



A AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO À LUZ DA DOCTRINA DA SUBSTÂNCIA ECONÔMICA

André Mendes Moreira*
Eduardo Campos**

Resumo: O presente capítulo busca analisar, de forma crítica, o problema da amortização fiscal do ágio à luz da doutrina da substância econômica, visando estabelecer uma direção interpretativa e reflexiva sobre as consequências da utilização deste conceito no exame dos casos que envolvem o chamado “ágio interno”. Foi possível concluir que o critério da substância econômica, em suas vertentes objetiva (substância sobre a forma) e subjetiva (propósito negocial), pode ser utilizado como forma de interpretação da lei, mas não como teste geral antielisão, não decorrendo de sua utilização a descaracterização de todo tipo de operação envolvendo as chamadas “empresas-veículo” para fins de aproveitamento fiscal do ágio.

Abstract: *This chapter seeks to critically analyse the problem of tax amortization of goodwill in the light of the economic substance doctrine to establish an interpretative and reflective direction on the consequences of using this concept in the examination of cases involving the so-called "internal goodwill". It was concluded that the criterion of economic substance, in its objective aspects (substance over form) and subjective (business purpose), can be used to interpret the law, but not as a general anti-avoidance test, not deriving from its use the mischaracterization of all kinds of operation involving an intermediary company for the purpose of tax deduction of goodwill amortization.*

* Professor adjunto de Direito Tributário na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Doutor em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo (USP), Mestre em Direito Tributário pela UFMG e advogado.

** Doutorando em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas) e advogado.

SUMÁRIO

- 1. INTRODUÇÃO**
- 2. O ÁGIO EM SEU SENTIDO JURÍDICO E EM SEU SENTIDO CONTÁBIL**
- 3. A (IN)VALIDADE DO “ÁGIO INTERNO” E A SUBSTÂNCIA ECONÔMICA**
- 4. CONCLUSÕES**
- 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1. INTRODUÇÃO

O problema da amortização fiscal do ágio adquiriu, no Brasil, relevo de proporções bastante significativas. Autuações cobrando vultosos créditos tributários chegaram ao CARF nos últimos anos com grande destaque e o mesmo já ocorre no Poder Judiciário.

Os problemas se devem, em grande parte, a interpretações conflitantes entre contribuintes e Fisco acerca dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, combinados com o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977. Diversas operações realizadas com base nesses dispositivos, com seus respectivos efeitos fiscais, foram questionadas pelo Fisco, que tem lavrado autos de infração pautados na acusação de que os contribuintes se valeram da legislação em questão para realizar operações completamente desprovidas de substância econômica, aproveitando-se dos seus efeitos tributários de forma imprópria. Já os contribuintes sustentam que o Fisco tem feito exigências extralegais em relação ao ágio e que suas operações se subsomem perfeitamente ao disposto na lei. Muitas operações envolveram a constituição de empresas que agiram como intermediárias (empresas-veículo) nessas transações, seja na própria geração ou na transferência do ágio objeto da amortização.

O contencioso instaurado não foi apaziguado com o advento da Lei nº 12.973/2014, que dispôs de forma mais detalhada sobre a apuração e a amortização do *goodwill* para fins fiscais. Isso porque, além de possuir uma *vacatio legis* que impede sua aplicação para as aquisições de participações societárias feitas antes de 31 de dezembro de 2014¹, o Fisco vem argumentando que a lei traz disposições meramente interpretativas – e, portanto, retroativas – sobre uma das questões importantes relacionadas à problemática do ágio, a ser tratada mais adiante: o problema do chamado “ágio interno”.

No CARF, muitos julgamentos têm utilizado o critério da “substância econômica” como forma de distinguir os ágios gerados lícita ou ilícitamente, principalmente nos casos envolvendo empresas-veículo. O objetivo deste artigo é analisar criticamente a forma como isso tem sido feito, principalmente diante da independência conceitual-normativa entre o ágio em seu tratamento contábil e o ágio em sua concepção jurídica, sendo necessário esclarecer as diferenças existentes entre o ágio jurídico e o ágio contábil.

2. O ÁGIO EM SEU SENTIDO JURÍDICO E EM SEU SENTIDO CONTÁBIL

O conceito de ágio designa, de maneira geral, a diferença entre o valor de aquisição de um bem e o seu valor nominal previamente determinado. Seu uso histórico é muito variado, designando desde a diferença entre o valor das moedas feudais e o metal de sua constituição (C.f. SANDRONI, 1999), passando pelos juros que eram cobrados por mercadores sobre as letras de câmbio medievais (C.f. MARTINS e IUDÍCIBUS In: MOSQUERA e LOPES, 2013) até o valor pago além do preço mínimo fixado em leilões. No Brasil, o termo ganhou notoriedade na década de 1980, em razão do Plano Cruzado, quando adotou-se a política de tabelamento de preços, sendo comum a venda de produtos com “ágio” no “mercado paralelo”.

Contudo, no Direito Tributário, o conceito só ganhou relevo a partir da entrada em vigor da Lei nº 6.404/1976 e do Decreto-lei nº 1.598/1977². Isso porque o art. 183 da referida lei ordena a avaliação dos investimentos em participação no capital social de outras sociedades pelo valor de custo, excetuando, contudo, os investimentos relevantes em sociedades controladas e coligadas, que deveriam, de acordo com o art. 248, ser avaliados pelo Método da Equivalência Patrimonial – MEP. Ocorre que a lei não

¹ Ademais, as operações de incorporação, fusão e cisão devem ocorrer até 31 de dezembro de 2017, nos termos do art. 65 da Lei nº 12.973/2014.

