

**FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS**  
**ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO**  
**GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FLÁVIA COSTELLA DE PENNAFORT CALDAS

**O tratamento tributário do ágio interno em operações societárias e a Lei nº 12.973/2014**

Rio de Janeiro, junho de 2017

**FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS  
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO  
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**FLÁVIA COSTELLA DE PENNAFORT CALDAS**

**O tratamento tributário do ágio interno em operações societárias e a Lei nº 12.973/2014**

Trabalho de conclusão de curso sob orientação da professora Melina de Souza Rocha Lukic apresentado à FGV DIREITO RIO como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, junho de 2017

**FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS**  
**ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO**  
**GRADUAÇÃO EM DIREITO**

O tratamento tributário do ágio interno em operações societárias e a Lei nº 12.973/2014

Elaborado por FLÁVIA COSTELLA DE PENNAFORT CALDAS

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à FGV DIREITO RIO como  
requisito parcial para obtenção do grau de  
bacharel em Direito.

**Comissão Examinadora:**

Nome da orientadora: Melina de Souza Rocha Lukic

Nome do Examinador 1: Leonardo de Andrade Costa

Nome do Examinador 2: João Pedro Barroso do Nascimento

**Assinaturas:**

---

Melina de Souza Rocha Lukic

---

Leonardo de Andrade Costa

---

João Pedro Barroso do Nascimento

**Nota Final:** \_\_\_\_\_

Rio de Janeiro, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017

Aos meus pais, por todo o amor, dedicação e ensinamentos ao longo da vida e especialmente por não admitirem desistências,

À minha orientadora, pela orientação, inspiração e paciência,

Ao respectivo, pelo apoio incondicional e por interromper a fuga sem pestanejar, e

Aos amigos e amigas que suportaram os pesares comigo, meu muito obrigada.

**RESUMO:**

Em primeiro lugar, para a elaboração deste trabalho, foi analisado o tratamento do ágio por rentabilidade futura sob a égide da Lei nº 9.532/1997. Foi incluída análise sobre o conceito de ágio utilizado para fins tributários, bem como seu tratamento no que tange à sua amortização quando gerado por operações entre partes relacionadas. Foi, também, abordado o conceito contábil de ágio e seus impactos quando confrontado com o mundo jurídico, momento em que foi trazido, também, o conceito de “ágio interno”.

Em seguida, fez-se análise detalhada do caso envolvendo o Grupo Gerdau, caso emblemático de julgamento pelo CARF da existência do ágio interno e sobre a possibilidade de sua consideração para fins de compensação no Imposto de Renda. Neste ponto, foram trazidos à tona os argumentos suscitados pelo Fisco, à época, bem como os apontados pelo contribuinte, e feita análise crítica destes pontos de acordo com posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Num segundo momento, abordou-se com mais cautela as alterações trazidas pela nova Lei, confrontando, mais uma vez, seus efeitos para fins tributários e sua compatibilidade com os conceitos contábeis sobre a matéria. As alterações trazidas pela nova legislação surtiram efeitos práticos como impossibilitar, em princípio, a amortização do ágio entre partes relacionadas, o que influenciou diretamente no planejamento tributário dentro de um mesmo grupo econômico.

Por fim, foram trazidos três pontos centrais para discussão sobre potenciais problemas que o Carf poderia enfrentar no julgamento dos próximos anos: (i) a possibilidade de a proibição da amortização retroagir à época pré-vigência da Lei nº 12.974/2014, (ii) o conceito de partes relacionadas para fins da aplicação do dispositivo legal proibitivo e, por fim, (iii) a possibilidade de considerar a própria redução de tributos como substrato econômico de um planejamento tributário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ágio. Ágio interno. Partes relacionadas. Amortização. Expectativa de rentabilidade futura. Tributário. Contabilidade. Compatibilidade. Estudo de caso. Grupo Gerdau.

## **ABSTRACT:**

At first, in order to elaborate the first chapter of this paper, the treatment of goodwill was analyzed as disposed by Brazilian Law n. 9.532/1997. At this point, the concept of goodwill was also approached from an accounting perspective, whereas the concept of internally generated goodwill was also brought up.

The legal concept of goodwill used for taxation matters was included, as was its treatment when it comes to amortization of goodwill internally generated. The accounting concept's consequences when confronted with the legal perspective was also approached.

The case involving the Gerdau business group was one of the most emblematic trials on the matter, since it discussed the existence of internally generated goodwill and its compensation regarding corporate income taxes. This analysis was based on both Tax authority and taxpayer arguments, both of which were critically approached, discussed and confronted with the Tax doctrine and jurisprudence.

The second chapter brings the major changes implemented by the newly-edited Law, confronting, once again, its effects regarding taxation and how compatible such changes were if the accounting studies and concepts were also considered. The new requisites and procedures brought by the new Law brought up practical effects such as making it impossible, at first, to amortize the internally generated goodwill, which influenced directly the tax planning within one business group.

At last, three major discussion points were brought up regarding potential problems that might need long-term solutions by the Administrative Council of Tax Appeals within the next years: (i) the concept of "dependent parties" that would allow the application of the new legal article that forbids amortization, (ii) the possibility of retroactive application of the prohibition regarding amortization of internally generated goodwill and, at last, (iii) the possibility of considering the reduction of taxation burden itself as a tax planning's business purpose.

**KEYWORDS:** Goodwill. Internally generated goodwill. Dependent parties. Amortization. Expectation of future earnings. Taxation. Accounting. Compatibility. Case Study. Gerdau Business Group.

## ÍNDICE

INTRODUÇÃO:	8
CAPÍTULO 1: O tratamento do ágio interno durante a vigência da Lei 9.532/1997.....	9
1.1    O conceito de ágio e sua importância para a apuração do Imposto de Renda no regime de Lucro Real .....	9
1.2    Tratamento tributário do ágio .....	14
1.3    Consequências da ausência de previsão legal quanto à amortização do ágio interno à luz do caso Gerdau.....	15
1.3.1    Estudo de caso: Grupo Gerdau .....	17
CAPÍTULO 2: Antecedentes da Lei: a Medida Provisória 627/2013 e a Solução de Consulta nº3/2016.....	25
2.1    O tratamento estabelecido pela Medida Provisória 627/2013 e as diferenças em relação à Lei 9.532/97 .....	25
2.2    A regulamentação do ágio interno: influências da nova previsão legal na dinâmica das operações societárias entre partes relacionadas .....	31
2.3    Possíveis pontos controvertidos a serem enfrentados pelo CARF .....	32
2.3.1    O caráter declaratório ou constitutivo da proibição da nova Lei e sua consequente retroatividade .....	32
2.3.2    O conceito de partes relacionadas que delimita o ágio interno. ....	37
2.3.3    A “ausência” de substrato econômico e a redução de tributo como motivação negocial.....	40
CONCLUSÃO.....	43
BIBLIOGRAFIA .....	46

## **INTRODUÇÃO:**

Diante de um cenário de completa discrepância entre a contabilidade nacional e os parâmetros internacionais, foi criado, com o advento da Medida Provisória nº 449/2008, (que, mais tarde, foi convertida na Lei nº 11.941/2009), o chamado Regime Tributário de Transição. Este regime visava, especialmente, a criar um cenário de adaptação para que as normas internacionais, espelhadas pelo International Financial Reporting Standards (“IFRS”), pudessem ser integradas ao âmbito jurídico brasileiro sem, no entanto, gerar alvoroço.

Este Regime foi encerrado em 2014, quando, da conversão da Medida Provisória nº 627/2013, surgiu a Lei nº 12.973/2014. Esta, além de consolidar a já ensaiada entrada das normas contábeis internacionais no ordenamento jurídico, alterou determinados conceitos e práticas antes recorrentes para readaptá-las aos padrões do IFRS.

Entre as várias alterações trazidas pela nova Lei, está o tratamento tributário do ágio gerado em operações societárias entre partes relacionadas. Se, antes, a controvérsia residia apenas na omissão normativa quanto à possibilidade de amortização do montante gerado a título de ágio interno, a conversão da MP 627 em lei alterou bastante o cenário. Primeiro, a nova Lei trouxe conceito de ágio diverso daquele antes utilizado: apesar de gramaticalmente sutil, o novo conceito traria incompatibilidade com a geração e, consequentemente, também com a amortização do ágio interno. Mantendo a coerência entre o conceito em sua origem e seus efeitos, a nova Lei trouxe, também, expressa vedação à compensação do ágio interno.

Sendo o Direito Tributário ramo intimamente ligado à Contabilidade, seria de se esperar um eventual aproveitamento de conceitos e premissas desta para os fins daquele. No entanto, a utilização indiscriminada da orientação contábil em âmbito jurídico passou a ser fortemente questionada por juristas, o que acabou por atingir, também, a discussão sobre a validade do ágio interno.

Sobre a amortização do ágio, a omissão legislativa, bem como a aparente opção do legislador por utilizar conceito de ágio diverso daquele utilizado pela Contabilidade, levavam a crer que seria possível a amortização do ágio gerado em operações societárias ocorridas entre partes relacionadas. No entanto, as sucessivas autuações da Receita Federal orientaram em sentido oposto, argumentando ser, tal qual versa a teoria contábil, inexistente o ágio gerado internamente. Sobre esta questão, também, os julgamentos pretéritos do Carf não foram homogeneizados, gerando grande insegurança jurídica e posicionando planejamentos tributários que incluíam esse mecanismo em uma corda-bamba.



Será tratado, como forma de abordagem prática do conflito entre a Contabilidade e o Direito Tributário, o julgamento sobre a validade do ágio interno gerado pelo Grupo Gerda. Neste sentido, serão abordados os argumentos utilizados pela autoridade fiscal para justificar a autuação realizada, os argumentos de defesa do contribuinte e, por fim, serão feitas algumas considerações adjacentes que suportarão a separação entre o direito e a contabilidade para fins de amortização do ágio interno.

Por fim, como toda lei recém-introduzida ao ordenamento, há disposições e confrontos, tanto teóricos quanto práticos, que ainda não foram enfrentados pelo Carf no que tange à Lei nº 12.973. Estas pequenas lacunas podem gerar divergência de entendimentos e orientações capazes de influenciar em grande escala as operações dentro de grupos econômicos e, por isso, serão parte do escopo do presente trabalho.

## **CAPÍTULO 1: O tratamento do ágio interno durante a vigência da Lei 9.532/1997**

### **1.1 O conceito de ágio e sua importância para a apuração do Imposto de Renda no regime de Lucro Real**

Para que se possa delimitar corretamente o escopo deste trabalho, cabe, em primeiro lugar, definir o conceito de ágio. Dados os diversos possíveis tratamentos e abordagens a este tema, é possível resumir seu âmbito de definição em dois, majoritariamente: o âmbito fiscal e o contábil.

Notadamente, não se pode separar por completo um mecanismo comum a duas áreas distintas, principalmente se elas próprias não são independentes. O Direito Tributário se utiliza, e muito, de conceitos econômicos estudados e aprofundados pela Contabilidade. Não faria sentido descartá-la por completo. Fernando Fonseca e Daniel Lima bem refletem esta ligação ao expor que:

(...) se o Direito pretende incidir sobre fatos com conteúdo econômico, e a Contabilidade é um sistema intermediário entre o econômico e o jurídico, que retrata em linguagem própria (fato contábil) os eventos econômicos, nota-se que essa aproximação entre o Direito Tributário e a Contabilidade é absolutamente natural. O fenômeno econômico é retratado pela Contabilidade, e, por sua vez, o direito utiliza-se da linguagem contábil para fazer incidir a norma de tributação sobre tais fatos eleitos pelo legislador como denotativos de capacidade contributiva. (FONSECA e LIMA, p. 47, 2015)

A primeira definição de ágio é a apresentada à luz do regime contábil. Uma vez que este mecanismo surgiu a partir de conceitos contábeis, nada seria mais natural do que aplicar esta mesma definição quando para dar tratamento tributário. Ora, em âmbito contábil, a serventia do ágio era considerar a diferença entre os ativos de uma empresa de forma separada e desta empresa, incluindo aqueles ativos, como instituição una.

Eliseu Martins e Sérgio de Iudícibus descrevem que “a Teoria Contábil sempre conceituou o ágio como a diferença entre o preço dos ativos da empresa, isoladamente considerados, e o valor de mercado da companhia, como entidade única em operação”(MOREIRA, GAIA e CAMPOS, pp. 8 e 9, 2015).

Já em ambiente legal, a primeira definição legal de ágio foi dada pelo Decreto-lei nº 1.598/1977 (“Decreto-lei nº 1.598”):

Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

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

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

Da interpretação deste artigo, vê-se que o ágio era tratado, inicialmente, como a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido à época da aquisição.

