

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE CIÊNCIAS ECONÔMICAS
PÓS GRADUAÇÃO *LATU SENSU*: ESPECIALIZAÇÃO EM AUDITORIA EXTERNA

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO FUNDADO EM EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE
FUTURA: MODIFICAÇÕES CONTÁBEIS E EFEITOS FISCAIS**

LUCAS CAMARGOS BIZZOTTO AMORIM

Belo Horizonte
2013

LUCAS CAMARGOS BIZZOTTO AMORIM

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO FUNDADO EM EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE
FUTURA: MODIFICAÇÕES CONTÁBEIS E EFEITOS FISCAIS**

Monografia apresentada ao curso de Pós graduação *Latu Sensu*: Especialização em Auditoria Externa, do Centro de Pós-Graduação e Pesquisas em Contabilidade e Controladoria da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Auditoria Externa

Área de concentração: Contabilidade Tributária

Orientador: Fabiana Lucas de Almeida

Belo Horizonte
2013

SUMÁRIO

1– INTRODUÇÃO.....	5
1.1 Contextualização.....	6
1.2 Questão de pesquisa.....	6
1.3 Objetivos.....	6
1.3.1 Objetivo geral.....	6
1.3.2 Objetivos específicos.....	6
1.4 Justificativa e relevância.....	7
2 – REFERENCIAL TEÓRICO.....	9
2.1 Considerações gerais sobre a amortização e tratamento fiscal do ágio.....	9
2.1.1 Conceito de Ágio.....	9
2.1.2 Evolução histórica da normatização legal e contábil do ágio.....	11
2.2 Modificações introduzidas pelas Leis 11.638/07 e 11.941/09, e pelos Comitês de Pronunciamentos Contábeis.....	14
2.3 O tratamento tributário do ágio à luz dos conceitos de elisão e evasão fiscal.....	20
2.3.1 Os princípios do Formalismo e Essencialismo.....	20
2.3.2 Conceitos de Evasão Fiscal, Elisão Lícita, e Elisão Abusiva.....	23
2.3.3 A amortização do <i>goodwill</i> à luz dos conceitos de elisão e evasão fiscal e dos princípios do formalismo e do essencialismo.....	25
2.4 Efeitos práticos decorrentes das modificações referentes ao tratamento fiscal do ágio.....	28
2.4.1 O RTT e o ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.....	28
2.4.2 A amortização do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura nas operações denominadas incorporações às avessas.....	29
3 – METODOLOGIA.....	34
3.1 Taxonomia.....	34
3.2 Método Científico.....	34
3.3 Coleta do material bibliográfico.....	35
4 – ANÁLISE EXPLICATIVA E DISCUSSÕES.....	36
5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

RESUMO

O presente trabalho discorre acerca da amortização do ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura, também conhecido como *goodwill*, analisando-se a possibilidade de deduzi-lo do Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR, para fins de Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. Será feita, inicialmente, uma digressão a respeito do tema proposto, hipótese na qual serão discutidos elementos históricos que deram origem ao *goodwill*. Em seguida, serão feitas ponderações relativas aos aspectos normativos que regulamentam o assunto, perpassando-se pelas normas contábeis vigentes, bem como pelas leis tributárias e societárias que dirimem a questão. Em adição, discorrer-se-á sobre as denominadas incorporações às avessas, ou incorporações reversas, ilustrando-se, resumidamente, o desenrolar da aludida operação, bem como se analisando as normas legais e contábeis que regulamentam a matéria. Por fim, será estudada a perspectiva do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF e do Superior Tribunal de Justiça - STJ acerca da possibilidade de amortização do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, inclusive no que tange as incorporações às avessas.

Palavras chave: Amortização, Ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura, *Goodwill*, IRPJ, CSLL, Incorporação reversa, Incorporação às avessas, CARF, STJ.

1 INTRODUÇÃO

1.1 Contextualização

As normas legais e contábeis, notadamente as que se referem às áreas tributária e societária, possuem grande poder de influenciar, de forma positiva ou negativa, o mercado de aquisições e alienações de participação societária de determinado Estado, afetando, por conseguinte, diretamente sua economia. De forma análoga, a confiabilidade das informações que são divulgadas no mercado acionário representa um fator determinante para se calcular os riscos que circundam determinado investimento.

O Brasil, procurando conferir maior credibilidade às empresas brasileiras no âmbito internacional, introduziu em seu ordenamento jurídico inúmeras modificações, cujo objetivo fora alinhar a legislação societária pátria aos padrões do *International Financial Reporting Standards* (Normas Internacionais de Reporte Financeiro), conhecido comumente pela sigla IFRS.

Contudo, as aludidas modificações, ao mesmo tempo em que viabilizaram a harmonização das normas contábeis brasileiras às internacionais e representaram um avanço em relação às normas pretéritas, pois se pautam mais pela essência e menos pela forma do negócio, trouxeram dúvidas quanto à possibilidade de dedução da base de cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido do valor pago em determinada operação a título de ágio.

Salienta-se que, antes das alterações trazidas pelas Leis 11.638/07 e 11.941/09, a possibilidade de amortização fiscal do ágio representava um poderoso atrativo no mercado acionário brasileiro, razão pela qual o estudo de sua permissibilidade se faz de extrema importância.