² Antes, o termo “deságio” é que aparecia na legislação do imposto sobre a renda com maior destaque. A Lei nº 4.506/1964 previa a não equiparação a juros, para efeito de tributação, do deságio concedido por pessoa jurídica na venda ou colocação de debêntures, letras de câmbio ou outros títulos de crédito, para os exercícios de 1965 e 1966.

determinou a forma de contabilização do valor excedente ao de patrimônio líquido quando o custo de aquisição da participação societária fosse superior. Conforme explica SCHOUERI (2012), isso não representaria exatamente um problema, já que, no silêncio da lei, caberia à ciência contábil determinar qual seria a forma de contabilização desse “excedente”, refletindo no resultado do exercício e influenciando, por essa via, a tributação. No entanto, para fins de controle fiscal, o legislador do Decreto-lei nº 1.598/77 optou por suprir a lacuna ao determinar que, nos casos em que o contribuinte avaliasse investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor do patrimônio líquido – isto é, na forma do art. 248 da Lei nº 6.404/76 –, deveria ele desdobrar o custo de aquisição em duas classificações, a serem registradas em subcontas distintas: o *valor de patrimônio líquido*, *i.e.*, o valor decorrente da avaliação da participação societária conforme o MEP, e o *ágio ou deságio*, que seria a diferença a maior ou a menor, respectivamente, entre o custo de aquisição e aquele valor.

Ressalte-se que o referido desdobramento do custo de aquisição não era opcional, constituindo uma verdadeira obrigação acessória do contribuinte. Além disso, o Decreto-lei nº 1.598/77 também determinou que o registro do ágio ou deságio indicasse o seu fundamento econômico, dentre três opções taxativamente elencadas na lei: a) o valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; b) o valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; e c) o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. Contudo, limitou essa justificativa econômica a três opções distintas. Acreditamos, ainda, que essas opções eram alternativas, concorrentes e não cumulativas e complementares. Isso porque, o legislador utilizou a expressão a seguir destacada:

§ 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.

O uso da expressão “dentre os seguintes”, no plural, e “seu fundamento econômico”, no singular, só pode indicar que o excedente pago sobre o valor de patrimônio líquido pode ter apenas uma justificativa econômica dentre as três opções possíveis enumeradas pela lei. A eleição de um único fundamento econômico acabou por dificultar a mensuração do ágio para fins contábeis, pois muitas vezes o preço pago acima do patrimônio líquido era justificado por mais de uma razão, o que levou os cientistas contábeis a defenderem, muitas vezes, que estes fundamentos poderiam ser cumulativos (C.f. MARTINS, In: MOSQUERA e LOPES, 2012, pp. 58-59). No entanto, a própria Receita Federal, por meio da Solução de Consulta COSIT nº 03/2016 afirmou que “a legislação não determina uma ordem a ser seguida, mas a interpretação literal do texto legal permite concluir que esses três fundamentos não são sobrepostos entre si, ao contrário, são excludentes entre si”.

Sendo assim, para fins jurídicos, após a edição do Decreto nº 1.598/77 o ágio passou a designar a diferença financeira entre o valor de aquisição da participação societária e o seu valor de equivalência patrimonial, diferença essa fundamentada no valor de mercado de bens do ativo superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, no valor de rentabilidade futura ou no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Portanto, ao assim agir, o legislador fez a opção por adotar um conceito jurídico de ágio distinto do seu sentido na contabilidade. É fato, contudo, que, no contexto de consolidação da contabilidade pátria,

as normas de caráter fiscal exerceram enorme influência sobre a elaboração dos balanços contábeis³, motivo pelo qual a própria instrução CVM nº 01/1978 conceituou o ágio ou deságio como “[...] diferença para mais ou para menos, respectivamente, entre o custo de aquisição do investimento e a equivalência patrimonial”⁴.

No entanto, conforme lecionam MARTINS e IUDÍCIBUS (In: MOSQUERA e LOPES, 2011, p. 78), a teoria contábil conceituava historicamente o ágio como apenas o *goodwill*, isto é, a diferença positiva entre o preço dos ativos da empresa, isoladamente considerados, e o valor de mercado da companhia, como entidade única em operação. Sendo o Fisco o principal usuário da informação contábil até recentemente, a contabilidade regulamentada acabou por distanciar-se da teoria contábil, aproximando-se do conceito jurídico de ágio e incorporando a ele os outros fundamentos econômicos previstos na legislação tributária. Isso não significa, contudo, que o Direito se tornou dependente dos critérios contábeis de reconhecimento do ágio, mas sim, de certo modo, o contrário.