Desse modo, a definição legal se posicionou de forma distinta da definição dada pela Contabilidade<sup>1</sup>, uma vez que o valor de patrimônio líquido e o valor de negociação dos ativos envolvidos na aquisição não são os mesmos<sup>2</sup>. Por isso, é certo dizer que o legislador, de fato, **optou** por se distanciar do conceito contábil, talvez por entender que não é possível refletir a perspectiva contábil do mecanismo para efeitos de tributação. Apenas este fato, na vigência da Lei nº 9.532, já seria suficiente para afastar qualquer noção contábil da teoria e da prática tributárias<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> “Diante deste fato, havia, para o legislador tributário, duas opções: 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.” (MOREIRA, GAIA e CAMPOS, p. 8, 2015)

<sup>2</sup> Ainda segundo Moreira, Gaia e Campos, “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 encontrem-se em condições paritárias e sem relação de dependência”. (MOREIRA, GAIA e CAMPOS, p. 8, 2015)

<sup>3</sup> (...) a alteração do conceito contábil no âmbito do Direito Privado (...) pode ter reflexos tributários sem que a lei tributária seja alterada? A resposta é negativa, pelo fato de o legislador não ter optado por mera remissão

Sobre a adoção do critério do patrimônio líquido, também é necessário tecer algumas considerações. A vertente contábil sempre adotou, como parâmetro para definir o ágio, o chamado valor justo de mercado dos ativos. A definição do valor justo dos ativos parte do *arm's length principle*, que demanda que as partes se tratem como se independentes fossem. Gira em torno deste conceito toda a (ou, ao menos, boa parte da) fundamentação da contabilidade para a desconsideração do ágio interno<sup>4</sup>.

No entanto, o Decreto-lei optou por adotar o valor de patrimônio líquido como parâmetro. Não há subjetividade, negociação ou princípios que tangenciem o patrimônio líquido: não passa do resultado da subtração do passivo pelo ativo da empresa. Portanto, a fundamentação contábil para a invalidação do ágio interno já parece, desde já, cerceada; a demanda por partes independentes, na contabilidade, decorre da necessidade de uma negociação justa que seja capaz de precificar os ativos corretamente, maleabilidade não presente no conceito de patrimônio líquido. Sejam as partes relacionadas ou independentes, não há dificuldade em identificar o patrimônio líquido a partir de uma análise objetiva e breve de qualquer balanço patrimonial. Por isso, a aplicação do conceito contábil de ágio ao mundo jurídico é firmemente contestada por muitos doutrinadores.<sup>5</sup>

As divergências doutrinárias a este respeito são inúmeras, apesar de juristas, via de regra defenderem a separação de ambos os conceitos como algo inerente à separação de âmbitos de atuação. Não haveria como aplicar, indiscriminadamente, ao âmbito jurídico um conceito criado para outros fins. Isto porque, nas palavras de Fernando Fonseca e Daniel Lima:

(...) a partir do momento em que um conceito externo ingressa no sistema jurídico ele invariavelmente se transforma em um conceito jurídico. Não se contesta que houve uma consideração econômica da realidade no momento em que o legislador elegeu determinado fato como pressuposto de incidência da norma de tributação; entretanto, esse mesmo legislador selecionou um fato

---

legislativa, mas, ao contrário, valendo-se de sua autonomia, redefiniu um instituto contábil preexistente, criando um instituto jurídico autônomo, cujos efeitos não precisam guardar qualquer relação com aqueles previstos pela contabilidade, ainda que tenha optado por manter o mesmo nome. (COELHO e COELHO, p. 94, 2015).

<sup>4</sup> “Cabe lembrar que do ponto de vista da Teoria Contábil, o que se faz necessário é a formação de um preço justo. O denominado ágio interno é aquele gerado em operações dentro de um grupo societário. Se as partes não forem independentes não se poderia falar em formação de um preço justo e, portanto, nada teria sido gerado. Já se o ágio surge de uma transação comutativa, independente e sem preponderância das partes envolvidas haveria a formação do preço justo, conforme Martins e Costa (2004).” (MARTINEZ, p 22, 2015)

<sup>5</sup> “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, nesse 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, consequentemente, 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 consequências dos atos jurídicos praticados.” (MOREIRA, GAIA e CAMPOS, p. 15, 2015)

jurídico como indicativo daquela realidade econômica, cuja ocorrência irá deflagrar a hipótese de incidência da norma jurídica. (FONSECA e LIMA, p. 49, 2015)

No entanto, há consenso no sentido de que o Direito, de fato, se afastou da Contabilidade na hora de estabelecer a dinâmica que rodearia o ágio e seu tratamento tributário.

Vale destacar, também, o (revogado) parágrafo 2º do artigo 20 acima transcrito do Decreto-lei nº 1.598:

- § 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.

Note-se que o dispositivo obrigava, por sua redação, que o contribuinte optasse por apenas uma das fundamentações econômicas disponíveis. Isso tornaria ainda mais complexa a tarefa de extrair a natureza real do ágio a ser apurado, uma vez que os conceitos legais, altamente subjetivos, não são necessariamente excludentes. A título exemplificativo, é fácil conceituar o ágio<sup>6</sup> ou a própria rentabilidade futura como um intangível; tampouco é difícil localizar autores<sup>7</sup> que explicitem essas pequenas falhas conceituais, que só se mostram quando há a necessidade de enquadrar o fato na norma.

No entanto, com o advento da Lei nº 11.836/07, o sistema de escrituração contábil no Brasil foi alterado visando à melhor adequação das normas brasileiras ao passo internacional. Em meio a estas modificações, sabia-se que a apuração de tributos também se dava, em grande

---

<sup>6</sup> Assim o fazem Daniel Fonseca e Daniel Lima: “Para a Contabilidade, ágio representa um intangível não identificável separadamente do patrimônio da entidade, ou seja, um “algo a mais”, uma expectativa de geração de fluxo anormal de caixa, superior àquele que seria esperado dos ativos conhecidos de uma determinada entidade. Não por outros motivos, ágio é conhecido com (sic) ‘o mais intangível dos intangíveis’”. (FONSECA e LIMA, pp. 48 e 49, 2015)

<sup>7</sup> Antes de apresentarmos uma síntese do exposto sobre Goodwill realçamos ainda a dificuldade de definição desse conceito evidenciada no artigo de Martins, Almeida, Martins e Costa (2010). Ali os autores analisaram trabalhos contendo definições de Goodwill e descobriram seis tipos diferentes de erros conceituais, apenas no que tange ao resíduo entre o valor pago e o valor de mercado da empresa.

Os erros quanto ao Goodwill foram: definir como a distância entre o PL contábil e o PL a valor de mercado (isso, na verdade, é a mais-valia), definir como diferença entre o PL contábil e o valor pago (isso engloba mais-valia e Goodwill, é o ágio do DL 1.598 que trataremos a seguir), apontar como a diferença entre valor pago e o valor da empresa (a empresa vale o valor negociado por mais que o proprietário acredite que tenha valor maior), indicar como a diferença entre o PL contábil e o valor da empresa (semelhante ao segundo erro, apenas utiliza como extremo o valor da empresa e não o valor pago, que são iguais, portanto aqui também a definição engloba mais-valia e Goodwill, é o ágio jurídico), não indicar os dois pontos da diferença desse resíduo (apenas dizendo que é a distância entre o valor pago e algo) e, por fim, definir como a diferença entre PL a valor de reposição e o valor da empresa (valor de reposição não é sinônimo de valor de mercado). (MARTINEZ, p. 27, 2015, fazendo referência a Martins, E. e Costa, J. V. (2004)).

parte, à luz de fatores contábeis. Visando a “amenizar” o impacto para a contabilidade empresarial, foi criado o Regime Tributário de Transição (RTT<sup>8</sup>), por meio da Medida Provisória nº 449/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009, que estabelecia, em suma, que, exclusivamente para fins tributários, manter-se-iam os critérios contábeis anteriores.

Atualmente, na Contabilidade, o ágio é conceituado, pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis nº 15 (“CPC 15”), da seguinte forma:

32. O adquirente deve reconhecer o ágio por expectativa de rentabilidade futura (goodwill), na data da aquisição, mensurado pelo montante que (a) exceder (b) abaixo:

(a) a soma:

(i) da contraprestação transferida em troca do controle da adquirida, mensurada de acordo com este Pronunciamento, para a qual geralmente se exige o valor justo na data da aquisição (ver item 37);

(ii) do montante de quaisquer participações de não controladores na adquirida, mensuradas de acordo com este Pronunciamento; e

(iii) no caso de combinação de negócios realizada em estágios (ver itens 41 e 42), o valor justo, na data da aquisição, da participação do adquirente na adquirida imediatamente antes da combinação;

(b) o valor líquido, na data da aquisição, dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos, mensurados de acordo com este Pronunciamento.

O CPC 15, em sua origem, proporcionou a mitigação do descompasso entre as normas contábeis internas e o passo internacional ao equiparar a definição de ágio àquela apresentada pelo IFRS 3<sup>9</sup>. A definição apresentada no pronunciamento em questão passou a ser, verbis:

Ágio por expectativa de rentabilidade futura “goodwill” é um ativo que representa benefícios econômicos futuros resultantes de outros ativos adquiridos em uma combinação de negócios, os quais não são individualmente identificados e separadamente reconhecidos.

Quanto a esta consolidação dos regramentos contábeis nacional e internacional, bem apontam Gustavo Lian Haddad e Gustavo Duarte Paes:

(...) o cálculo do ágio para fins contábeis deixou de ser a diferença entre o valor de aquisição do negócio adquirido e o valor do patrimônio líquido da participação adquirida, passando a corresponder apenas à parte do valor de aquisição que excede o valor justo dos ativos e passivos adquiridos.

Desta forma, o cenário criado se baseou na dualidade: por um lado, para práticas como apuração de balanços patrimoniais e escrituração de livros contábeis, deveria ser adotado o sistema atualizado. Por outro, para a apuração da base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa

<sup>8</sup> Que, de transitório, nada teve: a aplicação do regime durou mais de cinco anos, período durante o qual vigeu o descompasso entre as normas contábeis e as normas tributárias.

<sup>9</sup> International Financial Reporting Standards nº 3, trazido ao Brasil pelo CPC nº 15

Jurídica (IRPJ), seria mantido o regime antigo, criando, portanto, uma duplicidade desnecessária de cálculos que poderiam, se unificados, se prestar aos mesmos fins.

Neste primeiro capítulo, portanto, serão utilizados o conceito e as determinações procedimentais do ágio tal qual adotados pelo Decreto-lei nº 1.598/77 (“Decreto-lei”) e pela Lei nº 9.532/1997 (“Lei nº 9.532”), qual seja: a diferença entre o preço de aquisição e o valor de patrimônio líquido do investimento.

Há que se falar, também, no fundamento econômico que será utilizado para os fins deste trabalho. Sabe-se que, atualmente, a possibilidade de amortização se restringe ao ágio por expectativa de rentabilidade futura. Dessa forma, tendo em vista que a legislação prevê estes “tipos” de diferenças patrimoniais existentes quando se fala em operações societárias, cabe, também, ressaltar que o foco deste trabalho se dará no ágio por rentabilidade futura (“*goodwill*”).

## 1.2 Tratamento tributário do ágio

Considerando a apuração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica pelo regime do Lucro Real, incidem os artigos 247 a 250, entre outros, do Regulamento de Imposto de Renda (“RIR”, Decreto nº 3.000/99). Estes artigos, entre outras disposições, definem o mecanismo de apuração da base de cálculo do IRJ: o lucro real é o resultado do lucro líquido do período após as exclusões, adições e compensações previstas em lei.

O ágio é gerado, em âmbito societário, a partir da aquisição de participação, considerando-se, conforme disposições acima, a diferença entre o preço de aquisição e o valor de patrimônio líquido da sociedade emissora. A sociedade adquirente, neste ponto, registra o valor pago a título de ágio por rentabilidade futura como custo de aquisição<sup>10</sup> em sua contabilidade.

Nas situações em que ocorra uma operação societária (focaremos, aqui, nas operações de aquisição de participação, ou seja, (i) incorporação, (ii) fusão e (iii) incorporação de ações)<sup>11</sup>,

---

<sup>10</sup> Junto ao valor de patrimônio líquido e mais ou menos-valia (artigo 20 da Lei nº 9.532).

<sup>11</sup> Lei nº 6.404/76

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

Art. 252. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembleia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.

torna-se possível que a sociedade adquirente, quando chega o momento de apurar a base de cálculo no regime do Lucro Real, deduza, na razão de um-sessenta avos por mês, o preço pago por *goodwill*, reduzindo, assim, a base tributável sobre a qual incidiriam as alíquotas de IRPJ, CSLL e PIS/COFINS.

