

O ÁGIO NA VISÃO DOS TRIBUNAIS: EMPRESA VEÍCULO E ÁGIO INTERNO

*Roberto Duque Estrada*¹

*Eduardo Barboza Muniz*²

I. INTRODUÇÃO

O tratamento fiscal do ágio na aquisição de participações societárias tem sido objeto de intensas disputas entre os contribuintes e a administração fazendária. As controvérsias se estabeleceram em torno de questões variadas, como a utilização de “empresas veículo”, dedutibilidade do ágio apurado em operações entre partes dependentes (“ágio interno”), necessidade de laudo prévio para fundamentar a expectativa de rentabilidade futura, discrepâncias entre o regime fiscal e o contábil, identificação do “real adquirente” da operação, entre outras.

1. Sócio fundador do Brigagão, Duque-Estrada Advogados; diretor da ABDF; conselheiro do Conselho de Governança e Compliance da Associação Comercial do Rio de Janeiro; membro do Conselho Diretor da ABRASCA; membro do comitê de assuntos fiscais da International Bar Association.

2. Sócio de Brigagão, Duque-Estrada Advogados; mestrando na Universidade de São Paulo (USP); aluno da pós-graduação do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET/RJ); membro da Comissão Especial de Assuntos Tributários da OAB/RJ; representante nacional da Young International Fiscal Association (YIN/IFA).

O presente artigo tem por finalidade examinar duas das discussões mais frequentes sobre a matéria. A primeira se refere à dedutibilidade do chamado “ágio interno”, especialmente durante a vigência do regime tributário anterior à Lei 12.973/14; a segunda diz respeito à utilização das denominadas “empresas veículo” no âmbito de reestruturações societárias das quais decorre a posterior amortização fiscal do ágio. Ao final do artigo examinaremos o posicionamento atual do Poder Judiciário sobre a matéria, abordando, o recente entendimento fixado pela maioria dos ministros do STF acerca da existência de limites ao planejamento tributário e da correta interpretação do art. 116, parágrafo único, do CTN.

II. BREVE PANORAMA LEGISLATIVO

Em 1977, foi editado o Decreto-Lei (DL) 1.598, que disciplinou o regime jurídico aplicável ao reconhecimento do ágio ou deságio na aquisição de participações societárias.

Nos termos do seu art. 20, o contribuinte que avaliasse investimento pelo valor do patrimônio líquido deveria, quando da aquisição da participação respectiva, reconhecer o ágio (ou deságio) na aquisição, correspondente à diferença entre o custo de aquisição e o valor do patrimônio líquido (art. 20, I). Essa orientação pode ser graficamente ilustrada da seguinte forma:

$$\begin{array}{c} \text{Patrimônio} \\ \text{Líquido} \end{array} + \begin{array}{c} \text{Ágio} \end{array} = \begin{array}{c} \text{Custo de} \\ \text{Aquisição} \end{array}$$

Figura 1 (Fonte: Elaborada pelos autores)

Em sua redação original, o DL 1.598 estabeleceu, ainda, que o lançamento do ágio deveria indicar o seu fundamento econômico (art. 20, § 2º), que poderia consistir em: (i) “valor de mercado dos bens do ativo” (art. 20, § 2º, ‘a’), (ii) “valor da rentabilidade” futura (art. 20, § 2º, ‘b’) ou (iii) outras razões relevantes, como fundo de comércio, intangíveis etc. (art. 20, § 2º, ‘c’).

O conceito de ágio era objetivo na legislação então em vigor. Como observou Bulhões Pedreira, o ágio poderia ser conceituado como o “custo incorrido pela empresa investidora para adquirir a empresa investida, correspondente ao direito de participar em valores que não se acham registrados na escrituração de controlada ou coligada”³, ou seja, de valores que não se encontram refletidos no patrimônio líquido da companhia.

Em 1979, o DL 1.730 alterou a redação do art. 25, do DL 1.598, para estabelecer que as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não seriam computadas na determinação do lucro real, devendo, porém, ser consideradas para a determinação do ganho ou perda de capital quando da alienação ou liquidação do investimento. Na hipótese de incorporação, eventual perda de capital decorrente da baixa do ágio seria dedutível, desde que o acervo líquido da investida fosse avaliado a valores de mercado (art. 34, do DL 1.598/77).

O tratamento da matéria no âmbito do DL 1.598/77 gerava incertezas. Para esclarecer algumas dessas questões, foi editado o Parecer Normativo CST 51, de 1979, que confirmou a possibilidade de amortização do ágio após os eventos de incorporação, fusão ou cisão, nos seguintes termos:

“Procedimentos referentes à apuração de ganhos e perdas de capital, quando a incorporação, fusão ou cisão corresponder à extinção do investimento societário. (...) 7. Perdas de capital (Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 34, item I) 7.1. Quando o valor de acervo líquido é inferior ao valor contábil, ocorre perda de capital que poderá ser computada nos resultados do exercício social corrente. Ou, se assim o contribuinte preferir, ser carregada a conta de ativo diferido, para amortização em até dez anos; a partir do décimo primeiro ano, o saldo eventualmente existente no ativo diferido torna-se indedutível para efeito de determinação do lucro real. 7.2. É importante assinalar, entretanto, que a perda de capital somente será dedutível, na formação do lucro real da pessoa jurídica, se o acervo líquido tiver sido avaliado a preços de mercado.”

3. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto sobre a Renda: Pessoas Jurídicas*. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Justec Editora, 1979, p. 270 e seguintes.