Tal cenário só viria a ter fim com a edição da Lei nº 11.638/07, que estabeleceu a convergência dos padrões contábeis internacionais com a contabilidade brasileira. A partir daí, o Comitê de Pronunciamentos Contábeis, por meio do pronunciamento de nº 15, aprovado pela CVM⁵, passou a reconhecer apenas o ágio com fundamento econômico na expectativa de rentabilidade futura, o *goodwill*, definindo-o como a diferença entre o valor pago pela aquisição do investimento e o montante líquido do *valor justo* dos ativos individualmente considerados, isto é, entre o custo de aquisição e “o preço que seria recebido pela venda de um ativo ou que seria pago pela transferência de um passivo em uma transação não forçada entre participantes do mercado na data de mensuração.” (CPC nº 46). Em suma, o ágio contábil tornou-se o valor residual decorrente da diferença de valor da empresa como um todo em marcha e o preço de mercado de seus ativos se isoladamente considerados. Além disso, a partir da edição do CPC nº 15, deixou a contabilidade societária de reconhecer a possibilidade de mensuração do ágio gerado em operações intragrupos, excluindo a aplicação do pronunciamento na combinação de negócios de entidades ou negócios sob controle comum.

Tal mudança, imediatamente adotada pela contabilidade, não surtiu efeitos tributários, sendo que a convergência entre os novos conceitos jurídicos e contábeis de “ágio” só ocorreu com a edição da Medida Provisória nº 627/2013 e sua subsequente conversão na Lei nº 12.973/1914. Modificando o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, a nova legislação também passou a reconhecer somente o ágio justificado pela expectativa de rentabilidade, adotando a nomenclatura *goodwill* e definindo-o como a diferença entre o custo de aquisição e o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da participação adquirida. A diferença entre este valor e o valor patrimonial, por sua vez, passou a receber a denominação “mais ou menos-valia”.

³ Conforme leciona FONSECA: “A despeito da expressa previsão da separação de resultados, a realidade brasileira mostra que os dispositivos não atingiram o propósito para o qual foram concebidos. O Fisco continuou a ser o principal usuário da informação contábil e não parou de vincular a ocorrência de determinados efeitos tributários a uma escrituração determinada, ainda que contrária aos princípios de contabilidade. [...] Portanto, o cenário normativo brasileiro até a edição da Lei nº 11.638/07 era de: (i) previsão expressa de que o resultado societário devesse ser apurado de acordo apenas com normas contábeis; (ii) determinação de que os ajustes tributários fossem realizados em registros auxiliares. Na prática, dado o protagonismo da RFB enquanto usuária da informação contábil, era comum que se verificasse a existência de normas tributárias que previassem uma determinada forma de contabilização, ainda que essa determinação contrariasse os princípios contábeis. Ou seja, ajustes tributários – auxiliares por definição – sobre os registros permanentes (2014, pp. 43-44).”

E, a respeito especificamente do ágio, continua: “[...] a despeito da existência de uma definição do que seja ágio para fins contábeis, é forçoso concluir que o legislador, ao positivar o conceito, havia imposto contornos bem definidos, criando um conceito legal absolutamente autônomo. Em resumo: ágio para a contabilidade era uma coisa e para o direito tributário era outra diversa. Contudo, é inegável que essa diferença jamais havia sido tida por relevante. Na verdade, a sua irrelevância decorria de seu desconhecimento. **Dada a já discutida influência das normas tributárias sobre a contabilidade, entendia-se, inclusive para fins contábeis, que o conceito de ágio era aquele trazido pelo Decreto-lei nº 1.598/1977. Assim, o ágio contábil era o mesmo ágio previsto na legislação tributária.**” (*Ibidem*, p. 114, destacamos)

⁴ Também o Manual de Contabilidade da FIPECAFI, importante referência na área, assim o conceituava: “O conceito de ágio ou deságio, aqui, não é o da diferença entre o valor pago pelas ações e seu valor nominal, mas a diferença entre o valor pago e o valor patrimonial das ações” (IUDÍCIBUS et al., 2007, p. 170).

⁵ Deliberação CVM nº 580/2009.

É justamente a distinção entre os momentos em que o conceito de ágio sofreu mutações no Direito e na Contabilidade que acaba por fazer prova da autonomia normativa dos conceitos jurídico e contábil. Ora, é claro que se os conceitos têm trajetórias históricas distintas e sofrem modificações por razões normativas diferentes, são normativamente autônomos, não dependendo o “ágio jurídico” de critérios contábeis de reconhecimento, nem o “ágio contábil” de critérios jurídicos de mensuração. Nada impede, contudo, que dois conceitos autônomos coincidam.

Tanto é verdade que, embora bastante semelhantes, os tratamentos contábil e jurídico-fiscal do ágio continuam a guardar certas diferenças. Em primeiro lugar, ao passo que o *goodwill* na contabilidade não mais sofre amortização, sujeitando-se ao teste de recuperabilidade (CPC nº 01), a figura da amortização do ágio para fins fiscais subsiste no art. 22 da Lei nº 12.973/2014. Em segundo lugar, enquanto a contabilidade não mais admite a possibilidade de mensuração de ágio gerado em operações entre partes sob controle comum, a Lei nº 12.973/2014 não veda o “ágio interno”, mas tão somente a sua amortização. Ou seja, em tese, o ágio interno ainda é reconhecível e dedutível, mas na forma do art. 33 do Decreto-lei nº 1.598/1977, que prevê seu reconhecimento como perda na hipótese de alienação ou liquidação do investimento, e não por meio da amortização prevista no art. 22 da Lei nº 12.973/2014.