Significa dizer que, ao final da operação, a sociedade que adquire outra com ágio possui a faculdade de *amortizar*, a longo prazo, o preço que pagou, ou seja, a empresa adquirente poderá recuperar parte do valor que investiu a título de *goodwill*. Isto ocorre por meio da amortização no momento da apuração do lucro real, reduzindo a base de cálculo sobre a qual incidirá a alíquota de IRPJ e da CSLL. Portanto, tornou-se um benefício capaz de incentivar, por meio da redução da onerosidade tributária, o investimento em empresas. Sobre o regramento tributário aplicado ao ágio, explicam Gustavo e Gustavo:

Especificamente em relação ao ágio, o distanciamento principal passa pela possibilidade de exclusão ou de adição antecipada na apuração do lucro real do valor do ágio originalmente registrado na contabilidade, que nesta se manterá intacto salvo pela realização de teste de recuperabilidade.

### **1.3 Consequências da ausência de previsão legal quanto à amortização do ágio interno à luz do caso Gerdau**

Considerando este benefício, diversos grupos econômicos realizavam operações societárias entre as empresas que os compunham e, por isso, faziam uso da amortização. Ao realizar uma operação que, por natureza mercadológica, geraria ágio, a sociedade adquirente deduzia, na razão prevista em lei, o ágio pago.

A situação retratada acima não é equiparada às operações que ocorrem entre partes desvinculadas. Aquela retrata geração de ágio interno, ou seja, o ágio gerado **por operações entre partes relacionadas**.

A Lei nº 9.532 nada falava sobre a possibilidade de o ágio gerado em operação ocorrida entre partes relacionadas receber o mesmo benefício tributário do que o ágio gerado em operações entre partes independentes, apontando apenas, durante sua vigência, a possibilidade de amortização do ágio:

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

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

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

**III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados em até dez anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração;**

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

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

Se tratando de omissão legal e de um cenário que envolve tão somente negociações entre particulares, grupos econômicos passaram a fazer uso do benefício para operações internas. É fato que o contribuinte, particular, não pode ter sua liberdade negocial tacitamente suprimida com base em interpretações subjetivas. É o que dizem Sacha Coêlho e Eduardo Coelho:

(...) a esfera jurídica do contribuinte há que ser preservada. Não há de se negar que o agente econômico em face do ordenamento jurídico, é titular de direitos e obrigações, fazendo jus À proteção de seus atos de disposição do patrimônio e de liberdades, nos estritos termos da lei e não aos olhos da realidade econômica, sob pena de, no campo da tributação, ter seu patrimônio indevidamente subtraído por meio de analogia ou com base em uma interpretação econômica, repelida pelo princípio da legalidade, forma e materialmente considerado (especificidade conceitual). Assim, o ordenamento deve resguardar as legítimas expectativas criadas, de sorte que os atos de aplicação da lei não violem a confiança por ela induzida, a orientar a conduta dos jurisdicionados. (COÊLHO e COELHO, p. 91, 2015)

Por isso, iniciou-se uma série de autuações baseadas no argumento do planejamento tributário abusivo, uma vez que a autoridade fiscal entendia ausente o requisito do substrato econômico para validar o planejamento<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> “Eis um bom exemplo de divergência entre as disciplinas contábil e tributária, já existente mesmo antes das recentes modificações da legislação societária: embora contabilmente o ágio exija uma participação de terceiros, a legislação tributária jamais trouxe semelhante ressalva. Do ponto de vista tributário, o investidor deve, *sempre*, registrar um ágio que corresponderá, *sempre*, à diferença positiva entre o valor patrimonial e o preço pago pela participação societária”. (SCHOUERI, p. 105, 2012)



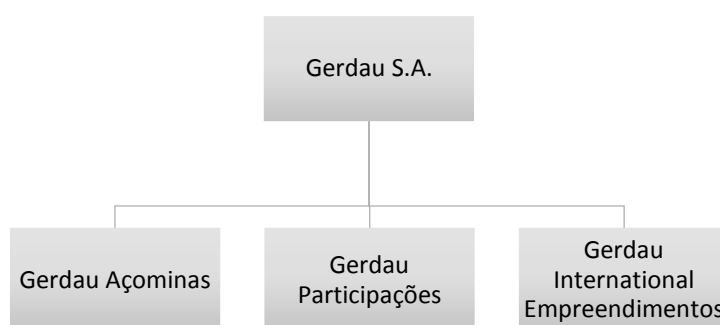
Um dos casos mais emblemáticos sobre este quesito envolve o grupo econômico Gerdau<sup>13</sup>, que será estudado com mais cautela abaixo.

### 1.3.1 Estudo de caso: Grupo Gerdau

O Grupo Gerdau, reconhecido pelas empresas Gerdau Aço Minas S.A., Gerdau Participações S.A., Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda., Gerdau Aços Especiais S.A., Gerdau Aços Longos S.A. e, por fim, Gerdau América do Sul Participações S.A., protagonizou um dos casos mais relevantes na problemática da amortização do ágio interno.

Em suma, a Gerdau S.A. realizou a subscrição, com ágio, do aumento de capital da Gerdau Participações. Este aumento de capital foi integralizado, em seguida, com a totalidade das suas ações da Gerdau Aço Minas e parte das ações que possuía da Gerdau Internacional Empreendimentos. Por óbvio, uma vez que se desvinculou das suas ações em ambas as companhias, a Gerdau S.A. deu baixa em ambos os investimentos em sua contabilidade, ocasionando a sua substituição pelo novo investimento majorado na Gerdau Participações. Com a integralização do aumento de capital, foi gerado ágio na Gerdau Participações. Vale ressaltar que, de acordo com a Receita Federal, a Gerdau Participações estava inativa há alguns anos e, apenas 5 (cinco) meses antes da operação, foi reativada.

Neste cenário, o grupo econômico era representado pelo seguinte organograma:

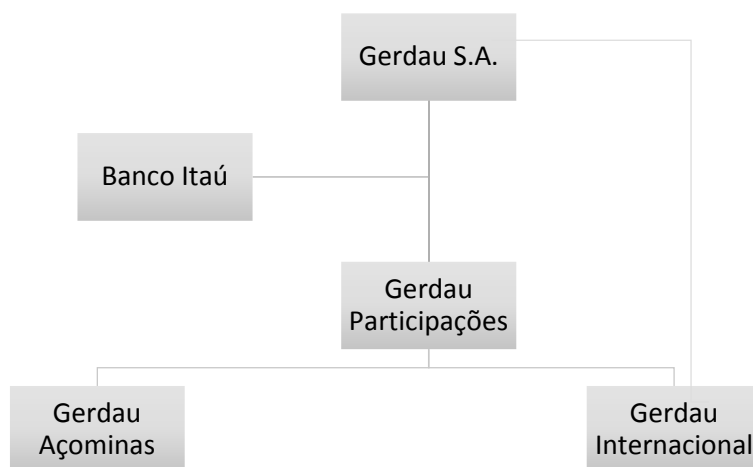


Em seguida, foi realizado novo aumento de capital, o qual o Banco Itaú BBA S.A. subscreveu e integralizou.

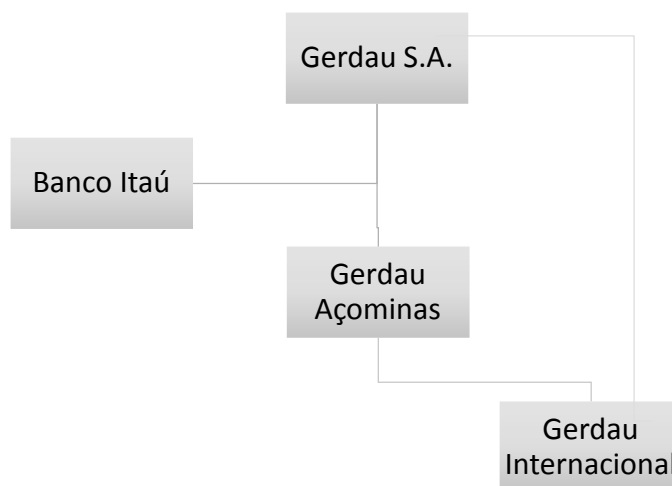
---

<sup>13</sup> Processo nº 11080.723701/2010-74 - Recurso Voluntário. Acórdão nº 1101-00.710 — 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária. Julgamento em 11 de abril de 2012

Portanto, nesta ocasião, a representação do grupo passou a incluir o Banco Itaú e o organograma referido passou a ser apresentado da seguinte forma:



Adiante, a Gerdau Participações S.A. participou de operação chamada de incorporação reversa, na qual foi incorporada por sua subsidiária Gerdau Açominas. Essa incorporação, vale ressaltar, considerou o valor patrimonial líquido da Gerdau Participações. Com isso, o ágio que possuía foi “transferido” para esta última, gerando o seguinte organograma representativo:



Por ocasião da incorporação acima, a Gerdau Açominas passou a amortizar, à razão de 1/120 ao mês, o ágio previamente existente na Gerdau Participações. Ainda, a empresa passou por um aumento de capital social em decorrência da incorporação da Gerdau Participações.

Por fim, a Gerdau Açominas realizou cisão parcial, reduzindo seu capital social e criando (i) a Gerdau Aços Especiais, (ii) a Gerdau Aços Longos, (iii) a Gerdau Comercial e (iv) a Gerdau América do Sul. Em seguida, foi realizada incorporação de uma das parcelas cindidas, de modo que o mesmo ágio passou a ser amortizado pela Gerdau Açominas Especiais.

A Receita Federal autuou as empresas pela operação ao constatar uma redução de, aproximadamente, R\$ 4.665.158,00 de reais ao mês que seriam arrecadados em Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, alegando que a operação, por ter ocorrido entre empresas do mesmo grupo, seria “desprovida de fundamento econômico”.

Por isso, nos termos da autuação realizada pela Receita, o ágio seria inexistente na operação em questão: o fato de ter sido gerado entre empresas do mesmo grupo acarretaria a impossibilidade de que este surtisse efeitos no mundo jurídico.

Ademais, argumenta-se que não houve “aquisição”: no sentido literal da palavra, aquisição significaria uma transferência de propriedade, bem como o envolvimento de uma parte não relacionada. No caso envolvendo o grupo Gerdau, a Gerdau S.A. permaneceu sendo a controladora indireta de todas as empresas envolvidas e, no ponto de vista da Receita, ocorreu com efeitos unicamente sobre o grupo econômico, não havendo, portanto, a presença de nenhum dos dois argumentos. Ainda, o fato de as operações terem ocorrido entre empresas diretamente relacionadas teria cerceado a livre negociação.

Por fim, argumenta-se, também, que a operação teve, como único fim, o aproveitamento do ágio como um “artifício contábil”, gerando uma dedução proveniente de fato econômico simulado.

Para fundamentar a argumentação utilizada pela autoridade fiscal, foi utilizado, primordialmente, o autor Eliseu Martins<sup>14</sup>. Entre outros, destacou-se o seguinte trecho de seu trabalho:

Na realidade, já nas demonstrações contábeis individuais esses “lucros” (provenientes de operações ocorridas entre entes de um mesmo grupo econômico) não deveriam ser registrados como tais, e sim diferidos para apropriação ao resultado apenas quando de sua efetiva realização, como ocorre em diversos países. Não faz sentido algum reconhecer, numa boa e sadia contabilidade, o resultado derivado de transações entre entidades sob o mesmo controle, ou seja, sob a mesma vontade. Isso é, na realidade, geração artificial de resultado. E isso, mesmo no caso dos estoques, por exemplo. Agora, no caso de ativos não destinados à alienação, mais incorreto ainda é, dentro do Princípio da Realização da Receita, a inclusão de tais “lucros” nas demonstrações contábeis.

Resta justificado, dessa forma, pelo exposto, que definitivamente, 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.

---

<sup>14</sup> JUNIOR e MARTINS, p.3

Utilizou, também, julgados passados da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), bem como o Ofício-Circular nº 1/2007<sup>15</sup> nos seguintes termos:

**Pontos para a evolução da informação contábil no mercado de capitais brasileiro**

Para facilitar o entendimento da evolução ocorrida em relação ao ofício circular anterior, além da versão completa, está sendo também divulgada a versão contendo as principais alterações (adições e exclusões) efetuadas. A leitura completa de cada tópico é imprescindível tendo em vista a necessidade de compreensão ampla do assunto.

(...)

j) item **20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas**, que caracteriza a essência econômica de operações com geração artificial de ágio;

(...)

**20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas**

A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na **geração artificial de “ágio”**. (sem grifo no original)

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.

Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, **única e exclusivamente**, quando o **preço (custo) pago** pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, **preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros**. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível. (sem grifo no original)

**Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios.** Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como “arm’s length”.

