procurando? Como já dito: incentivar os órgãos normatizadores a mudarem as normas existentes para essas operações específicas. Não se estava dizendo que o que se fazia contrariava a norma em vigor.

(...)

¹⁷ KEISEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 3-4.

¹⁸ A este respeito, Cf. DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretratividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

¹⁹ COSTA JR., Jorge Vieira; e MARTINS, Elisen. "A incorporação reversa com *ágio* gerado internamente: consequências da elisão fiscal sobre a Contabilidade". *Anais do 4º Congresso da USP de Controladoria e Contabilidade*, 2004. Disponível em <http://www.congressospfiscal.org/arquivos42004/13.pdf>

²⁰ MARTINS, Elisen; e IUDICIBUS, Sérgio de. "Ágio interno - é um milio?" In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alessandro Broedel (coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. 4º volume. São Paulo: Dialética, 2013, pp. 98-9.

A própria CVM, quando da emissão também do tão citado Ofício Circular nº 01/2007, não deixou de reconhecer isso, tanto que afirmou textualmente: "Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico contábil (...)"

É um ponto de vista, diz a própria CVM, mas com a aceitação expressa de que em nada havia que recriminar a empresa que registrasse esse *ágio* por que não estaria infringindo qualquer norma da lei societária ou de qualquer ato normativo contábil. Os autores mostraram não gostar da situação, a CVM também, mas nada, absolutamente nada vedava esses registros."

A dificuldade de reconhecimento do *ágio* interno surge, portanto, somente aos olhos da teoria contábil, uma vez que a contabilidade regulamentada se viu obrigada, por força do Decreto-lei nº 1.598/1977, a seguir os critérios juridicamente fixados.

No debatido artigo, os autores deixam claro seu posicionamento de que a perspectiva do "grupo econômico", diferentemente do que acontece nos EUA, nunca foi determinante para a contabilidade brasileira, ao menos não antes da convergência das normas internacionais. É a empresa individual, e não o grupo econômico, o que sempre foi tomado como "entidade" para a contabilidade nacional, tanto é que as alienações de ativos para outras entidades do mesmo grupo econômico sempre gerou reconhecimento de resultado. Ora, se as empresas reconhecem lucro em transações com outras empresas do mesmo grupo econômico, também deveriam reconhecer a existência de *ágio* nestas transações.

Assim, é por questão de coerência que a perspectiva do grupo econômico não pode ser adotada *ad hoc* apenas para atender aos interesses fiscais, como concluiu Elisen Martins²¹:

"Todavia, diferentemente do mundo norte-americano, por exemplo, onde, como se viu, o que se considera 'ágio interno' é o *ágio* derivado de operações entre empresas sob o mesmo grupo, no mundo brasileiro e no da grande maioria dos países, mesmo sob as normas do IASB, 'ágio interno' é o que deriva da atuação da própria empresa, sem quaisquer operações ou transações. No Brasil, a vedação do 'ágio interno' só pode ser entendida, dentro da nossa cultura contábil e jurídica, principalmente antes das normas internacionais, como a vedação de a própria empresa reconhecer, espontaneamente, o *ágio* que tenha gerado, como se fosse uma reavaliação de ativo. 'Internamente', aqui, é dentro da mesma pessoa jurídica."

Isto é, mesmo sob a perspectiva técnica-contábil, podia-se reconhecer o *ágio* interno (gerado no interior do grupo econômico), ao menos até a edição do CPC nº 15, salvo naqueles casos em que se pode verificar, de fato, que o *ágio* foi gerado dentro da própria pessoa jurídica, sendo absolutamente fictícia a presença da investida.

Além disso, o conceito de *ágio* interno vem sendo utilizado impropriamente mesmo em casos em que a operação é realizada com participação de acionistas minoritários (ou seja, terceiros), ou em que há subscrição de ações por parte de um sócio com diminuição da participação proporcional dos demais. O mesmo se pode dizer das operações em que há compra da participação de um sócio por outro ou nas

²¹ *Ibidem*, p. 98.

operações de fechamento de capital nas sociedades abertas. Todas essas, por envolverem a Participação de terceiros, submetem-se às condições normais de mercado (*arm's length*), mas são frequente e erroneamente tipificadas como operações "internas".²²

Como já se viu, quando da regulamentação do ágio, o direito fixou normas para seu reconhecimento e para seu tratamento fiscal, afastando-se da materialidade imposta pela teoria contábil, ignorando a perspectiva do grupo econômico e pautando-se em critérios majoritariamente formais.

O apego à formalidade do Decreto-lei nº 1.598/1977 terminou por permitir a contribuintes reconhecerem valores a título de ágio que, sob o ponto de vista da teoria contábil, não faziam sentido. O problema originou-se, portanto, no próprio distanciamento perpetrado pelo legislador tributário em relação à teoria contábil, que resultou no reconhecimento formal de valores que não possuíam substrato econômico solidamente determinado.