Portanto, pode-se sintetizar as diferenças entre o ágio jurídico e o ágio contábil da seguinte forma:

Ágio jurídico	Ágio contábil
Figura criada pelo Decreto-lei nº 1.577/1998 para regulamentar a escrituração, para fins fiscais, da diferença entre o preço pago pela aquisição de um investimento e seu valor patrimonial registrado na forma do art. 248 da LSA.	Conceito contábil que justifica o preço a mais pago por um investimento em função da diferença entre o valor de uma companhia em marcha e a soma do valor de mercado dos ativos isoladamente considerados. A contabilidade regulamentada passou a seguir o conceito jurídico após a edição do Decreto-lei nº 1.577/1998, por meio da Instrução CVM nº 01/1978, para atender ao Fisco como principal usuário da informação, afastando-se da teoria contábil.
Sofreu alterações apenas após a entrada em vigor da MP nº 627 de 2013 / Lei nº 12.973 de 2014, passando a permitir a amortização apenas do <i>goodwill</i> , ou seja, a diferença entre o preço de aquisição e a soma do valor de patrimônio líquido com a mais-valia dos ativos contabilizados a valor justo.	Alterou-se com a entrada em vigor da Lei nº 11.638/2007 e com a edição do CPC nº 15, passando a designar a diferença entre o preço de aquisição e a soma dos ativos contabilizados a valor justo.
Passível de amortização para fins fiscais, na razão de 1/60, no máximo, por mês (cinco anos, no mínimo), dedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.	Passível de amortização, no prazo, extensão e proporção dos resultados projetados, ou pela baixa por alienação ou perecimento do investimento, devendo os resultados projetados serem objeto de verificação anual para fins de revisão dos critérios utilizados (Instrução CVM nº 01/1978), com o prazo máximo de amortização em 10 (dez) anos (Instrução CVM nº 247/1996). Após a entrada em vigor da Lei nº 11.638/2007, o ágio não mais se submete à amortização, mas ao teste de recuperabilidade.
Após a Lei nº 12.973/2014, veda-se a amortização fiscal do ágio interno, mas não seu reconhecimento.	Após o ofício CVM nº 01/2000, veda-se o próprio reconhecimento do ágio interno.

Vê-se, portanto, que, embora trate-se de figuras próximas, são conceitos autônomos provenientes de disciplinas diferentes.

3. A (IN)VALIDADE DO “ÁGIO INTERNO” E A SUBSTÂNCIA ECONÔMICA

Como já adiantado, parte das controvérsias que formam a problemática tributária do ágio ganhou corpo quando o Fisco passou a autuar operações societárias entre partes dependentes que caracterizavam o que se convencionou chamar de “ágio interno”. A questão se tornou relevante a partir da edição da Lei nº 9.532/1997, por meio da qual, em seu art. 7º, regulamentou-se o registro do ágio ou deságio nas transformações societárias envolvendo absorção patrimonial de pessoa jurídica da qual se detenha participação societária. Além de regulamentar sua escrituração, o inciso III do referido dispositivo previu ainda a possibilidade de o ágio gerado quando da compra da participação societária, cujo fundamento econômico tiver sido a expectativa de rentabilidade futura, ser amortizado nos balanços

correspondentes à apuração do lucro real levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, na razão de, no máximo, um sessenta avos, para cada mês do período de apuração.

Além disso, o já revogado art. 36 da Lei nº 10.637/2002 determinou a inexistência de efeitos, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, da incorporação de capital via subscrição de ações em empresa investida por valor superior àquele registrado na contabilidade da investidora, bem como que a eventual transferência da participação societária ao patrimônio de outra pessoa jurídica mediante fusão, cisão ou incorporação não seria considerada realização deste investimento.

O problema é que, a partir daí, muitas operações foram realizadas de forma verdadeiramente escandalosas, com a constituição de empresas com integralização de capital social mediante subscrição de ações da própria investidora por valor de mercado acima do valor de patrimônio líquido, gerando ágios que seriam mais tarde aproveitados por meio da aquisição e posterior absorção patrimonial via fusão ou incorporação, pela intermediária, de outra empresa do mesmo grupo, com aproveitamento fiscal do ágio. Ou seja, algumas operações foram feitas como verdadeiras aquisições simuladas de participação societária por parte de empresas que já a detinham. Em contrapartida, o Fisco passou a autuar uma diversidade de operações que envolviam as chamadas empresas-veículo de forma indistinta, ao argumento de que o ágio gerado entre partes sob o controle comum não poderia ser aproveitado para fins fiscais porque não tinha validade contábil, uma vez desprovido de “substância econômica”. Esse argumento foi aceito em vários julgamentos no CARF⁶, mas merece ser criticamente analisado.

Em primeiro lugar, é necessário ter em conta que o critério da substância econômica de identificação de planejamentos tributários abusivos, construído na *common law* anglo-saxônica, tem, na verdade, duas vertentes. Em sua vertente objetiva, ele visa identificar transações que não trazem ao agente nenhum outro benefício financeiro a não ser a economia de tributos, privilegiando a substância (vantagem econômica do negócio excluindo a economia de tributos) sobre a forma (a estrutura jurídica da operação)⁷. Em sua vertente subjetiva, ele analisa a intenção do agente econômico ao realizar determinada operação e se confunde com o “propósito negocial” (Cf. TAYLOR, *op. cit.*, p. 80; LEDERMAN, 2010; BANKMAN, 2000).