**Portanto, é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidência pela contabilidade.** (sem grifos no original)

<sup>15</sup> Disponível em [http://sistemas.cvm.gov.br/port/atos/oficios/OFCIO-CIRCULAR-CVM-SNC-SEP-01\\_2007.asp#20.1.7](http://sistemas.cvm.gov.br/port/atos/oficios/OFCIO-CIRCULAR-CVM-SNC-SEP-01_2007.asp#20.1.7)

De fato, se realizada análise puramente contábil da questão, o surgimento de ágio neste tipo de operação não seria razoável. A justificativa é simples: o ágio contábil, para sua apuração, depende de uma avaliação subjetiva do valor de rentabilidade futura com base em “processo de barganha negocial não viciado”<sup>16</sup>, o que, segundo a teoria contábil, não poderia ocorrer entre partes relacionadas, motivo pelo qual inexistente essa possibilidade neste meio. Além disso, deixando à parte todas as peculiaridades inerentes a ser um ativo intangível, a problemática residiria, também, na definição do “valor justo” do ativo em questão para que fosse possível mensurar sua distância do valor pago. Eliseu Martins aponta a problemática em artigo, inclusive, utilizado como referência no caso em questão:

Em síntese, o ágio (ou, por vezes, o deságio) surge do confronto entre o valor justo (fair value) de uma dada entidade (valor de saída), precificado por intermédio de uma transação envolvendo terceiros independentes, e o valor contábil (valor de entrada) do patrimônio líquido dessa mesma entidade (considerando, é claro, a participação acionária adquirida).

Bem expõe o mesmo autor<sup>17</sup> que a problemática reside no fato de que, ao final, adquirente e alienante se confundem; não há contrapartida para a superavaliação de um ativo e, portanto, inexistente controle sobre a precificação de um ativo que, por sua natureza, já é de difícil avaliação.

Aplicando os conceitos abordados à figura do ágio (ou, analogamente, à figura do deságio), esta surge, em regra, quando da alienação do controle de uma dada entidade ou quando da aquisição do controle de uma dada entidade, derivada de uma transação realizada dentro de uma relação de comutatividade, independência e de não preponderância das partes envolvidas. Em síntese, quando há equilíbrio de forças ou, dentro da filosofia anglo-saxônica, quando se observa uma arm's length transaction. O acervo líquido de ativos (net assets) dessa dada entidade, avaliado originariamente a custo histórico, deve ser submetido a uma avaliação subjetiva e responsável pelo seu potencial gerador de caixa futuro, descontado a valor presente por uma taxa que reflita o valor do dinheiro no tempo e o risco dos negócios sociais. Do confronto desses valores surge o ágio (ou, por vezes, o deságio). (Sem grifos no original)

O “valor justo”, nestes termos, deveria ser necessariamente resultado de negociação independente e não viciada entre as partes, o que, ao menos em sentido econômico, de acordo com os autores supracitados, não poderia acontecer partes relacionadas.

Não por menos, a norma contábil publicada posteriormente expressamente deixou de reconhecer o mecanismo. O CPC 15 destina parágrafo unicamente à anulação do ágio interno enquanto mecanismo contábil:

20. A adquirente deve, na data da aquisição, reconhecer o ágio (ou goodwill) adquirido em uma combinação de negócios como um ativo. **Ágio (ou**

<sup>16</sup> SCHOUERI, p. 12, 2012 e JUNIOR e MARTINS, p.3.

<sup>17</sup> JUNIOR e MARTINS, p.2.

**goodwill) gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo.** (sem grifos no original)

Em sentido tributário, no entanto, a (in)validade do ágio interno e sua incapacidade de gerar efeitos jurídicos podem formar outro objeto de discussão. Podem por motivo simples: há quem não separe o ágio para fins tributários do ágio para fins contábeis. Uma vez unificados os conceitos, unificar-se-iam, também, as premissas. A partir da invalidade contábil do ágio interno, a mesma invalidade se refletiria no meio jurídico e o tornaria, portanto, também nulo para fins tributários.

No entanto, apesar de conceitualmente similares, o ágio interno contábil e o ágio interno tributário não se misturam a ponto de um aproveitar as premissas e as ressalvas do outro. Assim como nem todos os conceitos contábeis surtem efeitos tributários (a mais-valia, por exemplo, apesar de prevista na legislação, não se presta a estes fins), os conceitos tributários não giram unicamente em torno de suas definições contábeis<sup>18</sup>.

O ágio é um exemplar desta afirmação. Seu fundamento contábil provém, por óbvio, de sua complexa forma de registro e necessidade de que seja registrado de forma contabilmente correta para que seja inserido no meio societário e tributário. No entanto, não se limita à própria existência. Vale lembrar, aqui, conforme já mencionado em momento anterior neste trabalho, que, a partir do momento em que se delimita determinado âmbito de abrangência de um instituto, a área de estudo deste âmbito deve prevalecer sobre as outras.

Portanto, neste ponto, mudamos a abordagem para um ponto de vista jurídico. Para tanto, devem ser, em princípio, desconsideradas as normas que se prestam unicamente a estabelecer padrões de contabilização e registro do ágio – fala-se unicamente em efeitos e vantagens societários e tributários da questão.

Destarte, a Lei nº 9.532, conforme já exposto, em nenhum ponto vedava de modo expresso que, ao ágio interno, se estendesse o mesmo benefício tributário atribuído ao ágio gerado entre partes independentes<sup>19</sup>. Aqui, suscita-se o princípio da legalidade estrita: de acordo este princípio, o mero fato de inexistir vedação legal a determinada prática já permite, por si só, que o particular efetue esta prática.

---

<sup>18</sup> “É dizer, na esteira do que apontam Roberto Quiroga Mosquera e Rodrigo de Freitas, que, diante do “repúdio ao ágio interno pela Ciência contábil”, cumpre ao jurista ter em mente que “essa realidade existente para a Ciência Contábil não é automaticamente aplicável ao Direito” (SCHOUERI, p. 106, 2012, em referência a MOSQUERA, Roberto Quiroga e FREITAS, Rodrigo de. **Aspectos polêmicos do ágio na aquisição de investimento: (i) rentabilidade futura e (ii) ágio interno.** Controvérsias Jurídico-Contábeis (aproximações e distanciamentos), 2º vol., São Paulo, Dialética, 2011, p. 276).

<sup>19</sup> “Dito isto, parece claro que, em princípio, não há, a legislação tributária, qualquer dispositivo que impeça o reconhecimento e a utilização do ágio gerado internamente, entre partes relacionadas” (SCHOUERI, p. 112, 2012)

A aplicação ao caso sob análise é simples, neste ponto: inexistindo a vedação, pela lei tributária, à amortização do ágio gerado por operação entre partes relacionadas, é permitido que o contribuinte o aproveite tal qual faria com partes independentes.

Indo além, sequer a invalidade do ágio interno em sentido legal se aplicaria ao caso Gerdau por questões conceituais. O conceito trazido pelo Decreto-lei nº 1.598 apresentava o ágio como a diferença entre o preço de aquisição e o valor de patrimônio líquido; se a opção do legislador tivesse sido a da avaliação do preço justo, tal qual sustentado pela teoria contábil, teria sustentado a inviabilidade de sua ocorrência quando tratamos de negociação entre partes relacionadas. No entanto, nada impede que o patrimônio líquido, como critério objetivo que é, seja identificado na negociação entre partes relacionadas<sup>20</sup>. Isso altera, ao mesmo tempo, sutil e drasticamente a aplicação da contabilidade para invalidar instituto jurídico que teve sua inserção no ordenamento favorecida pelo legislador.

Neste ponto, bem explica Schoueri que a problemática contábil do ágio interno não poderia ser aplicada de forma irrestrita ao mundo jurídico. Partindo-se da própria fundamentação da invalidade do ágio interno contábil, já foi exposto que toda a controvérsia se dá em torno da negociação a preço justo – a aplicação irrestrita da premissa de invalidade de uma negociação apenas porque ela teria ocorrido entre partes, de alguma forma, relacionadas significaria uma presunção absoluta de vício de negociação, acarretando, invariavelmente, vício no próprio negócio jurídico. Neste sentido, Schoueri:<sup>21</sup>

Também não merecem prosperar as operações que se afastam dos parâmetros daquelas ocorridas entre partes independentes. O ágio deve ser pago como resultado de longas negociações entre as partes e, como tal, deve refletir preços de mercado, que seriam pagos em transações entre partes independentes. O preço e as demais condições de uma aquisição de participação societária entre partes ligadas, desta forma, devem ser *arm's length*, aproximando-se dos preços e das condições verificados em operações ocorridas no mercado.

O fato de as partes serem ligadas, por si só, não é determinante para que se possa dizer que o ágio gerado em uma transação interna decorre de uma operação simulada, na qual não houve um real intuito negocial, isto é, que não busca realizar seus efeitos próprios”

Muito se falou, durante o trâmite do processo aqui em comento, na supervalorização da participação societária visando à majoração do ágio e, por conseguinte, da amortização que acabaria reduzindo a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Falou-se no grupo econômico<sup>22</sup> como

<sup>20</sup> MOREIRA, GAIA e CAMPOS, p. 9, 2015

<sup>21</sup> SCHOUERI, p. 115, 2012

<sup>22</sup> Unicamente quanto à questão do grupo econômico, sem prolongar o assunto que foge ligeiramente ao escopo deste trabalho, vale destacar entendimento de MOREIRA, GAIA e CAMPOS na RDDT nº 228: “(...) os autores (Eliseu Martins e Sergio de Iudícibus) deixam claro seu posicionamento de que a perspectiva do ‘grupo

se equivalente a uma bolha, totalmente alheio às circunstâncias de mercado e precificando seus ativos sem que houvesse contraparte real na negociação.

Vale destacar, aqui, que todas as operações se basearam em laudos de avaliação elaborados por auditores independentes, bem como acompanharam os dispositivos previstos pela legislação societária que ditam o passo-a-passo de todas elas. Tanto que a validade, em si, dos laudos de avaliação não foi contestada em nenhum momento. Se fosse o caso de ocorrência do famigerado abuso de poder, tal qual alegado pelo ente tributante, a irregularidade dos laudos teria sido, desde o início, apontada, tal qual já fez o Fisco em outros casos.<sup>23</sup>

Ainda que fosse o caso de invalidade nos laudos de avaliação apontada pela autoridade tributária, mais uma vez se estaria deixando de lado a legislação. Por um lado, se tem que a contestação de uma avaliação subjetiva não poderia deixar de ser, também, subjetiva. Já se estabeleceu, no início deste trabalho, a premissa de que a rentabilidade futura é um ativo intangível e que, ao não poder ser separado da atividade à qual está atrelado, integra o valor desta. É impossível comprovar, por matemática simples e pura, qual o potencial de rentabilidade futura de um ativo, como também o é contestá-lo.

No caso em comento, no entanto, os laudos foram perfeitamente validados por quem poderia realizar o melhor juízo sobre a precificação da participação societária: terceiro completamente desligado da ligação societária estudada, o Banco Itaú BBA S.A. Este ente adentrou o grupo econômico logo no início das operações, demonstrando claro interesse na atividade econômica que era desenvolvida, e, ao aceitar os termos apresentados pela sociedade, concordou, também, com a precificação da operação.

Portanto, não se pode evitar o confronto que ocorre neste assunto. Apesar de as premissas contábeis caminharem em direção à completa inutilização tributária do ágio interno, a lei tributária na época, indiretamente, o validava, tal qual fizeram as circunstâncias do caso.

---

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 (sic) 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."

Ainda, complementam Eliseu Martins e Sérgio de Iudícibus que "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. 'Interno', aqui, é dentro da mesma pessoa jurídica". MARTINS, Eliseu e IUDÍCIBUS, Sérgio de. Ágio interno – é um mito?. In MOSQUERA, Roberto Quiroga, e LOPES, Alexsandro Broedel (coords.). Controvérsias Jurídico-Contábeis (aproximações e distanciamentos). 4º vol. São Paulo: Dialética, 2013, pp. 98-9.

<sup>23</sup> Vale destacar, também, que a operação foi encabeçada, desde o início, pela acionista majoritária do grupo Gerda. Desta forma, não se pode falar sequer em validação interna viciada do laudo de avaliação, uma vez que a lei societária veda expressamente o abuso de poder de voto em razão de conflito de interesses e o relatório do caso cita, diversas vezes, que a operação foi impecável em sentido societário.



Não a menos, o CARF julgou o caso em favor do contribuinte, entendendo ser válida a amortização do ágio que fora objeto de autuação.