No contexto do Plano Nacional de Desestatização (PND), foi editada a Lei 9.532, de 1997, que deu novo regramento à matéria. Em conformidade com o seu art. 7º, a pessoa jurídica que absorvesse outra em decorrência de incorporação, fusão ou cisão, deveria: (i) registrar o valor do ágio em contrapartida da conta que registre o bem ou direito, na hipótese de ágio fundado no “valor de mercado dos bens do ativo”, (ii) registrar o valor do ágio em contrapartida da conta de ativo permanente, não sujeita a amortização, na hipótese de ágio fundado em outras razões econômicas ou (iii) amortizar, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, o ágio fundado em rentabilidade futura.

A justificativa do projeto de lei que deu origem à Lei 9.532/97 indicava que o novo regramento tinha finalidade eminentemente antielisiva, visando coibir “planejamentos tributários”. Eis o teor da referida justificativa:

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

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

Apesar das cautelas que devem ser adotadas quanto ao teor das justificativas dos projetos de lei, parece-nos evidente que a Lei 9.532/97 não veiculou benefício fiscal de qualquer natureza. Em realidade, apenas estabeleceu novas regras para a dedutibilidade de um custo que, na ausência de norma específica, poderia ser deduzido quando da baixa ou liquidação da participação societária, inclusive em decorrência de um evento de reorganização societária.

Rejeitamos, assim, a ideia de que a Lei 9.532/97 conferiu benefício tributário aos contribuintes. Trata-se, em realidade, de mero regramento legal que disciplinou a forma pela qual o ágio regularmente escriturado poderia ser deduzido na apuração do lucro real. Nesse sentido, citamos a elucidativa opinião de João Francisco Bianco⁴:

“(…) não se pode deixar de reconhecer que o direito à dedução fiscal do ágio não constitui um benefício fiscal, por se tratar de um custo incorrido pelo contribuinte na aquisição do investimento que, na ausência de regra específica, seria dedutível para fins fiscais no momento da baixa ou liquidação da participação societária”

Apesar disso, reconhece o autor que a Lei 9.532/97 inovou favoravelmente aos contribuintes em determinados aspectos, como, por exemplo, ao autorizar a futura dedutibilidade do ágio ainda que a operação fosse realizada a valor contábil.

De certo modo, a virtude da Lei 9.532/97 foi estabelecer um regime mais claro para a amortização do ágio após os eventos de incorporação, fusão ou cisão. Esse regramento poderia conferir alguma segurança jurídica aos investidores no âmbito do PND⁵, em que vultuosas quantias seriam pagas por empresas públicas, com ágio significativo.

Entretanto, não tardou a que as autoridades fazendárias se voltassem contra a amortização do ágio com base em rentabilidade futura expressamente autorizada pela Lei 9.532/97, invocando as mais distintas razões para fundamentar suas pretensões arrecadatórias.

Conquanto os fundamentos dessas autuações variassem conforme o caso concreto, em regra, partia-se da ideia de que o contribuinte havia perpetrado um planejamento tributário abusivo para indevidamente reduzir a sua carga tributária.

4. BIANCO, João Francisco. In: *CONTROVÉRSIAS JURÍDICO-CONTÁBEIS*. Orgs. PINTO, Alexandre Evaristo et al. Capítulo 10. São Paulo: Editora Gen Atlas, 2020, p. 199-214.

5. MUNIZ, Ian; MONTEIRO, Marco. *Tributos federais e o novo padrão contábil: comentários à Lei n. 12.973/14*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. pp. 143-144.

Com efeito, as autuações invocavam argumentos como a imprestabilidade do ágio gerado nas operações realizadas dentro de um mesmo grupo econômico (ágio interno), a necessidade de um suposto “encontro de contas” entre o real investidor e a investida, com a rejeição do “deslocamento” do ágio dentro de um grupo econômico, vedação ao uso de empresas veículo, divergências entre a amortização contábil e fiscal do ágio, exigência de laudo prévio, entre outros.

Em 2007, teve início o processo de adaptação do direito brasileiro ao novo padrão contábil (IFRS), o que foi feito através da edição da Lei 11.638 e, posteriormente, da Lei 11.941/09. Apesar disso, ao menos em teoria, as novas regras contábeis eram neutralizadas pelo Regime Tributário de Transição (RTT), previsto nos arts. 15 a 25, da Lei 11.941/09.

Em 2014, foi editada a Lei 12.973, de 2014, que visou adequar as normas tributárias à nova realidade da ciência contábil. A nova lei inovou ao positivar alguns dos supostos requisitos invocados pela administração fazendária para a dedução do ágio ainda na vigência do regime da lei anterior (Lei 9.532/97), como a necessidade de que a aquisição da participação societária decorresse de transação realizada entre partes “não dependentes” (art. 20, caput, da Lei 12.973/14) e a exigência de laudo formal (art. 22, § 1º, I, da Lei 12.973/14 c/c art. 20, § 3º, do DL 1.598/77, em sua redação atual).

Passadas algumas décadas após as primeiras autuações sobre a matéria, ainda não há certeza sobre afinal quais são os requisitos que deveriam ser observados, sob a égide do regime fiscal anterior à Lei 12.973/14, para a dedutibilidade fiscal do ágio. No regime atual, embora algumas controvérsias persistam, há, ao menos, uma positivação dos requisitos e das vedações jurídicas.

Feitas essas considerações iniciais, passaremos ao exame das duas controvérsias a serem analisadas neste artigo, quais sejam: (i) a dedutibilidade do ágio gerado nas operações entre partes relacionadas no regime anterior à Lei 12.973/14 e (ii) a

utilização das chamadas empresas veículo. Ao final, teceremos considerações sobre a atual tendência jurisprudencial no âmbito do Poder Judiciário.