O critério foi aplicado pela primeira vez pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 7 de janeiro de 1935 no caso *Gregory v. Helvering*⁸. Nele, uma pessoa jurídica pertencente integralmente a uma contribuinte, pessoa natural, transferiu mil ações de uma controlada para uma nova empresa, que então emitiu todas as suas ações para essa contribuinte. Dentro de poucos dias, a nova corporação foi dissolvida e liquidada por meio da distribuição das mil ações para a contribuinte que, ato contínuo, vendeu-as, auferindo lucro. A existência da empresa criada era simplesmente participar da transação, já que um benefício previsto no § 112 do *Revenue Act* previa a isenção sobre o ganho de capital na liquidação de ações **que fizessem parte de um plano de reorganização societária**. Deste modo, a contribuinte, no lugar de receber dividendos, que seriam tributados, criou uma “empresa-veículo” mediante a integralização de capital com ações de outra companhia e, em seguida, dissolveu a sociedade, estando isenta da tributação sobre o ganho de capital.

⁶ “AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. PROVISÃO PARA AJUSTE DO VALOR DO ÁGIO. EXCLUSÃO INDEVIDA DO LUCRO REAL. SUPOSTO ERRO NO ENQUADRAMENTO LEGAL E DESCRIÇÃO DOS FATOS. INEXISTÊNCIA. Os fatos foram adequadamente descritos no trabalho fiscal, de sorte a demonstrar que o que não é admitido pela legislação é **o registro do ágio interno sem substância econômica** e a sua repercussão nas bases de cálculo dos tributos sobre o lucro, e o enquadramento legal se encontra em consonância com os fatos descritos. A exclusão extracontábil foi apenas o meio pelo qual se materializou, no caso, a indevida repercussão tributária das amortizações do ágio inexistente, portanto, correto o lançamento ao glosá-las.” (CARF, Segunda Câmara, Primeira Turma Ordinária, Processo 10880.722396/2013-68, Acórdão nº 1201-001.245, Relator JOÃO OTAVIO OPPERMANN THOME, publicado em 19.02.2016); [...] Deve ser anulada contabilmente a amortização de ágio que, após transferência mediante a utilização de empresa-veículo, surge sem substância econômica no patrimônio da investida.’ (CARF, Primeira Câmara, Primeira Turma Ordinária, Processo nº 16643.000142/2010-21, Acórdão nº 1101-000.961, Relator EDELI PEREIRA BESSA, publicado em 18.03.2014) [...] Deve ser anulada contabilmente a amortização de ágio que, após transferência mediante a utilização de empresa-veículo, surge sem substância econômica no patrimônio da investida. [...]’ (CARF, Primeira Câmara, Primeira Turma Ordinária, Processo nº 10830.009519/2008-08, Acórdão nº 1101-000.968, publicado em 08.11.2013).”

⁷ LEDERMAN, Leandra. W (h)ither Economic Substance?. *Iowa Law Review*, v. 95, p. 389, 2010.

⁸ Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/293/465/case.html>>. Acesso em 30 de ago. de 2016.

Em sua defesa, a contribuinte argumentou que, uma vez que todos os requisitos para fruir a isenção haviam sido cumpridos, era irrelevante se a motivação do negócio era ou não a de exclusivamente evitar a incidência do tributo. No entanto, a Suprema Corte desconsiderou os supostos efeitos tributários da operação, em argumento que merece ser transcrito:

Não se pode duvidar do direito de um contribuinte de reduzir a quantia do que seria, de outro modo, seus tributos, ou de completamente evitá-los, por meios permitidos em lei. [...] Mas a questão a ser determinada é se o que foi feito, a par do motivo tributário, foi o que o estatuto de fato pretendia. (...).

Quando a alínea 'B' fala de uma transferência de ativos de uma companhia para outra, significa uma transferência feita 'na execução de um plano de reorganização' (§ 112, 'g') de negócios societários e não a transferência de ativos de uma companhia para outra em realização de um plano que não guarda qualquer relação com o negócio ou com qualquer outro, como claramente é o caso aqui. Deixando de lado, então, a questão do motivo a respeito da tributação de modo geral, e focando no modo como o procedimento de fato ocorreu, o que encontramos? Simplesmente uma operação sem qualquer propósito comercial ou societário – um mero dispositivo que se veste na forma de uma reorganização societária como um disfarce para ocultar seu verdadeiro caráter e único propósito que foi a consumação de um plano preconcebido, não de reorganizar um negócio ou qualquer parte dele, mas transferir uma parcela das ações para o petionário. Sem dúvida, uma nova e válida corporação foi criada. Mas a corporação não foi nada mais que uma invenção com a finalidade já descrita. Ela foi trazida à existência por nenhum outro propósito; ela realizou, como era a intenção desde o princípio, nenhuma outra função.

Quando essa limitada função foi exercida, ela foi imediatamente dissolvida.

Nessas circunstâncias, os fatos falam por si mesmos e são suscetíveis de apenas uma interpretação. Todo o empreendimento, embora conduzido de acordo com os termos da subdivisão (B), foi de fato uma elaborada e desvirtuada forma de condução mascarada de uma reorganização societária e nada mais.

A regra que exclui a consideração dos motivos da elisão fiscal não é pertinente para essa situação porque a transação, sobre sua aparência, se situa fora do plano intentado pelo estatuto. Sustentar o contrário seria exaltar o artificial contra o real e depravar a previsão estatutária em questão de qualquer propósito sério⁹.