Dessa forma, o questionamento prevalece. São permitidas, de forma ampla e expressa, as negociações entre partes relacionadas, bem como o aproveitamento de outros benefícios fiscais decorrente delas. Com o advento da Lei nº 12.973, o ágio interno passou a ser expressamente proibido, mitigando um dos benefícios existentes nesta operação.

No entanto, o caso Gerdau se tornou emblemático justamente por demonstrar situação em que nada estava errado no tratamento do ágio gerado internamente; as circunstâncias fáticas do caso acabaram por apresentar um cenário em que, apesar de a negociação ter ocorrido entre partes diretamente relacionadas e apesar de todas as premissas contábeis contrárias, haveria, sim, fundamento correto que justificasse a amortização do ágio na base de cálculo do IRPJ. Ao contrário do que a Receita alegou, em sua acusação, não faltava fundamento econômico para o ágio gerado; o fundamento econômico que ali importava era o definido em lei, que, nas próprias palavras, define a rentabilidade futura como fundamento econômico. Não teria espaço para a discussão tangencial da existência ou não de referido fundamento em âmbito contábil; a discussão aconteceu por ocasião tributária, por motivos tributários e com fundamentos tributários, neste último incluído o fundamento econômico do ágio como rentabilidade futura.

Como bem estabelecem Haddad e Paes <sup>24</sup>:

O ágio que na Contabilidade permanece intacto será excluído da apuração do lucro real (reduzindo a base tributável) à razão de, no máximo, 1/60 ao mês, após o evento da incorporação, fusão ou cisão e observados os demais requisitos previstos na legislação.

No entanto, em obediência à nova Lei, os mesmos autores acrescentam: “inclusive o fato de a transação que deu origem ao ágio realizar-se entre partes não dependentes”.

## **CAPÍTULO 2: Antecedentes da Lei: a Medida Provisória 627/2013 e a Solução de Consulta nº3/2016**

### **2.1 O tratamento estabelecido pela Medida Provisória 627/2013 e as diferenças em relação à Lei 9.532/97**

Como já visto anteriormente neste trabalho, a Lei nº 9.532/97 trazia a questão tributária referente ao aproveitamento do ágio interno de forma ampla e sem distinção entre o ágio gerado internamente e o ágio gerado em operações entre partes independentes. Por isso, passaram a ser

---

<sup>24</sup> HADDAD e PAES, p. 258, 2015.

cada vez mais comuns planejamentos envolvendo operações entre partes relacionadas que previam a amortização do ágio gerado internamente, que, mais tarde, passaram a ser objeto de autuação em massa pela Receita Federal.

Neste contexto, foi editada a Medida Provisória nº 627/2013.

A primeira alteração relevante para o assunto deste trabalho é a própria definição de ágio. No contexto de tentativas de fazer convergir o tratamento contábil e o tratamento jurídico dado a determinados conceitos, tal qual o Regime Tributário de Transição buscou amenizar, alterou-se o conceito legal de ágio para melhor adequação ao CPC 15. Neste sentido, passou a prever o artigo 20 da Lei 9.532 que:

Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

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

II - mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput; e

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

A alteração, ainda que sutil, apresenta grandes efeitos práticos. Aqui, se deixou, expressamente, de aplicar o critério **objetivo** (patrimônio líquido) para aplicar o critério **subjetivo** do “valor justo” como parâmetro de apuração do ágio.

A adoção do critério do valor justo é decorrente da literalidade do artigo e da chamada hierarquia de fundamentos<sup>25</sup> do ágio. O artigo destrincha, de forma detalhada, o modo como o adquirente de participação societária deve desdobrar o custo de aquisição do investimento. Em seu inciso I, apresenta o primeiro montante a ser separado: o valor de patrimônio líquido. No inciso II, indica a mais ou menos-valia como o segundo valor a ser tratado em separado. No inciso III, por fim, aborda o *goodwill*, cuja apuração levará em conta os dois incisos anteriores.

Ocorre que a mais-valia, disposta no inciso II, não pode ser amortizada como ágio. A mais-valia é composta pelos ativos líquidos da investida, ou seja, os ativos identificáveis, que não mais poderiam ser supervalorados a título de *goodwill*. Por isso, ficaria subentendido que a ordem dos incisos representaria, também, uma ordem de apuração do ágio, o que a este atribuiria valor unicamente residual<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Solução de Consulta nº 3/2016.

<sup>26</sup> Há quem diga que a mera alteração do conceito contábil de ágio, formalizada pelo CPC 15, já teria atribuído caráter residual ao *goodwill*. Neste sentido, Fonseca e Lima: “(...) talvez a maior diferença esteja na necessidade de que o patrimônio da investida seja levado a valor justo antes que o ágio seja reconhecido. Dada a tendência de que o valor justo supere o custo histórico dos ativos e passivos da investida, é natural que o sobrepreço passível

Diante da incerteza e das várias autuações do Fisco sobre esta suposta ordem de preferência<sup>27</sup>, a Solução de Consulta nº 3 impôs, assertivamente, o novo critério que reduziria drasticamente o desdobramento de *goodwill* no custo de aquisição. Diz a ementa da SC:

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. LEGISLAÇÃO ANTERIOR À MEDIDA PROVISÓRIA Nº 627, DE 2013. CUSTO DE AQUISIÇÃO. DEFINIÇÃO. P A TRIMÔNIO LÍQUIDO. MOMENTO DE APURAÇÃO. FUNDAMENTO ECONÔMICO. RESTRIÇÃO LEGAL.

O custo de aquisição da participação societária é o valor total pago pelo comprador ao vendedor, considerando inclusive eventuais condições estipuladas pelas partes que tenham o condão de alterar o preço consignado em contrato. O patrimônio líquido para fins de apuração do ágio é aquele existente no momento da aquisição. **O fundamento econômico do ágio não é de livre escolha do comprador**, devendo estar enquadrado nas hipóteses previstas na legislação aplicável, e justificado em demonstrativo a ser arquivado junto à escrituração contábil.

Esta disposição sedimenta o que já vinha sendo objeto de autuações por parte da RFB: considerando que o fundamento econômico não é de livre escolha do comprador, deve-se levar em consideração não só o conteúdo dos três incisos do artigo 20 da Lei como também a sua ordem de apresentação. Dessa forma, a apuração do ágio ficou restrita a montante meramente residual e apenas de ordem intangível, o que reduziria bastante o valor registrado como ágio.

Ademais, a alteração conceitual supracitada acarreta a supressão do argumento anterior para validar o ágio interno. A motivação antiga atribuída decorria do confronto entre o conceito tributário e o conceito contábil de ágio. Isto porque o conceito contábil era, em suma, de que o “valor justo” utilizado pela contabilidade para apurar o ágio dependeria de negociação real e, inclusive, ocorrida sob o *arm’s length principle*, o que seria impossível entre partes relacionadas, enquanto o conceito tributário trazia, em vez de um “valor justo”, o valor de patrimônio líquido, que não dependeria de qualquer negociação para ser apurado por ser um valor objetivo e claro em qualquer balanço patrimonial.

---

de reconhecimento como *goodwill* seja sensivelmente diminuído. Tal cenário é agravado pelo fato de que ativos até então não registrados no patrimônio da investida passem a sê-lo por ocasião da combinação de negócios.” (FONSECA e LIMA, p. 61, 2015)

<sup>27</sup> (...) o Fisco Federal passou a tecer questionamentos quanto a uma suposta ordem de preferência dos fundamentos econômicos para o ágio, ou seja, com a necessária alocação da mais-valia dos ativos e dos intangíveis identificados antes da rentabilidade futura, de modo a aproximar o ágio fiscal do conceito contábil. (...) Em outras palavras, o Fisco pretendeu, pela via interpretativa, aproximar o ágio fiscal do seu novo conceito contábil, de modo a reduzir o âmbito da desoneração fiscal. (FONSECA e LIMA, p. 61, 2015)

Ao unificar o conceito tributário ao contábil, a nova Lei adotou a vertente contábil. Nesse sentido, manteve, inclusive, a coerência sobre suas consequências: não só adotou o conceito como abraçou, também, a premissa de invalidade do ágio gerado internamente.

Esta premissa foi disposta de forma expressa no artigo 21 da mesma Lei, com a redação abaixo:

Art. 21. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com ágio por rentabilidade futura (**goodwill**) decorrente da aquisição de participação societária **entre partes não dependentes**, apurado segundo o disposto no inciso III do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, poderá excluir para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subsequentes o saldo do referido ágio existente na contabilidade na data do evento, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração. (sem grifos no original)

Ademais, foi cerceada a possibilidade de o contribuinte selecionar a fundamentação legal que mais lhe atenderia conforme o caso concreto. Apenas a expectativa de rentabilidade futura, conforme a nova Lei, seria capaz de justificar o pagamento de sobrepreço na aquisição de participação, em comparação a seu valor de mercado.<sup>28</sup>

Foram estas alterações legais que inovaram na ordem jurídica vigente em 2014. De um cenário de lacuna legal e que, em tese, permitiria ao particular amortizar o ágio gerado internamente, o contribuinte saltou para um cenário em que a independência entre as partes era requisito legal para este aproveitamento tributário.

A MP foi, em seguida, convertida em lei, originando a Lei nº 12.973.

Trazendo ainda mais clareza ao debate, a Instrução Normativa SRF nº 1.700/2017 (“IN nº 1.700”) apresenta, em seu artigo 185, disposição similar à do artigo 20 da Lei nº 12.973:

Art. 185. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida segundo o disposto no art. 178:

I - poderá considerar como integrante do custo do bem ou direito que lhe deu causa o saldo existente na contabilidade, na data da aquisição da participação societária, referente à mais-valia de que trata o inciso II do caput do art. 178, decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes, para efeito de determinação de ganho ou perda de capital e do cálculo da depreciação, amortização ou exaustão;

II - deverá considerar o saldo existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, referente à menos-valia de que trata o inciso II do caput do art. 178, como integrante do custo do bem ou direito que lhe deu

<sup>28</sup> Nesse sentido, MOREIRA, GAIA e CAMPOS, p. 11, 2015: “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.” Adiciona dizendo que “desapareceu, portanto, a problemática fundamentação tripartida do ágio”.

causa para efeito de determinação de ganho ou perda de capital e do cômputo da depreciação, amortização ou exaustão;

III - poderá excluir, para fins de apuração do lucro real e do resultado ajustado dos períodos de apuração subsequentes, o saldo do ágio por rentabilidade futura (goodwill) decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes, apurado segundo o disposto no inciso III do caput do art. 178, existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - o ganho proveniente de compra vantajosa, que corresponde ao excesso do valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da participação adquirida, em relação ao custo de aquisição da participação societária, deverá ser computado na determinação do lucro real e do resultado ajustado dos períodos de apuração subsequentes à data do evento, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se inclusive quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Por fim, foi trazida, também, a regulamentação do laudo de avaliação que comprovaria o fundamento econômico do ágio. A Lei nº12.973 tirou a discricionariedade do contribuinte sobre a elaboração do laudo, passando a exigir expressamente que este fosse confeccionado por perito independente:

Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

(...)

§ 3º O valor de que trata o inciso II do **caput** deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação.

(...)

Art. 22. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com ágio por rentabilidade futura (goodwill) decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes, apurado segundo o disposto no inciso III do caput do art. 20 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, poderá excluir para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subsequentes o saldo do referido ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração. (Vigência)

§ 1º O contribuinte **não poderá utilizar o disposto neste artigo, quando:**

I - o laudo a que se refere o § 3º do art. 20 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, não for elaborado e tempestivamente protocolado ou registrado;

II - os valores que compõem o saldo do ágio por rentabilidade futura (goodwill) não puderem ser identificados em decorrência da não observância do disposto no § 3º do art. 37 ou no § 1º do art. 39 desta Lei.

§ 2º O laudo de que trata o inciso I do § 1º será **desconsiderado** na hipótese em que os dados nele constantes apresentem comprovadamente **vícios ou incorreções de caráter relevante.**”(sem grifos no original)

O parágrafo 3º do artigo 20 se refere à determinação da mais-valia, é verdade; no entanto, há que se lembrar de que, de acordo com o inciso III do artigo 20, o ágio será apurado de forma residual, após constatada a mais-valia dos ativos tangíveis. Dessa maneira, a apuração do ágio depende diretamente do conteúdo do laudo.

Temos, também, na IN nº 1.700, a confirmação de que, de fato, quaisquer invalidades constatadas no laudo de avaliação acarreta a desconsideração do ágio:

Art. 178. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no art. 179;

II - mais-valia ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I; e

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

§ 1º Os valores de que tratam os incisos I a III do caput serão registrados em subcontas distintas.

§ 2º O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado **em laudo elaborado por perito independente**, que deverá ser protocolado na RFB ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação.