III. O ÁGIO INTERNO

Como visto, o regime jurídico anterior à Lei 12.973/14 não vedava a dedutibilidade fiscal do ágio eventualmente originado de operações de aquisição de participações societárias realizadas entre partes relacionadas.

Apesar da evolução da ciência contábil no sentido de não reconhecer a figura do ágio gerado em operações entre partes relacionadas⁶, fato é que o Direito Tributário não vedava a escrituração (e posterior amortização) do dito ágio interno. Bastava, para tanto, a demonstração de que o ágio com base em rentabilidade futura havia sido apurado em conformidade com parâmetros de mercado⁷.

Foi apenas com a edição do art. 22, da Lei 12.973/14, que a legislação tributária efetivamente vedou a amortização do ágio na hipótese de aquisição de participação societária entre partes dependentes.

Entretanto, a amortização fiscal do ágio interno sempre foi vista com imensas reservas pela administração fazendária. Na visão da RFB, posteriormente encampada pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), as operações que dão ensejo ao ágio interno seriam artificiais, na medida em que não há partes independentes e sacrifício econômico de recursos por quem adquire a participação societária. Abaixo

6. MOSQUERA, Roberto Quiroga; e FREITAS, Rodrigo. Aspectos Polêmicos do Ágio na Aquisição de Investimento: (i) Rentabilidade Futura (ii) Ágio interno. In MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alessandro Broedel. (org.). In: *CONTROVÉRSIAS JURÍDICO-CONTÁBEIS (APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS)* - 2º volume. São Paulo: Dialética, 2011, pp. 248-280.

7. *Ibidem*, p. 279.

apresentamos um exemplo de operação da qual decorreria a geração de um “ágio interno”:

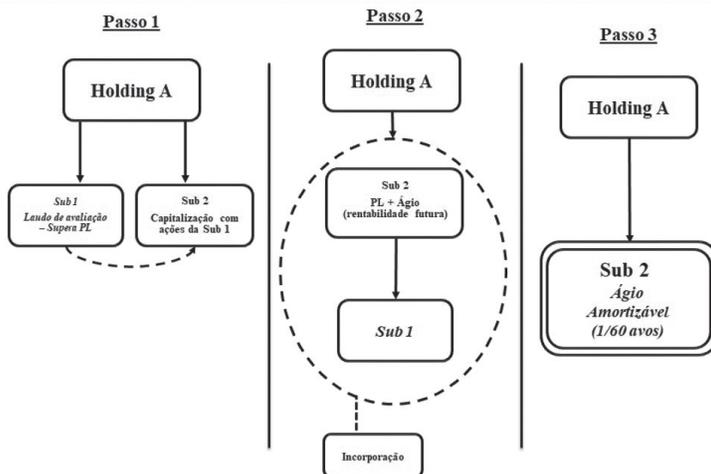


Figura 2 (Fonte: Elaborada pelos autores)

Como exemplo de decisão administrativa contrária à amortização do ágio interno, citamos trecho do seguinte acórdão proferido pela 1ª Turma da CSRF, sob relatoria da Conselheira Cristiane Silva Costa:

“A jurisprudência desta Turma da CSRF, por maioria à qual me filio, adota entendimento pela impossibilidade de dedução de ágio produzido dentro do grupo econômico, em face de sua artificialidade. De fato, a ausência de partes independentes e desembolso por quem adquire impede a dedutibilidade do ágio.” (CSRF, 1ª Turma, acórdão 9101-003.161, processo administrativo 10880.722396/201368, sessão de 04.10.2017)

Esse posicionamento se fundamenta, entre outros argumentos, na suposta artificialidade das operações realizadas entre partes dependentes, que poderiam ser manipuladas para gerar resultados fiscais favoráveis. Além disso, as orientações da ciência contábil eram contrárias ao reconhecimento, como ativo, de um ágio gerado internamente, como determinavam, por exemplo, as Resoluções CFC 1.303/2010 e 1.110/2007. Havia,

ainda, manifestações da CVM acerca da inviabilidade do reconhecimento de “acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios”, como constou do OfícioCircular/CVM/SNC/SEP n° 01/2007.

Apesar das orientações da CVM e das autoridades contábeis, a legislação tributária continuava a elencar como únicos requisitos para a aquisição do direito à dedução fiscal do ágio aqueles previstos no art. 7° da Lei 9.532/1997.

Atendidos os requisitos previstos no citado dispositivo, o ágio seria dedutível para fins tributários, ainda que gerado em operação realizada entre partes dependentes. Tem-se aqui hipótese em que os ditames da ciência contábil não foram incorporados pela legislação tributária, que adotou tratamento diverso e específico para a matéria.

Na seara fiscal, como bem observou Humberto Ávila, a dedutibilidade fiscal do ágio, ainda que gerado entre partes dependentes, seria uma decorrência lógica do próprio conceito de renda, que pressupõe a dedutibilidade das despesas necessárias à manutenção da fonte produtiva⁸. Nessa linha de entendimento, o problema não residiria na prática de atos ou na celebração de negócios jurídicos entre empresas do mesmo grupo econômico⁹, mas na verificação de eventuais vícios relativos a esses atos ou negócios.