Perceba-se que, ao contrário do que possa parecer, o teste do propósito comercial nasceu não como um teste geral a ser aplicado a todo e qualquer planejamento tributário, mas por meio de uma interpretação do direito estatutário. Neste caso, a interpretação foi orientada pelo esforço de se amoldar o caso

⁹ Traduzido livremente do original: "The legal right of a taxpayer to decrease the amount of what otherwise would be his taxes, or altogether avoid them, by means which the law permits, cannot be doubted [...]. But the question for determination is whether what was done, apart from the tax motive, was the thing which the statute intended. The reasoning of the court below in justification of a negative answer leaves little to be said.

When subdivision (B) speaks of a transfer of assets by one corporation to another, it means a transfer made "in pursuance of a plan of reorganization" [§ 112(g)] of corporate business, and not a transfer of assets by one corporation to another in pursuance of a plan having no relation to the business of either, as plainly is the case here. Putting aside, then, the question of motive in respect of taxation altogether, and fixing the character of the proceeding by what actually occurred, what do we find? Simply an operation having no business or corporate purpose -- a mere device which put on the form of a corporate reorganization as a disguise for concealing its real character, and the sole object and accomplishment of which was the consummation of a preconceived plan, not to reorganize a business or any part of a business, but to transfer a parcel of corporate shares to the petitioner. No doubt, a new and valid corporation was created. But that corporation was nothing more than a contrivance to the end last described. It was brought into existence for no other purpose; it performed, as it was intended from the beginning it should perform, no other function.

When that limited function had been exercised, it immediately was put to death. In these circumstances, the facts speak for themselves, and are susceptible of but one interpretation. The whole undertaking, though conducted according to the terms of subdivision (B), was in fact an elaborate and devious form of conveyance masquerading as a corporate reorganization, and nothing else. The rule which excludes from consideration the motive of tax avoidance is not pertinent to the situation, because the transaction, upon its face, lies outside the plain intent of the statute. To hold otherwise would be to exalt artifice above reality and to deprive the statutory provision in question of all serious purpose."

concreto ao propósito da criação do benefício que, segundo o estatuto que instituiu a exoneração tributária, só seria aplicável no contexto de um plano de reorganização de negócios. Ausente o propósito da lei (e não do agente, como mais tarde viria a se consolidar no *common law*), a isenção seria indevida. A mudança do critério da substância econômica subjetiva ou propósito negocial de um método de interpretação de uma disposição estatutária para um teste de validação de qualquer negócio jurídico envolvendo economia de tributos sofre diversas críticas na literatura anglo-saxônica, como a não homogeneidade e previsibilidade da sua aplicação a casos concretos (PIETRUSZKIEWICZ, 2009), sua vulnerabilidade frente à contrainteligência fiscal dos contribuintes (BANKMAN, 2000) e ao deslocamento da competência do Legislativo para o Judiciário ou a IRS em fechar os *loopholes* que permitem esses planejamentos (GLASSMAN, 2006).

Mas talvez as críticas mais pertinentes ao caso ora em estudo sejam a dificuldade de sua aplicação e o fato de que a substância econômica funciona melhor como um critério de interpretação da lei e não como um teste antielisivo geral (BANKMAN, 2000). Como uma norma geral antielisiva, em sua vertente objetiva (substância sobre a forma), surge a dificuldade de mensurar os efeitos econômicos do negócio jurídico em um sentido propriamente jurídico, em especial em casos como o do ágio, em que o instituto difere e não pode ser confundido com o seu paralelo contábil.

Como visto, a validade contábil não pode ser invocada como critério de verificação da validade da amortização do ágio para fins fiscais porque os critérios jurídico e contábil são autônomos e não podem ser subordinados uns aos outros. De fato, embora a contabilidade regulamentada só tenha reconhecido a impossibilidade de reconhecimento do chamado ágio “interno” com a edição do CPC nº 15, os questionamentos teórico-contábeis do reconhecimento do ágio em operações internas o precedem. Uma das provas disso seria a edição do OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, no qual deixou expresso o seguinte:

Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente aos 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.

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 realizado 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’*”

Algumas autuações contrárias ao contribuinte¹⁰ também se ampararam em um artigo de MARTINS e COSTA JÚNIOR (2004), em que afirmam que;

O surgimento do ágio em operações de combinação de negócios, realizadas dentro de um mesmo grupo societário, não tem sentido econômico. A Contabilidade, sabiamente, expurga essa informação ao considerar o grupo societário uma entidade única, quando reporta suas demonstrações consolidadas. O correto, contabilmente, é fazer o mesmo nas demonstrações individuais também.

¹⁰ Veja-se, entre outras, os relatórios dos Acórdãos nº 1302-001.465 (CARF, 3ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, Processo nº 15504.726513/201110, Relator GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Publicado em 29.10.2014) e nº 1101-000.912 (CARF, 1ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, Processo nº 10980.725765/201001, Relator José Ricardo da Silva, Relatora para o voto Edeli Pereira Bessa, publicado em 20.02.2015).