§ 8º O não atendimento do disposto neste artigo implica:

(...)

III - o não aproveitamento do ágio por rentabilidade futura (goodwill), conforme disposto no caput do art. 188.

(...)

Art. 188. O contribuinte não poderá utilizar o disposto no inciso III do art. 185, quando:

I - o laudo a que se refere o § 2º do art. 178 não for elaborado e tempestivamente protocolado ou registrado; ou

II - os valores que compõem o saldo do ágio por rentabilidade futura (goodwill) não puderem ser identificados em decorrência da não observância do disposto no § 3º do art. 183 ou no § 1º do art. 191.

§ 1º O laudo de que trata o inciso I do caput será **desconsiderado** na hipótese em que os dados nele constantes apresentem, comprovadamente, **vícios ou incorreções de caráter relevante.**

Por conseguinte, é possível deduzir que a Lei nº 12.973, contando com o reforço da IN 1.700, não só criou a obrigatoriedade de apresentação de laudo econômico para que fosse possível a amortização do ágio, como também condicionou a credibilidade de referido laudo a seu juízo subjetivo de valor.

Este juízo de valor se encontra evidenciado no parágrafo 2º do artigo 22 acima. Diz-se (i) que a amortização do *goodwill* é possível, nas condições expostas, mas (ii) que é necessário que o laudo de avaliação da mais-valia tenha sido protocolado e registrado e, ainda, (iii) que o mesmo laudo poderia ser desconsiderado caso fossem constatados vícios ou incorreções “de caráter relevante”.

Aqui, localizamos mais um excesso do legislador. A Lei, ao estabelecer a possibilidade de o Fisco contestar o laudo de avaliação, manteve os critérios sobre os quais seria possível essa contestação completamente em aberto. Parece ter sido esquecido que a própria Receita arrecada e realiza autuações sobre supressões indevidas na sua própria arrecadação. Com esta nova disposição legal, foi aberta uma porta para que a própria Receita desconsidere, quase que livremente, quaisquer laudos que lhe forem submetidos a apreciação e, por isso, torne muito mais difícil o real reconhecimento do ágio<sup>29</sup>.

## **2.2 A regulamentação do ágio interno: influências da nova previsão legal na dinâmica das operações societárias entre partes relacionadas**

Diante da omissão legal anterior, já foi exaustivamente exposto neste trabalho que a amortização do ágio interno seria, em tese, permitida. Para esta afirmação, o argumento basilar seria justamente a omissão normativa.

A Lei nº 12.973, no entanto, foi categórica ao afirmar que seria um requisito para a possibilidade da geração de ágio que a operação ocorresse entre partes independentes. Dessa forma, não há saída – aqueles contribuintes que (i) se encaixarem no conceito de partes relacionadas trazido pelo artigo 25 da Lei, (ii) tiverem aprovado suas operações em momento posterior a 31 de dezembro de 2014 e/ou (iii) as tendo aprovado antes de 31 de dezembro de 2014, apenas planejarem concretizá-las após 31 de dezembro deste ano não poderão se valer dos benefícios tributários atribuídos ao ágio.

No entanto, conforme o esperado, há alguns pontos que terão de ser enfrentados, seja pelo legislador, seja pela RFB com suas instruções normativas, seja pelo CARF. A nova lei, ao

---

<sup>29</sup> Neste sentido, para que não se demore em tema que acaba por fugir ao escopo deste trabalho, vale apenas mencionar que a utilização de termos amplos e aberturas excessivas na Lei tributária já é algo contestado por doutrinadores. A exemplo, passagem de Alberto Xavier: “O princípio da tipicidade de tributação traduz-se, pois, na imposição de comandos ao legislador para que formule as leis tributárias: (i) de modo casuístico ou seletivo, com a consequente proibição de cláusulas gerais (*lex stricta*); (ii) de modo completo e exclusivo, com a consequente proibição de normas de reenvio (*lex completa*); (iii) de modo claro e preciso, **com a consequente proibição de conceitos indeterminados** (*lex certa*); (iv) de modo expresse, com a consequente proibição da analogia. (*lex stricta*). (LOBATO e PASCALI, 2015, p. 14). Este autor, como tantos outros, rejeita expressamente a possibilidade de que fosse deixada qualquer abertura pela Lei tributária para ser suprida por outros ramos do Direito, pois entende que esta prática afrontaria o princípio da estrita legalidade (FONSECA e LIMA, p. 52, 2015).

introduzir no ordenamento jurídico todas as alterações supracitadas, gerou determinadas controvérsias que não serão tão facilmente resolvidas.

Das possíveis, foram selecionadas três das que, em princípio, têm a maior visibilidade imediata: primeiro, a possibilidade de a vedação legal ao aproveitamento todo ágio interno retroagir aos casos ainda pendentes de julgamento pelo CARF ou pela própria Receita. Segundo, o conceito de partes relacionadas e como isso influencia os casos práticos. Por fim, será trabalhada, também, a possibilidade de consideração da redução de tributos como propósito negocial em si, ponto que pode ser usado, pelo contribuinte, para exaurir a alegação de que o ágio interno seria desprovido de fundamentação legal.

## **2.3 Possíveis pontos controvertidos a serem enfrentados pelo CARF**

### **2.3.1 O caráter declaratório ou constitutivo da proibição da nova Lei e sua consequente retroatividade**

O Código Tributário Nacional prevê, em seu artigo 106<sup>30</sup>, que a lei tributária não retroagirá salvo nos casos de lei expressamente declaratória. Diante das inovações trazidas, as próprias disposições finais da Medida Provisória, bem como o artigo final de algumas das subseções, estabelecem parâmetros temporais de vigência dos novos requisitos. O artigo 61 de referida MP, parcialmente mantido na conversão em lei como o artigo 65 dispõe como se segue:

Art. 61. As disposições contidas nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e nos arts. 35 e 37 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, continuam a ser aplicadas somente às operações de incorporação, fusão e cisão ocorridas até 31 de dezembro de 2015, cuja participação societária tenha sido adquirida até 31 de dezembro de 2014.

A disposição do artigo 65 ampliou a abrangência da aplicabilidade dos artigos 7º e 8º antigos para operações ocorridas até 31 de dezembro de 2017. Esse prazo de vacância será tratado em mais detalhes adiante.

Dizem os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária

---

<sup>30</sup> Lei nº 5.172/1966 – Código Tributário Nacional

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;



adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

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

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

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados em até dez anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do *caput*:

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

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

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

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

Significa, portanto, que as novas regras tributárias aplicáveis às operações de incorporação, fusão ou cisão seriam aplicáveis apenas às operações que ocorressem após 31 de dezembro de 2015, com aquisição de participação societária que tivesse ocorrido até 31 de dezembro de 2014.

Os entendimentos anteriores do CARF, no entanto, principalmente no caso Gerdau, apontam para outro sentido: o ágio interno, considerando a aplicação da lei tributária sobre as normas contábeis de geração do ágio real, seria legítimo e, portanto, submeter-se-ia ao regime tributário pertinente.

Há inúmeros casos ainda pendentes de julgamento pelo CARF. Uma autuação da Receita Federal, considerando todo o trâmite processual-administrativo, leva de 5 a 10 anos<sup>31</sup> para serem concluídos pelo Conselho. Nesse meio tempo, evidente que ocorreram (e ainda ocorrerão) diversas autuações contendo alegações de planejamento tributário abusivo baseadas na amortização do ágio interno.

Conforme já exposto acima, o artigo 65 da Lei nº 12.973 estabelece que as operações realizadas até 31 de dezembro deste ano serão tratadas de acordo com os artigos 7º e 8º do Decreto-lei 1.588.

Estes artigos, no entanto, nada falam sobre a problemática da amortização do ágio interno, uma vez que mantêm o entendimento antigo que seria, conforme já exposto acima, baseado no conceito de ágio que permitiria, em tese, a validação do ágio gerado internamente.

Como lidar, então, com a inconsistência gerada pelo confronto entre (i) o conceito atual de ágio, trazido pela legislação atualizada e (ii) a ausência de previsão legal restringindo a amortização do ágio gerado de operações entre partes relacionadas? É certo que a vedação expressa ao aproveitamento do ágio interno só veio com a Lei, mas ainda é obscura a forma como as autoridades fiscais lidarão com operações que ocorram até o final deste ano relacionadas à amortização do ágio interno.

---

<sup>31</sup> 48. O Carf não tem conseguido dar cumprimento, em tempo razoável, à sua atribuição de apreciar, em segunda instância, os processos administrativos fiscais a ele submetidos. Sua missão é “assegurar à sociedade imparcialidade e celeridade na solução dos litígios tributários”, contudo, os números a seguir apresentados evidenciam a mora em julgar:

1) estudo realizado pelo órgão estima que seriam necessários cerca de 77 anos para eliminar seu estoque de processos (peça 42 - Estudo elaborado pelo Secoj/Carf);

2) de 2011 a 2014, o estoque de processos do CARF apresentou um crescimento de 104 mil para 135 mil, correspondente a um incremento de 29,8% (peça 43);

3) o tempo médio de apreciação dos processos vem crescendo anualmente e, em 2014, foi superior a 5 anos (peça 44);

4) aproximadamente 11% do acervo ou 13 mil processos estão há mais de 10 anos aguardando julgamento do órgão (análise de dados obtidos na resposta ao Ofício de Requisição desta secretaria, peça 15).

Relatório de Auditoria nº 201504306, publicado em março de 2016. Auditoria conjunta pela CGU e pelo TCU.

Por um lado, tem-se a nova lei, que marca a entrada já especulada das premissas e teorias contábeis acerca do ágio interno. A homogeneização dos sistemas tributário e contábil brasileiros vem sendo trabalhada há anos e poderia, inclusive, ser considerado um retrocesso afrontar a própria definição de ágio que inaugurou esse processo de uniformização ao permitir a amortização do ágio interno.

De fato, vários dos casos julgados pelo CARF referentes à amortização do ágio interno declaram inválida a amortização, sob o argumento principal de que essas seriam desprovidas de substrato econômico material<sup>32</sup>.

Ademais, ainda neste sentido, a inconsistência conceitual é iminente. Se o objeto de crítica à amortização do ágio interno, à época da vigência da Lei nº 9.532, era de que o legislador havia optado pelo distanciamento entre a legislação e a teoria contábil, este objeto se exaure a partir do momento em que o ordenamento jurídico se readapta para aceitar as novas normas. Isto porque, após esta readaptação, passa-se a aceitar a aplicabilidade técnica das normas contábeis que, conforme já exposto, inadmitem a possibilidade de o ágio interno ser reconhecido.

Por outro lado, deve-se considerar que os contribuintes que concretizaram suas operações até a data permitida em lei contavam com a incidência do princípio da legalidade estrita. Mais ainda: basearam-se na sistemática legal anterior e, por isso, não teriam contado com o “pacote” das normas contábeis que inviabilizariam o aproveitamento tributário de determinadas operações.

Outra forma de buscar aplicar às problemáticas atuais a vedação agora expressa ao ágio interno é falar, como já se fala, em proibição “implícita” de amortização na redação anterior dos artigos 7º e 8º do Decreto-lei aqui tratado. No entanto, esta percepção também não mereceria prosperar.

Fosse “implícita” a vedação legal à geração de ágio interno, não haveria necessidade de o legislador incluir a vedação expressa nas alterações legislativas que sobrevieram – bastaria que se alterasse o conceito legal de ágio para adaptá-lo às normas internacionais<sup>33</sup>.

Além disso, mesmo a aplicação das normas contábeis e da premissa de invalidade do ágio interno para efeitos jurídicos já é contestável. Conforme já foi exposto acima, esta premissa não

---

<sup>32</sup> “(...) 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” (MOREIRA, GAIA e CAMPOS, p. 13, 2015)

<sup>33</sup> Além, claro, das demais providências tomadas que não serão tratadas no presente trabalho. Ademais, Teixeira e Teixeira deixam claro que “a introdução da referida disposição só vem a demonstrar que tal operação não era antes vedada”. (TEIXEIRA e TEIXEIRA, p. 159, 2015.)

passa de uma presunção de vício de negociação entre partes relacionadas; se esta premissa fosse, de fato, adotada pelo ordenamento, não haveria que se falar em permissão de quaisquer operações entre partes relacionadas. Dessa forma, perceber-se-ia, mais uma vez, uma ampliação de premissas inicialmente contábeis (e, desta vez, também normativas em âmbito tributário) que acarretaria a invalidação de negócios jurídicos plenamente válidos em sua essência.

A jurisprudência do CARF não é uniforme quanto à possibilidade de amortização do ágio interno, vide o caso apresentado envolvendo o grupo Gerdau. Portanto, também não se poderia falar em mantimento dos entendimentos pretéritos do Conselho sobre a questão.