Nesse particular, é relevante lembrar que o ordenamento brasileiro adotou a “separate entity doctrine”, segundo a qual cada pessoa jurídica é vista como uma entidade individual, ainda que integre um grupo mais abrangente. Mesmo nas hipóteses em que a legislação societária exige a elaboração de demonstrações consolidadas (arts. 249 e 250, da Lei das Sociedades Anônimas), tem-se que esses demonstrativos são complementares às demonstrações individuais.

8. ÁVILA, Humberto. “Notas sobre o Novo Regime Jurídico do Ágio”. In: *CONTROVÉRSIAS JURÍDICO-CONTÁBEIS (APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTO)*. 5° Volume. Coord. Roberto Quiroga Mosqueira e Aelxsandro Broedel Lopes. São Paulo: Dialética, 2014, pp. 156-157.

9. *Ibidem*, p. 155.

Se cada entidade deve ser vista em sua individualidade, não há inconveniente a que as operações realizadas entre partes dependentes observem os parâmetros aplicáveis àquelas praticadas por partes não relacionadas. Em realidade, o direito brasileiro até mesmo exige essa providência em algumas hipóteses, como, por exemplo, para evitar a distribuição disfarçada de lucros¹⁰ (arts. 60 a 62, do DL 1.598/77).

É, assim, inviável considerar, de forma apriorística, que as operações realizadas entre partes relacionadas serão sempre abusivas ou simuladas. Em realidade, a demonstração da existência de um ato ou negócio simulado ou abusivo deveria restar cabalmente demonstrada nas autuações e jamais ser presumida, especialmente quando a legislação então em vigor autorizava a realização das operações da forma em que perpetradas.

Não obstante, é de se destacar que a CSRF segue firme em seu posicionamento contrário à amortização fiscal do ágio gerado “internamente”, ainda que sob a égide da legislação anterior. Nesse sentido, podemos citar o recente julgado proferido no caso da COPAGAZ:

“AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO. Deve ser mantida a glosa da despesa de amortização de ágio que foi gerado internamente ao grupo econômico, sem qualquer dispêndio, e transferido à pessoa jurídica que foi incorporada.” (CSRF, 1ª Turma, acórdão nº 9101-005.778, processo administrativo 19515.722444/2013-51, sessão de 09.09.2021)

Cogitou-se até mesmo da aprovação de verbete de súmula no CARF com o seguinte teor: “A amortização de ágio gerado internamente ao grupo econômico, sem qualquer dispêndio, não é dedutível na apuração do lucro real”. Felizmente, a proposta foi rejeitada. As autuações mantidas pela CSRF estão, em grande parte, sendo rediscutidas no âmbito do Poder Judiciário. Examinaremos o atual estágio das discussões judiciais na seção final deste artigo.

10. MOSQUERA, Roberto Quiroga; e FREITAS, Rodrigo. Aspectos Polêmicos do Ágio na Aquisição de Investimento: (i) Rentabilidade Futura (ii) Ágio interno. In MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alessandro Broedel. (org.). *CONTROVÉRSIAS JURÍDICO-CONTÁBEIS (APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS)* - 2º volume. São Paulo: Dialética, 2011, pp. 248-280.

No que se refere ao período posterior à edição do art. 22, da Lei 12.973/14, temos situação bastante diversa: atualmente, o direito positivo veda, de forma expressa, a amortização fiscal do ágio na hipótese de aquisição de participações societárias entre partes dependentes.

Essa posição está em linha com os ditames da atual contabilidade. De fato, o Pronunciamento Técnico CPC 15 exige a realização de uma transação entre partes independentes para que se tenha por configurada uma combinação de negócios com registro de ágio.

Apesar disso, notável doutrina sustenta que a vedação legislativa à amortização fiscal do ágio decorrente da aquisição de participação societária entre partes vinculadas violaria o conceito de renda e outros princípios constitucionais¹¹, sendo preferível que o legislador tivesse optado por “separar o *ágio interno artificial* do *ágio interno legítimo*”¹².

Ainda que censurável, a Lei 12.973/14 ao menos avançou em termos de previsibilidade, ao expressamente elencar uma vedação que antes era construída pela tortuosa via interpretativa fazendária, sem qualquer base legal.

Por fim, vale reforçar que a Lei 12.973/14, ao inaugurar a vedação ao aproveitamento do ágio nas operações entre partes dependentes, não introduziu norma interpretativa de qualquer natureza.

Apesar da sua exposição de motivos indicar que a nova lei teria apenas “esclarecido” que a dedutibilidade do *goodwill* só seria admitida nos casos em que a aquisição ocorrer entre empresas independentes, é evidente que o novo regramento legal não pode ser invocado para solucionar casos referentes

11. ÁVILA, Humberto. “Notas sobre o Novo Regime Jurídico do Ágio”. In: *CONTRÓVERSIAS JURÍDICO-CONTÁBEIS (APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTO)*. 5º Volume. Coord. Roberto Quiroga Mosqueira e Aelxsandro Broedel Lopes. São Paulo: Dialética, 2014, pp. 156-157.

12. SANTOS, Ramon Tomazela. *Ágio na Lei 12.973/2014 – Aspectos Tributários e Contábeis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 182.

a fatos geradores ocorridos sob a vigência da lei anterior, sob pena de afronta à irretroatividade da lei tributária.

IV. UTILIZAÇÃO DE EMPRESAS VEÍCULO

É digno de nota que não há uma definição legal acerca do conteúdo jurídico da expressão “empresa veículo”¹³. Em realidade, toda pessoa jurídica é uma ficção e, em certa medida, um veículo utilizado para determinado fim.