No entanto, ignora-se que, como demonstramos, os conceitos contábil e jurídico de ágio são diferentes e que a proibição jurídica de reconhecimento desse ágio jamais ocorreu, sobrevivendo tão somente a proibição de sua amortização com o art. 22, *caput*, c/c art. 25, da Lei nº 12.973/1914. Tanto é que a própria CVM reconheceu que, apesar de contabilmente inapropriado, o ágio gerado internamente pode gerar efeitos contábeis justamente em razão da sua dedutibilidade:

A Instrução CVM nº 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa-veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.

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

Além disso, o referido artigo de Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Júnior (2004), muitas vezes citado em autuações, destacou a independência entre os conceitos tributário e contábil de ágio quando reconheceu que o ágio interno só tem sentido econômico porque o direito tributário o reconhece para fins de dedutibilidade do IRPJ:

Entretanto, o respaldo em legislação tributária para o fenômeno – ágio gerado internamente – dá sentido econômico à operação. Há de fato riqueza sendo gerada pelo grupo societário nesses arranjos só que, no caso, está sendo transferida do Estado para o grupo via renúncia fiscal. É bem verdade que referido respaldo legal concorre, ainda que indiretamente, para o retrocesso do estágio avançado de desenvolvimento em que se encontra a Contabilidade Brasileira. A bem da verdade, pavimenta um caminho tortuoso: o fomento à indústria do ágio. (Destacamos).

Portanto, além de lamentar o fomento a indústria do ágio, os autores terminaram por recomendar alterações na contabilidade regulamentada, de modo a melhor se amoldar à teoria contábil:

Finalizando, a expectativa que se tem é a de que órgãos reguladores de governo e entidades representativas da profissão contábil e de auditoria atentem para a questão, e que eventualmente revejam posicionamentos adotados e/ou manifestem-se prontamente na disciplina da matéria, de tal sorte que a Contabilidade, na sua finalidade mais nobre, que é a de servir como um sistema de informações relevantes e úteis para julgamento e para tomada de decisão, não seja prejudicada.

O impacto do artigo foi tão grande que um dos autores escreveu explicando que suas críticas visavam a uma alteração da contabilidade regulamentada em direção à melhor teoria contábil, e não afirmar que a contabilidade já proibia, à época, o reconhecimento do ágio interno, muito menos negar a existência do benefício fiscal sobre o ágio nos casos em questão.

Em relação à sua vertente subjetiva (propósito comercial), o problema é que o teste se baseia na intenção

real do contribuinte, ao praticar um determinado ato ou negócio, que raramente pode ser, de fato, conhecida. Como sugere BANKMAN (2000), o propósito negocial deveria limitar-se aos casos em que a própria lei delinea o contexto motivador da operação, pois, como teste geral antielisivo, acaba por ignorar as situações em que o próprio legislador desejou induzir o comportamento do contribuinte por meio de atrativos fiscais.

Toma-se o caso do ágio interno, em que a norma do art. 7º da Lei nº 9.532/1997 possui um intuito nitidamente indutor de comportamentos, ao incentivarem as aquisições de investimentos no País por meio da abertura da possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio. Fato é que, ao tempo das privatizações, muitas das aquisições eram feitas em leilões com grande ágio¹¹. Um incentivo extra foi, justamente, a possibilidade de aproveitamento desse ágio pago na aquisição dos investimentos quando da absorção patrimonial entre investida e investidora, que só poderia ser deduzido, sem esse benefício, na liquidação ou alienação do investimento. Outro fato relevante é que frequentemente as estatais foram adquiridas por empresas estrangeiras que constituíram empresas-veículo, por questões regulatórias, para participarem desses leilões.

Frisa-se, contudo, que a norma jurídica não restringe a concessão de um benefício a um plano de reorganização societária, apenas condicionando sua fruição à absorção patrimonial por meio de uma operação de fusão, incorporação ou cisão. Assim, mesmo sob o critério do propósito negocial a constituição de empresa-veículo não é motivo suficiente para invalidar um ágio gerado, desde que tenha ocorrido, por meio dela, uma aquisição de participação societária de fato. O que realmente não se admite, segundo o referido critério, é que uma empresa-veículo seja constituída por uma empresa controladora para “adquirir” uma parte ou o total de outra empresa por ela já integralmente controlada, pois neste caso não há o propósito negocial, previsto na lei, de aquisição de participação societária.

Mesmo assim, conforme relata TAYLOR (2006), o Reino Unido e o Canadá rejeitam a aplicação do teste do propósito negocial. Quanto ao primeiro, o propósito só é levado em conta se for expressamente consignado pelo Direito Positivo, de forma semelhante ao ocorrido no caso *Gregory v. Helvering*. Quanto ao segundo, a teoria foi categoricamente rejeitada no caso *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, em que a Suprema Corte canadense considerou que o teste do *business purpose* tornaria inócua a função extrafiscal/indutora da norma, mesmo quando ela fosse desejada pelo parlamento, *verbis*:

Eu gostaria, portanto, de rejeitar a proposição de que uma transação pode ser desconsiderada para fins fiscais somente com base no fato de que foi praticada por um contribuinte sem um propósito negocial independente ou de boa-fé. Um teste estrito do propósito negocial em certas circunstâncias iria de encontro à intenção legislativa aparente que, nos diplomas tributários modernos, podem ter um duplo aspecto. A legislação do imposto sobre a renda, assim como a da Lei federal no nosso país, não é mais um simples dispositivo para arrecadar receitas para suprir os gastos necessários para o governo da comunidade. O imposto sobre a renda é também empregado pelo governo para atingir objetivos de política econômica selecionados. Assim, a lei (tributária) é um misto de política tributária e econômica. O elemento de política econômica da lei às vezes toma a forma de uma indução para que o contribuinte empreenda ou redirecione uma atividade específica¹².