A Receita Federal, como membro da administração pública que é (e conforme já exposto acima), é restrita ao princípio da legalidade estrita. Em outras palavras: só pode atuar no sentido do que dispõe a lei tributária. O particular, por outro lado, se sujeita a outro sentido de legalidade: a ele, é legitimada a prática de quaisquer atos não proibidos por lei. Portanto, a partir da análise puramente jurídica das operações societárias entre partes relacionadas, não subsistiria a possibilidade de aplicação retroativa da impossibilidade de amortização do ágio interno.

A própria existência, portanto, do ágio interno em seu fundamento econômico-contábil já seria contestável. Algo que já nasce sem amparo econômico, em tese, não poderia surtir efeitos no mundo jurídico.

No entanto, o próprio conceito de ágio abordado pela nova lei é, em essência, inconsistente com a validação do ágio interno. Dessa forma, ao considerar a possibilidade de amortização, estar-se-ia atribuindo validade jurídica a um mecanismo inexistente em sua origem.

Por outro lado, a jurisprudência do CARF já sinalizou, também, entendimento diverso: a ausência de vedação legal enseja a possibilidade de amortização do ágio interno<sup>34</sup>

Uma das problemáticas anteriores, no entanto, se dá justamente na ausência de regulamentação independente sobre o tratamento jurídico do ágio<sup>35</sup>. A partir do momento em que esta conceituação surge no ordenamento como provinda do próprio legislador, esta ausência já não foi suprida?

Finaliza-se este tópico a partir da seguinte interpretação da problemática apresentada: considerando a limitação à aplicabilidade das disposições trazidas pela MP 627 e consolidadas pela Lei nº 12.973, não é possível aplicar retroativamente a vedação à amortização do ágio

---

<sup>34</sup> Acórdãos 1302.001.154 e 1301-001.224

<sup>35</sup> “(...) 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 ágio” (MOREIRA, GAIA e CAMPOS, p. 15, 2015)

interno. Isto porque (i) não se pode dizer que a lei tem caráter interpretativo, justificando sua retroação; (ii) a vedação legal não era implícita no Decreto-lei, considerando que precisou de previsão expressa na legislação nova; (iii) os próprios artigos 7º e 8º do Decreto-lei, na antiga previsão, se utilizavam do conceito antigo de ágio, o que impossibilita a argumentação da incompatibilidade conceitual; e, por fim, (iv) há que se preservar a segurança jurídica do contribuinte que atende aos requisitos temporais trazidos pela Lei.

### 2.3.2 O conceito de partes relacionadas que delimita o ágio interno.

O conceito de partes relacionadas que seria aplicado pela autoridade fiscal em novos casos de ágio interno também permanece um tanto quanto nebuloso.

Sabe-se que o conceito trazido pela lei tributária é de que:

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

- I - o adquirente e o alienante são controlados, direta ou indiretamente, pela mesma parte ou partes;
- II - existir relação de controle entre o adquirente e o alienante;
- III - o alienante for sócio, titular, conselheiro ou administrador da pessoa jurídica adquirente;
- IV - o alienante for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro das pessoas relacionadas no inciso III; ou
- V - em decorrência de outras relações não descritas nos incisos I a IV, em que fique comprovada a dependência societária.<sup>36</sup>

Faz-se, aqui, a mesma observação que foi feita acima sobre a utilização de conceitos amplos e irrestritos no Direito Tributário. Isto porque, apesar de o artigo 25 acima definir, até o inciso IV, o que seriam consideradas partes relacionadas, o inciso V basicamente desconsidera todas as disposições anteriores para, indiretamente, atribuir à autoridade fiscal o poder de ditar, arbitrariamente, o que seriam partes relacionadas para os fins da lei tributária.

Novamente, faz-se, aqui, referência à crítica da “tipicidade tributária”<sup>37</sup>. A abertura excessiva de um conceito que define se é ou não possível a amortização do ágio interno, além de gerar grande insegurança jurídica, também abre espaço para autuações, em princípio, infundadas apenas com base em reinterpretações da estrutura societária envolvida.

Repare-se que não houve sequer a utilização da palavra “direta” no inciso em questão. Não se exige, pelo inciso V, que a dependência observada entre as partes seja direta; basta, na prática, que a autoridade tributária seja capaz de identificar **qualquer** tipo de dependência entre

<sup>36</sup> Artigo 25 da lei 12.973/2014.

<sup>37</sup> *Apud* 18

as partes para se tornar automaticamente capaz de invalidar a operação com base na alegação de que configuraria “ágio interno”.

E há definições de grupo econômico que poderiam, perfeitamente, se prestar a este papel. Serão apresentadas, abaixo, diversas definições distintas para grupos econômicos, das quais a mais ampla será apresentada pelo Conselho Administrativo de Direito Econômico (CADE).

Gustavo Lian Haddad e Gustavo Duarte Paes versam, a respeito das definições legais de partes relacionadas, que:

Neste ponto, cabe arrematar que a aplicação do regime do artigo 22 da Lei 12.973 pressupõe que o ágio tenha sido registrado entre partes não dependentes. Para tais fins, o artigo 25 do mesmo diploma *não* inclui no rol de partes dependentes aqueles que detenham participação em conjunto na mesma sociedade, estabelecendo a dependência a partir de relações diretas entre as partes, e não com terceiros (...).

Desde já se nota que, nos termos do artigo supracitado, não se encaixariam, por exemplo, uma empresa controladora e uma minoritária em relação a uma terceira. Do ponto de vista societário, não poderia ser mais correto; a frequente contraposição de interesses entre ambas as figuras é objeto de inúmeras proteções<sup>38</sup> e tentativas de equilibrar as diferenças de poderes para fazerem valer suas vontades. Não se haveria, portanto, de tratá-las como iguais em uma negociação que acabasse em aquisição de participação.

Do ponto de vista unicamente econômico, no entanto, o conceito de partes relacionadas talvez não fosse suficiente. Se o objetivo das normas contábeis era o de evitar que duas partes com interesse na majoração do preço de venda do ativo pudessem enquadrar esses interesses num negócio manipulado, talvez fizesse sentido que minoritário e majoritário de uma mesma sociedade se encaixassem nesse grupo. Afinal de contas, negociações entre minoritários e majoritários não ocorrem, necessariamente, exalando hipossuficiência.

No entanto, são utilizados, como base para a invalidação do ágio interno, argumentos essencialmente contábeis. Ora, a própria contabilidade já apresenta uma definição de partes relacionadas:

Ainda na forma de “porém”, como tantos no presente trabalho, vem a lei societária. O ágio interno trata, necessariamente, de operações realizadas entre agentes integrantes de um mesmo grupo econômico, independentemente da definição deste que venha a ser adotada. Logo, é indispensável que seja considerada, também, a lei societária. Essa, por sua vez, traz a definição de grupo econômico no artigo 256:

---

<sup>38</sup> A lei nº 10.303/2001 foi editada com o objetivo de proteger os acionistas minoritários, com foco na hipossuficiência presumida em face dos acionistas majoritários.

Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

Ademais, a título meramente exemplificativo e como forma de demonstrar a amplitude do termo tratado de forma simplista pela lei tributária, definição trazida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), pelo Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo<sup>39</sup>, que leva em consideração todas as definições jurídicas de grupo econômico:

72. Depois de analisados diferentes conceitos de grupo econômico nos itens anteriores, é possível elencar elementos que devem ser necessariamente considerados - mesmo que não utilizados - para a definição do conceito próprio a ser considerado pelo Direito Concorrencial. De forma simplificada, os elementos principais para definição de S um conceito de grupo econômico são: (i) personalidade própria das sociedades participantes (Direito Societário, Direito Trabalhista e Organização Industrial); e (ii) conexão entre as sociedades participantes (Direito Societário, Direito Trabalhista, Direito do Consumidor e Organização Industrial).

(...)

84. Em resumo, para a correta aplicação da regra prevista no artigo 17 da Lei nº 8.884/94 a definição do termo "grupo econômico" nela previsto deve compreender, necessariamente, os seguintes elementos: (i) manutenção da personalidade própria das sociedades participantes; e (ii) existência de uma orientação central concorrencial. Com a identificação destes 2 (dois) elementos em um determinando grupo de empresas, estar-se-á diante de um grupo econômico concorrencial, aplicando-se-lhe a solidariedade.

Mais do que claro, portanto, que o conceito adotado para definir a aplicação de um ou outro regime tributário não poderia ser simplesmente uma cópia ou uma readaptação de conceitos paralelamente utilizados em outros ramos do Direito, quiçá retirados de ramos externos ao meio jurídico. A delimitação empobrecida da abrangência do termo poderá, de um lado, ocasionar formas de organização societária que fujam a seu escopo e, de outro, motivar autuações diversas que desconsiderem estruturas legítimas apenas por vislumbrarem uma eventual fraude à lei.

No entanto, é interessante observar a pequena lacuna legal deixada para trás pela legislação. Caso houvesse segurança pela aplicação somente da definição da Lei nº 12.973, sem que novos conceitos fossem arbitrariamente aplicados sem autorização legal, uma reorganização societária poderia separar dois agentes da relação de compra-e-venda de ativos

---

<sup>39</sup> Julgamento do Processo nº 08700.005448/2010-14. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Ementa: Proposta de celebração de Termo de Compromisso de Cessação — Suposta prática de unimilitância — Discriminação de Valores de Coeficiente de Honorários Médicos — Indícios de violações à ordem econômica previstos no artigo 20, I e IV c/c art. 21, IV e V da Lei nº 8.884/94 — Conduta unilateral — Proposta em âmbito de Processo Administrativo — Rejeição da proposta — Negociação confidencial. Palavras-chave: Unimilitância — TCC — Rejeição. Julgado em 14 de dezembro de 2011.

em situação de acionistas majoritário e minoritário e, com isso, ultrapassar a proibição legal de amortização de *goodwill*. Os próprios acionistas minoritários poderiam, em último caso, guiar uma operação que gerasse ágio, uma vez que o critério-base do artigo 25 é a relação de controle existente.

### 2.3.3 A “ausência” de substrato econômico e a redução de tributo como motivação negocial

É notória a discussão que incide sobre os limites do planejamento tributário. Por um lado, há os defensores da evasão. Por outro, os da elisão<sup>40</sup>. Pouco se discute sobre a legalidade, uma vez que é quase intuitivo que não se pode afrontar expresso dispositivo legal para economia de tributos. A elisão tributária, maior foco deste tópico, consiste na atuação do contribuinte antes da ocorrência do fato gerador – portanto, orienta-se a atividade econômica de modo a evitar o fato gerador e, por isso, não ser jungido a pagar tributos. Esta orientação se embasa no parágrafo 1º do artigo 113 do CTN:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º **A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador**, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. (Sem grifos no original)

A controvérsia pode ser resumida, uma vez que não cabe ao presente trabalho abordar em detalhes todos os argumentos tangentes, à necessidade ou não de motivação econômica para que determinado planejamento seja considerado válido. Afinal de contas, é possível que a Receita Federal condicione a validade de um planejamento a um requisito que não encontra respaldo legal? Por outro lado, poderia o contribuinte se munir livremente das previsões legais para escapar de determinada tributação?

A problemática na exigência de substrato econômico é simples e remete, em síntese, ao princípio da legalidade: aos entes da administração pública, só é permitido realizar atos previstos em lei. Esta disposição legal visa justamente a mitigar a atuação arbitrária do membro da Administração Pública, uma vez que detentora de poder de polícia. Não por menos, são

---

<sup>40</sup> Em decorrência do princípio da liberdade mais especificamente, da livre iniciativa em que o pressuposto do nosso arranjo constitucional é que os indivíduos não necessitam de permissão do Poder Público para se organizarem, mas são livres pra tanto, surge a questão acerca do planejamento tributário. (TEIXEIRA e TEIXEIRA, p. 127, 2015)



vários os doutrinadores que atacam a exigência do “propósito negocial” no planejamento tributário como pressuposto de validade, justamente por não estar previsto em lei. A exemplo:

(...) o simples fato de uma operação ter ocorrido de forma diversa daquela usualmente vista não dá ao Fisco o direito de desconsiderá-la para fins fiscais: há que se apontar a ilegalidade na conduta do contribuinte. Ademais, a atuação do Fisco motivada exclusivamente pela falta de propósito negocial, como se tal fato implicasse simulação, carece de base legal, até mesmo pela falta de regulamentação do parágrafo único do art. 116 do CTN, dispositivo este de constitucionalidade duvidosa em razão do princípio da legalidade tributária e da especificidade conceitual ou tipicidade. É dizer: não pode o Fisco arbitrariamente desconsiderar um negócio jurídico, ainda que alternativo ou indireto, e equipará-lo a um outro de efeitos econômicos similares, porque os princípios mencionados reclamam o respeito à forma jurídica que revestem os negócios, como pressuposto à incidência tributária, sob pena de se tributar por analogia. (COELHO e COELHO, p. 95, 2015)

No entanto, o questionamento do substrato econômico é bastante amplo, e não restrito à problemática da amortização do ágio interno. Por que, então, tratá-lo como questionamento relevante neste trabalho?