De todo modo, por empresa veículo, costuma-se designar determina pessoa jurídica cuja existência foi efêmera. Essas pessoas jurídicas podem ser utilizadas para finalidades bem diversas no que concerne ao aproveitamento e/ou transferência fiscal do ágio.

Em primeiro lugar, a empresa veículo poderia ser constituída no país por um não residente para adquirir, de terceiros, investimento em uma sociedade brasileira, evitando-se que o estrangeiro participasse, de forma direta, da pessoa jurídica investida. Posteriormente, poderia ocorrer a incorporação “reversa” da empresa veículo pela investida, como plenamente autorizado pelo art. 8º, ‘b’, da Lei 9.532/97. Essa estrutura pode ser assim exemplificada:

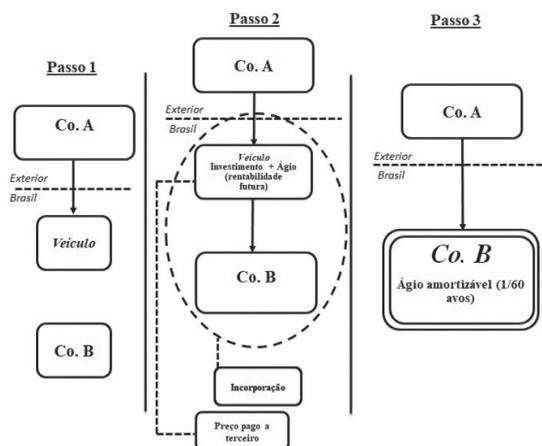


Figura 3 (Fonte: Elaborada pelos autores)

13. Ibidem, p. 227.

O ágio gerado nesse exemplo teria sido efetivamente pago quando da aquisição do investimento junto a terceiros. A empresa veículo cumpre papel breve, porém relevante: facilitar a aquisição local da participação societária por um investidor não residente. Posteriormente, a sua incorporação viabiliza o aproveitamento do ágio regularmente pago. Usualmente, a empresa veículo era incorporada pela operacional (no exemplo, a “Co. B”), na medida em que essa operação era substancialmente mais simples. Afinal, os ativos operacionais estavam alocados na “Co. B”.

Em outro exemplo, a empresa veículo pode ser utilizada como instrumento para transferência do ágio entre pessoas jurídicas dentro de um mesmo grupo econômico. Nessa hipótese, o investimento era transferido para a empresa veículo com a posterior realização de uma incorporação reversa (a investida incorporava a nova investidora direta, isto é, a empresa veículo). Com isso, a investida amortizava fiscalmente o ágio que havia sido anteriormente transferido para a empresa veículo.

Ambas as estruturas acima descritas foram muito utilizadas no contexto das privatizações, quando óbices de cunho não-tributário impediam que a pessoa jurídica que inicialmente adquiriu o investimento pudesse incorporar a investida (ou vice-versa). Com a utilização da empresa veículo, o aproveitamento do ágio era viabilizado, sem qualquer afronta à legislação em vigor.

Como não havia geração de ágio novo, mas mera ‘movimentação’ do ágio apurado quando da aquisição do investimento, o CARF proferiu algumas decisões favoráveis aos contribuintes, como nos autos do processo administrativo 18471.000999/2005-29, de interesse da TELE NORTE LESTE PARTICIPACOES S.A.:

“No contexto do programa de privatização das empresas de telecomunicações, regrado pelas Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto nº 2.546/97, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado

aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.” (CARF, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária da Primeira Seção, acórdão 1301-000.711, processo administrativo 18471.000999/2005-29, sessão 19.10.2011)

Nesse julgado, concluiu-se que a empresa veículo não tinha sido utilizada para a geração de qualquer ágio novo (de fato, o ágio havia sido regularmente pago quando da aquisição da empresa pública), mas apenas utilizada no contexto de uma reorganização societária.

Apesar disso, em caso similar àquele acima mencionado, agora de interesse da TIM S.A., a CSRF⁷ entendeu que a operação teria sido abusiva, entre outros elementos, em razão da utilização de uma empresa veículo alegadamente “efêmera, artificial” que teria sido criada “deliberadamente para transportar o ágio relativo à aquisição” da participação societária (CSRF, 1ª Turma, acórdão 9101003.344, processo administrativo 10880.721767/201041, sessão 17.01.2018).

Essa decisão merece críticas, na medida em que ignora a circunstância de que a dedutibilidade do ágio, mormente quando regularmente pago, é um direito do contribuinte. Inexistente qualquer vedação legal a que o ágio fosse amortizado na pessoa jurídica operacional, após a extinção da empresa veículo, tem-se que a reestruturação deveria ter os seus efeitos fiscais preservados.

Além das hipóteses acima, a empresa veículo também poderia ser utilizada no contexto de operações intragrupo para a geração de ágio interno. Para entender essa operação, basta voltar à figura 2, constante da seção anterior deste artigo, e adicionarmos a premissa de que, no exemplo citado, a “sub 2” teria sido constituída exclusivamente para a realização do planejamento em questão. Nesse caso, a “sub 2” atuaria como um “veículo” de vida efêmera para a geração do ágio interno.

Parece-nos relevante segregar as situações em que houve incontestável pagamento do ágio (como no contexto das

privatizações), hipótese em que a empresa veículo, quando muito, apenas facilita a amortização do ágio, daquelas situações em que a empresa veículo é utilizada como instrumento para a geração do ágio interno.