A constatação de que os tributos incidentes sobre a renda possuem uma dupla função, qual seja, arrecadar e induzir comportamentos – e, acrescentamos, uma terceira função redistributiva (AVIYONAH, 2006) –, impede a consideração do propósito subjetivo da operação como critério distintivo

¹¹ A respeito do contexto, ver SAIRUN e PEREIRA, 1998.

¹² Traduzido livremente do original: “I would therefore reject the proposition that a transaction may be disregarded for tax purposes solely on the basis that it was entered into by a taxpayer without an independent or bona fide business purpose. A strict business purpose test in certain circumstances would run counter to the apparent legislative intent which, in the modern taxing statutes, may have a dual aspect. Income tax legislation, such as the federal Act in our country, is no longer a simple device to raise revenue to meet the cost of governing the community. Income taxation is also employed by government to attain selected economic policy objectives. Thus, the statute is a mix of fiscal and economic policy. The economic policy element of the Act sometimes takes the form of an inducement to the taxpayer to undertake or redirect a specific activity”. Disponível em: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2488/index.do>>. Acesso em 10 dez. 2014.

de operações válidas ou inválidas, sendo mais bem utilizado como um critério interpretativo de normas concessivas de benefícios fiscais, quando a própria lei condicionar a fruição do benefício ao objetivo normativamente estabelecido.

4. CONCLUSÕES

O objetivo do presente artigo foi analisar, de forma crítica, o problema da amortização fiscal do ágio à luz da doutrina da substância econômica. Deve-se ter em conta que esse critério, utilizado como teste geral antielisivo, enfrenta problemas especialmente relacionados, entre outros, às dificuldades de aplicação e à incapacidade de lidar com a função extrafiscal da norma concessiva do benefício fiscal.

Pode-se perceber, também, que o teste enfrenta dificuldades em suas duas vertentes, seja na objetiva (substância sobre a forma), seja na vertente subjetiva (propósito negocial). Em sua vertente objetiva, verifica-se que os critérios contábeis de mensuração do ágio não são suficientes para determinar ou não sua admissibilidade, já que os conceitos jurídico e contábil de ágio são autônomos, sofrendo variações diferentes ao longo do tempo e permanecendo distintos em sua regulamentação. Em sua vertente subjetiva, viu-se que o propósito negocial tem sido utilizado de forma desvirtuada, já que sua melhor função é a de critério interpretativo da lei e não de teste antielisão geral. Nesse sentido, a simples utilização de empresa-veículo não é razão suficiente para descartar uma operação geradora de ágio. O que não se admite, à luz do propósito negocial, é uma aquisição de participação fictícia em empresa já controlada pela investidora real.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVI-YONAH, Reuven S. Three goals of taxation. *The Tax L. Rev.*, v. 60, p. 1, 2006.

COSTA JR., Jorge Vieira; MARTINS, Eliseu. *A incorporação reversa com ágio gerado internamente: consequências da elisão fiscal sobre a contabilidade*. Anais do 4º congresso da USP de controladoria e contabilidade, 2004. Disponível em: <<http://www.congressousp.fipecafi.org/artigos42004/13.pdf>>.

FONSECA, Fernando Daniel de Moura. *Normas Tributárias e a Convergência das Regras Contábeis Internacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GLASSMAN, Daniel J. It's not a lie if you believe it: tax shelters and the economic substance doctrine. *Fla. L. Rev.*, v. 58, p. 665, 2006.

LEDERMAN, Leandra. W(h)ither economic substance? *Iowa law review*, v. 95, p. 389, 2010.

MARTINS, Eliseu.; COSTA JUNIOR, Jorge Vieira da. *A incorporação reversa com ágio gerado internamente: consequências da elisão fiscal sobre a Contabilidade*. In: 4º. Congresso USP de Controladoria e Contabilidade, 2004, São Paulo. Anais do evento (CD-ROM), 2004. v. 1. p. 1-20.

_____.; IUDÍCIBUS, Sérgio de. *Ágio interno – É um mito?* In.: MOSQUERA, Roberto Quiroga e LOPES, Alexandre Broedel (coord.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2013.

_____. *Intangível – sua relação contabilidade/direito – teoria estruturas conceituais e normas – problemas fiscais de hoje*. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga e LOPES, Alexandre Broedel (Coord.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*, 2º volume. São Paulo: Dialética, 2011.

PIETRUSZKIEWICZ, Christopher M. Economic Substance and the Standard of Review. **Alabama Law Review**, v. 60, p. 339, 2009.

SANDRONI, Paulo (org.). *Novíssimo dicionário de economia*. São Paulo: Editora Best Seller, 1999.

SAURIN, Valter; PEREIRA, Breno Augusto D. *O Programa nacional de desestatização: aspectos relevantes da política de privatização*. Revista de Ciências da Administração, v. 1, 1998.

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

TAYLOR, Michael Brendan. *Tax policy and tax avoidance: the general anti-avoidance rule from tax policy perspective*. 2006. Thesis (Master of Laws) – The Faculty of Graduate Studies, The University of British Columbia, Vancouver, 2006.