Assim, há, a nosso ver, um comportamento contraditório do Estado quando este passa, sem a correção do critério legislativo que deu causa ao problema, a exigir, a despeito da lei, que o ágio tenha substrato econômico reconhecível pelos critérios da teoria contábil.

Se a contabilidade se preocupa, justificadamente, com a correta representação de fatos econômicos para fins de bem informar os agentes econômicos do mercado, é com os fatos jurídicos, assim qualificados pelas normas jurídicas, que se preocupa o direito, a fim de garantir a coerência sistêmica do ordenamento e o respeito às condutas legítimas dos sujeitos de direito. O agente econômico, ao ser tomado no ordenamento jurídico como titular de direitos e obrigações, torna-se, neste sistema, sujeito de direito, fazendo jus à proteção de suas condutas legítimas aos olhos da lei e não da realidade econômica vigente.

Apenas posteriormente o CPC nº 15 determinou, para a contabilidade, que o ágio seria o resultado não mais da diferença entre o valor da aquisição e o valor do patrimônio líquido, mas da "diferença entre o preço da aquisição e o valor líquido dos ativos e passivos a valor justo, que não necessariamente corresponde ao valor de patrimônio líquido."²³ Com isso, somente o ágio gerado em transações entre partes não dependentes passou a ser contabilmente reconhecível.

Referidas alterações, no entanto, vieram no contexto da neutralidade fiscal imposta pelas Leis nºs 11.638/2007 e 11.941/2009, não surtindo efeitos, portanto, sobre os aspectos tributários do ágio.

Como visto, a mudança no conceito e nos critérios de reconhecimento de ágio para fins fiscais só veio a ser efetivada com a Lei nº 12.973/2014, que certamente se aproximou das orientações da teoria contábil e das normas internacionais, trazendo

exigência mais sólida da existência de um substrato material-econômico para o instituto. Antes disso, entretanto, não nos parece aceitável a rejeição do ágio interno com base no argumento de que, sob o ponto de vista teórico-contábil, seu reconhecimento não é correto porque não corresponde a um fundamento econômico com substrato material.

6. Conclusão

Viu-se que o tratamento contábil e fiscal do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura sofreu, recentemente, significativas alterações, cujas diferenças essenciais buscamos retratar.

O objetivo principal deste artigo foi defender a tese de que os problemas insurgentes sobre o reconhecimento do ágio interno e sua possibilidade de aproveitamento fiscal, nos termos do art. 7º da Lei nº 9.532/1997, tiveram como origem as más escolhas legislativas feitas quando da positividade jurídica do conceito de ágio, que se afastou demasiadamente das orientações da teoria contábil e adotou critérios formais problemáticos para sua contabilização.

Neste passo, o excessivo distanciamento entre o conceito jurídico-positivo e o conceito teórico-contábil terminou por permitir o reconhecimento e posterior aproveitamento de ágios que não possuíam um substrato econômico real. Pensamos, contudo, que é contraditório o comportamento do Fisco em exigir, anteriormente às alterações legislativas no conceito e nos critérios de reconhecimento, que o ágio possua sentido contábil para que possa ser válido sob o ponto de vista tributário.

Por fim, é de se reconhecer que as inovações da Lei nº 12.973/2014 possibilitaram uma aproximação maior aos parâmetros da Teoria Contábil, passando a reconhecer como distintos o *goodwill* e a *mais-valia*, corrigindo o problema de sua fundamentação econômica e permitindo uma discriminação mais clara do ágio interno, embora o conceito de *partes não dependentes* ainda careça de determinação conceitual mais rigorosa.

Entretanto, deve-se preservar a noção de que tais determinações somente são aplicáveis a partir de sua vigência. Paga-se, hoje, o preço por más escolhas feitas no passado, principalmente pela instrumentalização excessiva da contabilidade como meio de acesso do Estado-fiscal às informações dos contribuintes. O distanciamento da Teoria contábil e o apego às formalidades legais acabaram por permitir um hiato entre a realidade econômica e os institutos jurídicos, responsável pelo agravamento de conflitos de interesse entre o Fisco e o contribuinte.

²² COVELLO FILHO, Paulo. "A banalização do termo 'ágio interno' pelas autoridades fiscais: a necessidade de cuidado na sua utilização, tendo em vista o preconceito por ele carregado". *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 211, São Paulo: Dialética, fevereiro de 2014, pp. 100-9.

²³ UTUMI, Ana Cláudia Akie. "O ágio nas operações de fusões e aquisições em face das novas regras contábeis". In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Aleksandro Broedel (coords.). *Contrôveis jurídicas-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2010, p. 109.