No primeiro caso, sequer seria cabível discutir simulação ou abuso de qualquer natureza. Afinal, o investidor efetivamente pagou o ágio respectivo e apenas deseja amortizá-lo, na forma autorizada pela legislação tributária. Quanto à segunda hipótese, fazemos referência aos comentários formulados em relação ao ágio interno: a simulação ou abuso não devem ser presumidos, mas, antes, comprovados pela administração fazendária.

É de se notar, por fim, que a utilização de empresas veículo não foi proibida pelo legislador quando da edição da Lei 12.973/14, diversamente do que ocorreu relativamente ao ágio interno. É possível sustentar que essa divergência de tratamento apenas evidencia a licitude da utilização desse instrumento no âmbito de planejamentos tributários¹⁴.

V. PERSPECTIVAS DO ÁGIO NO JUDICIÁRIO

Se a jurisprudência administrativa caminhou em sentido contrário ao contribuinte nas controvérsias que envolvem o ágio interno ou a utilização de empresas veículo, o mesmo não ocorre na esfera judicial: em 2020, estimou-se que há verdadeiro equilíbrio entre o número de decisões favoráveis e contrárias aos contribuintes, inclusive nos temas mais polêmicos, como o ágio interno¹⁵.

Merece especial destaque o recente julgamento realizado pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região (TRF-4), em que a reestruturação societária realizada pelo grupo Gerdau foi

14. SANTOS, Ramon Tomazela. *Ágio na Lei 12.973/2014 – Aspectos Tributários e Contábeis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 232.

15. Valor Econômico. Placar sobre ágio no judiciário é favorável aos contribuintes. Disponível em < <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/07/14/placar-sobre-agio-no-judiciario-e-favoravel-aos-contribuintes.ghtml> >. Acesso em 17.nov 2021.

reputada plenamente lícita, com direito ao aproveitamento do ágio respectivo, ainda que as operações tivessem sido realizadas entre partes relacionadas. Citamos abaixo a ementa do julgado:

“1. A pessoa jurídica, antes da vigência da Lei n. 12.973/14, que absorver patrimônio de outra em virtude de incorporação ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, baseado em rentabilidade futura, ainda que o aumento do capital social que deu origem ao ágio tenha sido integralizado com ações de sociedade integrante do mesmo grupo econômico, juntamente com capital de terceiros, poderá amortizá-lo na forma prevista no art. 7º, III, da Lei n. 9.532/97.

2. O capital social pode ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer outra espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro.

3. A interpretação fundada na substância econômica das operações de reorganização societária não autoriza que a autoridade administrativa transforme atos jurídicos perfeitos em imperfeitos na ótica exclusivamente tributária com o escopo de encaixá-los em uma tributação mais favorável aos interesses fazendários, violando a autonomia da vontade, a liberdade econômica, a proteção da confiança, a segurança jurídica e o princípio da legalidade.

4. A adoção de regras contábeis não pode se sobrepor às regras jurídicas que disciplinavam o ágio gerado na reorganização societária sem qualquer distinção em relação a empresas do mesmo grupo econômico.” (TRF-4 5058075-42.2017.4.04.7100, SEGUNDA TURMA, Relator ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA ÁVILA, juntado aos autos em 09/04/2021) (grifos nossos)

A decisão é ilustrativa do posicionamento defendido neste artigo: observados os requisitos da legislação em vigor (e inexistente qualquer indício de abuso ou simulação), a operação entre partes relacionadas deve produzir todos os efeitos esperados, inclusive na seara tributária. Ademais, as regras contábeis, por si só, não têm o poder de alterar o tratamento de uma matéria que foi regulada, de forma específica, pelo Direito Tributário.

Esperamos que esse julgamento, por sua precisão jurídica, sirva de guia para os tribunais, inclusive superiores, que examinarão essas controvérsias no futuro próximo.

Destacamos, porém, que os desafios não são pequenos para os contribuintes. Não raramente, as controvérsias afeitas ao ágio interno (e os limites do planejamento tributário) são acriticamente transportadas para o julgamento de casos em que houve inegável pagamento do preço pela aquisição da participação societária, como no contexto das privatizações.

A título ilustrativo, podemos citar o processo de embargos à execução 5043898-42.2019.4.02.5101/RJ, atualmente em segunda instância (TRF-2), no qual a sentença de primeiro grau consignou que o ágio objeto da controvérsia seria “interno, artificial, sem substrato econômico ou finalidade comercial comprovadas (...)” (trecho extraído da sentença datada de 25.05.2021). Essa conclusão foi alcançada apesar da comprovação cabal, inclusive por meio de laudo pericial, de que houve regular pagamento do preço (não se tratando, portanto, de ágio interno).

Nesse caso, a única discussão relevante nos autos deveria se voltar para a utilização de empresa veículo na “movimentação” do ágio. Em outros termos, a sentença entendeu tratar-se de ágio interno quando, em realidade, o foco da discussão era diverso.

A dificuldade no entendimento dos fatos e do direito aplicável pode levar a outros desafios processuais, como a alegação de que os tribunais superiores não poderiam reexaminar os processos que tratam de ágio por envolverem supostas questões fáticas.

Para exemplificar, vale citar a decisão monocrática proferida pela Min. Regina Helena Costa, nos autos do REsp 1.583.275-SC, em que o contribuinte DASS LTDA recorria de decisão da primeira turma, do TRF-4. Transcrevemos abaixo breve trecho da ementa da decisão proferida pelo TRF-4:

“A utilização de empresa veículo vinculada ao grupo econômico em uma sequência de operações de aquisições e cisões, com aparência de regulares, mas visando efeito diverso do demonstrado (qual seja, criação de ágio interno para amortização com IRPJ e CLSS), denota simulação. O dolo específico de fraude/simulação

na conduta autoriza a incidência da multa qualificada, nos termos do art. artigo 44 inciso I, c/c § 1º da Lei n.º 9.430/96.”