É simples. O ágio gerado internamente é, com frequência, invalidado pela autoridade fiscal por ser desprovido de motivação econômica. É tratado, por isso, como “mero artifício contábil”, o que o coloca no alvo da autoridade tributária<sup>41</sup>.

O questionamento que se faz aqui é sutilmente divergente. Diante da insistência da Receita Federal em atribuir “fundamentação econômica” ao planejamento tributário para que este seja considerado válido, torna-se necessária uma definição do que seria, de fato, considerado substrato econômico.

O substrato seria, em suma, a motivação negocial da operação, considerada pela Receita Federal como o substrato que teve, como consequência, a redução de tributo. Neste sentido, apesar do princípio da legalidade e da não-aceitação expressa, pelo legislador, de uma cláusula geral antielisiva, a Receita considera inválida a operação desprovida de motivação externa à redução de tributo.

No entanto, parece possível dar outro sentido à motivação econômica, sendo ela exatamente a redução tributária.

---

<sup>41</sup> Nos últimos anos, o Fisco Federal passou a desconsiderar os planejamentos fundados no aproveitamento fiscal do ágio, frequentemente buscando identificar situações que consideram serem indícios da falta de propósito negocial da operação realizada, tais como: interdependência entre as partes envolvidas (...). Aqui cabe novamente criticar essa posição do Fisco: a mera ocorrência das situações descritas acima (sem que seja comprovada ocorrência de simulação) não pode acarretar a desconsideração do negócio jurídico pelo Fisco, como já teve o CARF oportunidade de se manifestar, como, interplures, no caso Gerdau. (COELHO e COELHO, p. 95, 2015).

O Código Civil apresenta a sociedade empresária com base no artigo 966<sup>42</sup> do Código Civil, sendo que, neste artigo, é definido como empresário quem exerce, entre outros, “atividade econômica”.

Não é controverso que a atividade econômica é aquela que visa ao lucro por meio da comercialização de bens e/ou serviços; portanto, é correto dizer que a sociedade empresária tem como objetivo atingir o lucro por meio do provimento de determinado tipo de mercadoria. Neste sentido, parece válido presumir que a majoração deste lucro também lhe é cabível.

Aqui, há de ser lembrar que, para o empresário, tributo é gasto. Ainda neste sentido, portanto, seria perfeitamente válido que a redução da carga tributária, por si só, constituísse propósito negocial: trata-se da utilização de meios lícitos de majorar o lucro de sociedade empresária que tem, por essência, essa finalidade.

Toda a discussão que aqui se traz é referente a este ponto. Sem o devido amparo legal, pelo princípio da legalidade estrita (considerando que a Receita Federal é ente administrativo e, portanto, exerce atividade vinculada), a Receita não poderia criar requisitos adicionais condicionantes à validação do planejamento tributário. Uma vez criado este requisito, ainda, não poderia ser aceita sua concepção conforme o caso concreto. O conceito de propósito negocial permanece, até os dias de hoje, a critério da autoridade fiscal, que o adapta conforme o caso concreto.

A própria existência do propósito negocial já se tornou nada mais que um jogo de charadas. Empresas buscam os mais criativos fundamentos alheios à tributação para apresentar como eventual justificativa para a Receita Federal, enquanto esta busca, por todos os meios<sup>43</sup>, invalidá-los e, conseqüentemente, invalidar também o planejamento realizado. Ademais, é nítido que a Receita Federal tem por padrão a criação de requisitos discricionários para validação de planejamento tributário<sup>44</sup>.

No entanto, todo planejamento tributário tem algo em comum: o objetivo de reduzir a tributação e, por conseguinte, maximizar o lucro empresarial. Não se discute, aqui, a

---

<sup>42</sup> Lei nº 10.406/2002 – Código Civil

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

<sup>43</sup> (Por outro lado,) ao tentar desvendar a existência de propósito negocial, o Fisco acaba adentrando o foro íntimo do contribuinte, chegando ao cúmulo de tentar adivinhar o que ele pensou ao realizar a operação societária. Tal conduta invariavelmente resvala no puro subjetivismo, que não se coaduna com a estrita vinculação à lei da atividade de fiscalização tributária. (COELHO e COELHO, p. 95, 2015)

<sup>44</sup> “(...) em outras ocasiões, embora a glosa fiscal tenha sido anulada, entendeu-se que a amortização do ágio deveria obedecer a alguns requisitos não expressamente previsto em lei” (MOREIRA, GAIA e CAMPOS, p. 15, 2015)

possibilidade de afronta a dispositivos legais; é bem claro que a licitude é pressuposto de validade para qualquer negócio jurídico. No entanto, se, por meios lícitos, a empresa se organiza internamente para pagamento de menos tributos ou estrutura suas operações neste mesmo sentido, temos apenas a redução do ônus tributário como pilar desta negociação. E isto não deveria ser considerado uma infração a um pressuposto inexistente de validade. A título de exemplo, com base em caso já bem íntimo deste trabalho, o próprio acórdão do caso Gerdau trouxe à tona a desnecessidade de propósito negocial para a validação do planejamento e, ainda assim, sua validação pela autoridade tributária.

## **CONCLUSÃO**

O conflito entre a Contabilidade e o Direito Tributário, no que tange à consideração do ágio interno, gerou diversas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Isto porque a relação entre as duas matérias é praticamente indissolúvel e, por isso, torna-se também imprescindível que haja coerência nesta interseção.

Neste sentido, foi visto que a Lei nº 9.532 optou por desconsiderar o conceito contábil de ágio para fins legais ao utilizar, para sua definição, o valor de patrimônio líquido. Somando-se isso à omissão quanto à possibilidade de amortização do ágio gerado internamente, o contribuinte passou a aproveitar o ágio gerado pela aquisição de participação dentro de um mesmo grupo para fins tributários.

Esse aproveitamento, sendo capaz de reduzir consideravelmente a base de cálculo do IRPJ e CSLL, chamou a atenção da Receita Federal, que passou a autuar estas amortizações com base na teoria contábil. Esta vertente defendia a inexistência do ágio interno por ser necessário, para a concretização de um negócio capaz de gerar ágio, a independência entre as partes para assegurar que a transação seria isenta de vícios. O Carf, no julgamento de várias autuações sobre estas operações, não conseguiu homogeneizar seu entendimento, ora entendendo pela invalidade, ora pela validade do ágio gerado internamente e compensado para fins tributários.

Simbolizando esta controvérsia, o caso envolvendo o Grupo Gerdau foi julgado. Neste, ficou centralizada a discussão referente ao confronto entre as normas contábeis e as normas tributárias, munindo-se o Fisco dos argumentos contábeis orientados à invalidade do ágio interno e o contribuinte, por outro lado, com argumentação essencialmente jurídica, apontando

a omissão legal, o substrato econômico do planejamento e a compatibilidade do conceito legal com a consideração do ágio interno.

Em 2013-2014, no entanto, a criação da MP 627 e sua posterior conversão na Lei nº 12.973 trouxeram a expressa vedação legal à amortização do ágio interno, bem como, acompanhando a tendência geral, homogeneizaram o conceito de ágio em relação ao trazido pela Contabilidade. Nesse sentido, criticou-se a cega adoção do conceito contábil e sua replicação em âmbito jurídico, sem, no entanto, ser feita análise crítica sobre a validade destes conceitos e regras.

Ademais, por se tratar de medida legal adotada recentemente, três questões foram identificadas como potenciais problemas inerentes à nova Lei. A primeira delas se refere à retroatividade ou não da proibição da amortização tributária. Isso porque o legislador, atento à transição cautelosa necessária para as novas disposições, estabeleceu prazo de vigência das normas anteriores, mas nada impediria, em tese, que a proibição à amortização, já observada anteriormente em diversos julgados do Carf, continuasse sendo aplicada mesmo a estes casos sob vigência da lei anterior. Concluiu-se que não é possível invalidar uma operação passada, ocorrida sob a vigência de conceito de ágio antigo e perfeitamente compatível com a compensação do ágio interno, por considerar que a alteração legal posterior consolidaria uma proibição já existente – se o dispositivo legal foi alterado, significa que carrega significado diverso daquele anterior.

A segunda se refere justamente ao conceito de partes relacionadas que ensejaria a aplicação da recente proibição da amortização do ágio interno: cada um dos ramos jurídicos define partes relacionadas e grupo econômico à própria maneira e de acordo com as próprias necessidades, visando a coibir ou incentivar, conforme o caso, determinadas condutas. A definição trazida pela nova Lei, no entanto, mantém conceito indeterminado e amplo ao fixar a determinação de partes relacionadas como passível de flexibilização em desconformidade as previsões taxativas caso a autoridade fiscal entenda necessário. Por outro lado, se forem adotadas as definições apresentadas nos primeiros incisos de referido artigo, já é possível localizar uma composição de grupo econômico que não se enquadraria como “partes relacionadas” e, por isso, não permitiria a vedação à amortização. Portanto, apesar de a expectativa ser de que o Fisco acabará por ampliar o conceito de partes relacionadas e aplicá-lo à própria maneira, não se poderia atribuir uma aplicação discricionária a uma proibição, em tese, residual.

Por fim, foi trazida à tona a já conhecida invalidade da exigência de motivação econômica por parte do Fisco. Sendo prática recorrente e praticamente consolidada, mesmo que não

legalmente, foi avaliada a possibilidade de que a própria redução de tributos fosse considerada motivação econômica. Esta possibilidade surgiu do próprio conceito de empresa como entidade econômica com o fim de auferir lucro, combinada com a relação entre tributo como encargo financeiro e a redução desse ônus, desde que dentro dos limites legais, como meio de atingir aquele fim.

## **BIBLIOGRAFIA**

JUNIOR, Jorge Vieira da Costa e MARTINS, Eliseu. **A incorporação reversa com ágio gerado internamente: consequências da elisão fiscal sobre a contabilidade.**

HADDAD, Gustavo Lian e PAES, Gustavo Duarte. **O ágio por expectativa de rentabilidade futura na Lei 12.973 e o *Goodwill* na combinação de negócios – aproximações e distanciamentos.** In: MOSQUERA, Roberto Quiroga e LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.) *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. 6<sup>o</sup> Volume. São Paulo: Dialética, 2015.

MOREIRA, André Mendes; GAIA, Patrícia Dantas; e CAMPOS, Eduardo Lopes de Almeida. **O tratamento fiscal do ágio e a problemática do ágio “interno” antes e após a vigência da Lei nº 12.973/2014.** In ROCHA, Valdir de Oliveira (Dir.) *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 228. São Paulo: Dialética, 2014.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães e FARO, Maurício Pereira. **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, 2015.

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

FONSECA, Fernando Daniel de Moura, e LIMA, Daniel Serra. A relação entre os conceitos jurídico e contábil de ágio antes e depois da reforma da Lei das S/A: o problema da interdisciplinaridade no Direito Tributário. In MANEIRA, Eduardo; SANTIAGO, Igor Mauler (Coord.). **O ágio no direito tributário e societário – questões atuais.** São Paulo: Quartier Latin, 2015.

COELHO, Sacha Calmon Navarro, e COELHO, Eduardo Junqueira. O conceito tributário de ágio previsto no Decreto-lei 1.598/77 e os requisitos para sua amortização com base no art. 7º da Lei 9.532/1997. In MANEIRA, Eduardo; SANTIAGO, Igor Mauler (Coord.). **O ágio no direito tributário e societário – questões atuais.** São Paulo: Quartier Latin, 2015.

TEIXEIRA, Tiago Conde, e TEIXEIRA, Yann Santos. Planejamento Tributário e a amortização do ágio. In MANEIRA, Eduardo; SANTIAGO, Igor Mauler (Coord.). **O ágio no direito tributário e societário – questões atuais**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MARTINEZ, Eduardo Guimarães. **Essência sobre a forma na interface jurídico-contábil: o ágio interno nas demonstrações individuais**. 2015. F. 112. Dissertação (Pós-Graduação em Controladoria e Contabilidade) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade. Universidade de São Paulo, São Paulo.

SOUZA, Valter de e PASCALI, Anita de. **O novo regime jurídico do ágio na Lei 12.973/2014**. Disponível em: [ojs.mcampos.br/index.php/RFDMC/article/download/67/55](https://ojs.mcampos.br/index.php/RFDMC/article/download/67/55)