Em seu recurso, o contribuinte objetivava “rever o entendimento do Tribunal de origem, com o objetivo de acolher a pretensão recursal acerca da não ocorrência de dolo específico de fraude/simulação”, com o afastamento da multa qualificada.

Na ocasião, entendeu a Min. Regina Helena Costa que o exame da matéria pelo STJ seria inviável, por demandar o “necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 07 desta Corte” (RE 1.583.275-SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, decisão monocrática, DJ 25.05.2016).

Esse julgado foi inadvertidamente citado como fundamento para uma sentença proferida pela 8ª Vara de Execução Fiscal do Rio de Janeiro (embargos à execução fiscal 0067969-33.2018.4.02.5101/RJ), quando, em realidade, sequer houve exame do mérito pelo STJ.

A situação acima descrita gera duas preocupações: (i) a falsa percepção de que há uma orientação jurídica do STJ sobre o tema, quando, em realidade, o tribunal sequer examinou a matéria (ágio interno) de forma efetiva e (ii) o desafio para que recursos aos tribunais superiores venham a ser regularmente processados e examinados sem esbarrar em óbices como a Súmula 7 do STJ (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”).

Como é notório, na grande maioria dos casos que envolvem o aproveitamento de ágio, todas as provas estão pré-constituídas e a discussão é exclusivamente jurídica, qual seja, a materialização dos requisitos para que se possa desconsiderar os efeitos fiscais de atos ou operações lícitos, porém reputados abusivos ou simulados pela administração fazendária.

Ainda no âmbito do STJ, é relevante mencionar que o tribunal terá a oportunidade de examinar o tema do ágio interno nos autos do REsp 1.808.639/SP, interposto por Viação Cometa

S.A., contra decisão lavrada pela 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3).

VI. ADI 2.446 E O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO NO STF

Por fim, é relevante tecer considerações mais abrangentes sobre o futuro do planejamento tributário no STF. Afinal, a jurisprudência da Suprema Corte orienta toda a atividade judicante no país.

Nesse particular, lembramos que, desde 2001, aguarda-se a regulamentação do parágrafo único, do art. 116, do CTN, que estabelece que as autoridades administrativas podem “desconsiderar atos ou negócios jurídicos” que tenham por finalidade dissimular a ocorrência do fato gerador. O dispositivo, porém, exige a observância de “procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”, norma essa que jamais foi editada.

Nos autos da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) 2.446, a Confederação Nacional do Comércio (CNC) sustentou, essencialmente, que o dispositivo em comento seria inconstitucional, ante a impossibilidade de tributação de atos ou negócios não tipificados em lei por violação do princípio da legalidade da tributação.

Desde a introdução do parágrafo único, do art. 116, do CTN, no ordenamento jurídico brasileiro, debate-se a sua natureza jurídica e alcance. Para uma primeira corrente, trata-se de norma geral antielisão, que permite às autoridades fiscais lançarem tributos pelo recurso à analogia, sempre que identifiquem a existência de uma motivação exclusiva ou preponderantemente fiscal para a escolha da prática de um ato ou negócio jurídico não tributável.

A outra corrente, porém, enxerga um caráter bem mais restrito, de norma anti-simulação, que conferiria ao Fisco o direito de declarar unilateralmente a inoponibilidade dos atos ou negócios praticados pelos contribuintes, quando

comprovado que sua prática foi engendrada com a finalidade de mascarar a ocorrência do fato gerador¹⁶.

Mesmo tendo eficácia contida – já que a sua aplicação dependeria de lei ordinária que estabelecesse os procedimentos para a desconsideração –, o certo é que, na esteira da sua edição, foram lavradas inúmeras autuações fiscais assentes nas doutrinas estrangeiras que fundamentam as normas gerais antielisivas, de que são exemplo a fraude à lei e o abuso de direito, inclusive em casos que tratavam da amortização fiscal do ágio.

Assim, operações lícitas, livremente escolhidas pelas partes, efetivamente praticadas e empresarialmente motivadas com a intenção de economia fiscal foram autuadas como simuladas e fraudulentas.

Foi, portanto, diante desse clima de insegurança jurídica que a ADI 2.446 foi ajuizada. A sua fundamentação estava, essencialmente, na impossibilidade de tributação de atos ou negócios não tipificados em lei por violação do princípio da legalidade da tributação.

Nos autos da ADI 2.446, a ministra relatora, Cármen Lúcia, firmou em seu voto o entendimento de que a norma em questão não violaria a legalidade tributária, pela simples razão de que nela não se pode enxergar uma permissão – que seria inconstitucional – de se tributar, por analogia, algo não previsto em lei como fato gerador de uma obrigação tributária.

Em sua visão, a denominação “norma antielisão” é inapropriada, cuidando o dispositivo de norma de combate à evasão fiscal, quando o contribuinte atua de forma a ocultar fato gerador materializado para deixar de pagar a obrigação tributária devida.

Os ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Gilmar Mendes e Luiz Fux acompanharam o voto da relatora. O ministro Ricardo Lewandowski abriu divergência, sustentando

16. XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001.

a inconstitucionalidade da norma, no que foi acompanhado pelo ministro Alexandre de Moraes. O processo está com vistas para o ministro Dias Toffoli, faltando seu voto e os dos ministros Luís Roberto Barroso e Rosa Weber.

A divergência inaugurada pelo ministro Lewandowski não está, porém, na interpretação da natureza e alcance da norma. Muito pelo contrário. O seu voto também afirma, de forma incisiva, que o objetivo do legislador não foi impossibilitar o planejamento tributário, prática comum nas atividades empresariais, com a finalidade de buscar o caminho menos oneroso de tributos para os contribuintes, mas permitir que a autoridade administrativa desconstitua atos e negócios jurídicos nos quais forem usados artifícios juridicamente ilegítimos para burlar a ordem tributária, evadindo-se o contribuinte da ocorrência de fato gerador que deveria constituir a obrigação tributária.

A divergência está na questão da reserva de jurisdição. No entendimento do ministro Lewandowski a decisão pela desconsideração aludida no parágrafo único do art. 116 do CTN deveria caber sempre a um magistrado togado, considerado o princípio da reserva de jurisdição, o qual, ao fim e ao cabo, se destina a resguardar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Daí o voto pela inconstitucionalidade da norma.

Seja qual for a direção que o STF tomar acerca da indispensabilidade, ou não, da intervenção do Poder Judiciário para fins de desconsideração de atos e negócios jurídicos, o certo é que sete votos convergiram no sentido de que o parágrafo único do art. 116 do CTN não tem o alcance originariamente pretendido pelo Fisco de norma geral antielisão, não servindo de base legal para a exigência de tributos sobre atos ou negócios jurídicos fiscalmente menos onerosos, praticados com a intenção de economizar impostos, mesmo que tenha sido essa a única razão para sua escolha.

Esse entendimento poderá impactar positivamente o futuro do ágio nos tribunais, na medida em que muitas das autuações tenham por fundamento o controverso dispositivo

acima comentado. Seguindo-se o entendimento adotado pela maioria dos ministros do STF, não há como se presumir abuso, simulação ou ilicitude em planejamentos tributários, devendo, antes, ser comprovado o intuito de fraude e evasão fiscal.

VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, buscamos explorar o histórico do tratamento fiscal do ágio no ordenamento brasileiro, com a demonstração de que se trata de mera parcela integrante do custo de aquisição de uma participação societária, cuja dedutibilidade foi assegurada quando da extinção do investimento, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão.

No regime anterior à Lei 12.973/14, não havia qualquer vedação ao registro e posterior amortização do ágio em operações realizadas entre partes dependentes (“ágio interno”), do que decorre a conclusão de que essas operações seriam lícitas e deveriam ser os seus efeitos fiscais preservados, salvo se comprovado efetivo vício relativo aos atos e/ou negócios jurídicos correlatos.

Quanto à utilização das empresas veículo, tem-se que, em inúmeros casos, especialmente no contexto das privatizações, esses instrumentos não eram sequer utilizados para a geração de ágio novo, mas com o simples intuito de permitir a amortização fiscal do ágio, um direito do investidor assegurado pela lei brasileira.

Se a jurisprudência administrativa se formou em sentido majoritariamente contrário aos contribuintes nas controvérsias que envolvem o uso de ágio interno ou empresas veículo, o panorama no judiciário é diverso. Há um número relevante de decisões favoráveis aos contribuintes, algumas delas de profundo rigor técnico-jurídico, como aquela proferida pelo TRF-4 no caso da GERDAU (TRF-4 5058075-42.2017.4.04.7100, SEGUNDA TURMA, Relator ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA ÁVILA, juntado aos autos em 09/04/2021).

Esse entendimento, consentâneo com o princípio da legalidade da tributação, é o mesmo adotado pelo STF, que formou maioria contra uma interpretação aberta do parágrafo único, do art. 116, do CTN. Para a maioria dos ministros julgadores, não há qualquer carta branca concedida ao fisco para desconsiderar planejamentos tributários por mero capricho fazendário.

Esperamos, assim, que a resolução das controvérsias judiciais em torno do ágio, agora submetidas ao judiciário, caminhe no sentido de prestigiar a legalidade, a segurança jurídica e o respeito à liberdade dos contribuintes.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Notas sobre o Novo Regime Jurídico do Ágio. In: *CONTROVÉRSIAS JURÍDICO-CONTÁBEIS (APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTO)*. 5º Volume. Coord. Roberto Quiroga Mosqueira e Aelxsandro Broedel Lopes. São Paulo: Dialética, 2014, pp. 156-157.

BIANCO, João Francisco. Ainda o ágio pago na aquisição de investimento. In: *CONTROVÉRSIAS JURÍDICO-CONTÁBEIS*. Orgs. PINTO, Alexandre Evaristo et al. Capítulo 10. São Paulo: Editora Gen Atlas, 2020, p. 199-214.

MOSQUERA, Roberto Quiroga; e FREITAS, Rodrigo. Aspectos Polêmicos do Ágio na Aquisição de Investimento: (i) Rentabilidade Futura (ii) Ágio interno. In MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Aelxsandro Broedel. (org.). *CONTROVÉRSIAS JURÍDICO-CONTÁBEIS (APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS)* - 2º volume. São Paulo: Dialética, 2011, pp. 248-280.

MUNIZ, Ian; MONTEIRO, Marco. *Tributos federais e o novo padrão contábil: comentários à Lei n. 12.973/14*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. pp. 143-144.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto sobre a Renda: Pessoas Jurídicas*. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Justec Editora, 1979, p. 270 e seguintes.

SANTOS, Ramon Tomazela. *Ágio na Lei 12.973/2014 – Aspectos Tributários e Contábeis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 182.

XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001.