Assim, discorrer-se-á no presente estudo acerca da evolução da normatização do instituto do ágio no direito brasileiro, desde sua concepção até os dias atuais, bem como sobre a possibilidade de amortização, para fins fiscais, do ágio fundado em perspectiva de

rentabilidade futura. Em adição, far-se-á um estudo dos aspectos tributários envolvidos nas operações denominadas incorporações às avessas, ou incorporações reversas.

Por fim, tratar-se-á das peculiaridades do Regime Tributário de Transição, cotidianamente conhecido pela sigla RTT, bem como do posicionamento adotado pelo CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais) em relação à possibilidade de amortização fiscal do valor pago a título de *goodwill*.

1.2 Questão de pesquisa

Diante dos argumentos expostos acima, a presente pesquisa tem como objetivo responder a seguinte questão:

Qual a relação entre as normas fiscais e tributárias, tanto legais quanto infralegais, no que se refere à amortização do ágio por rentabilidade futura, e as disposições contábeis vigentes, especialmente no que se refere às alterações provocadas pelas Leis 11.638/07 e 11.941/09?

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo geral

O objetivo do presente estudo é a análise das normas fiscais e tributárias, legais e infralegais, que regem a amortização do ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura, e sua relação com as normas contábeis vigentes, considerando as alterações promovidas pelas Leis 11.638/07 e 11.941/09.

1.3.2 Objetivos específicos

Com base na questão de pesquisa e no objetivo geral traçados acima, estipulam-se os seguintes objetivos específicos:

- a. Discorrer acerca da evolução da normatização do instituto do ágio no direito brasileiro, desde sua concepção até os dias atuais.
- b. Analisar a possibilidade de amortização, para fins fiscais, do ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura.
- c. Analisar o fundamento das decisões do CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais) em relação à possibilidade de amortização fiscal do ágio fundado em rentabilidade futura.
- d. Analisar a possibilidade de amortização do ágio para fins fiscais nas operações denominadas incorporação às avessas.

1.4 Justificativa e relevância

O tratamento fiscal e contábil do ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura, ou simplesmente *goodwill*, sofreu diversas modificações desde sua primeira normatização até os dias atuais. Estas modificações, em síntese, referem-se à forma de quantificação monetária do *goodwill*, bem como ao seu modo de amortização.

Nessa esteira, cumpre mencionar que, desde o advento das Leis 11.638/07 e 11.941/09 e da introdução do Regime Tributário de Transição, a questão da amortização do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura foi objeto de grandes discussões e especulação, principalmente pelos profissionais atuantes na área do direito, da administração, e da contabilidade.

Dessa forma, ante a incerteza que circunda o tema da amortização do *goodwill*, propõe-se com o presente trabalho compreender e traçar um paralelo entre a perspectiva contábil e legal do tema ora discutido, com o intuito de simplificar e aglutinar as diferentes concepções sobre o assunto.

Sua relevância acadêmica, por conseguinte, consiste em fornecer uma fonte de estudo concisa, aprofundada e didática sobre as diferentes normas que se referem ao tema da amortização do ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura.

Em adição, ressalta-se que a possibilidade de amortização, principalmente para fins fiscais, do *goodwill*, representa um poderoso fator mercadológico, tendo a prerrogativa de atrair ou desencorajar inúmeras operações de fusão, aquisição, incorporação e cisão de companhias.

Percebe-se, assim, que o presente trabalho, aliado às demais fontes bibliográficas atinentes ao assunto discutido, tem o poder de influenciar positiva ou negativamente o mercado de *mergers&acquisitions*, o qual tem grande importância na geração e movimentação de renda na economia brasileira.

Portanto, conclui-se que o tema cujo estudo se propõe, bem como o presente trabalho, tem extrema relevância mercadológica, razão pela qual merecem a atenção e reflexão de profissionais das variadas áreas que atuam no ramo empresarial.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Considerações gerais sobre a amortização e tratamento fiscal do ágio

O entendimento de qualquer assunto perpassa, necessariamente, pela compreensão das bases históricas que o fundamentam. Nessa esteira, salienta-se que o objeto do presente estudo não foge à referida premissa, de forma que, com o intuito de realizar uma análise crítica acerca da possibilidade de amortização do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, deve-se, invariavelmente, investigar as origens do aludido instituto no sistema jurídico pátrio.

Desse modo, passa-se à análise do conceito de ágio, bem como da evolução histórica e do tratamento normativo a ele conferido ao longo do tempo.

2.1.1 O conceito de ágio

Em razão do papel determinante que possui para o presente trabalho, faz-se necessário tecer considerações acerca das bases históricas e da formação do conceito de ágio.

Ao final da Idade Moderna e início da Idade Contemporânea, notadamente após as revoluções liberais e a revolução industrial, o Capitalismo se estabeleceu como o sistema econômico dominante no mundo ocidental, sendo suas premissas básicas a propriedade privada e o lucro.

Adam Smith, um dos principais idealizadores do liberalismo, observara, então, que existia uma diferença entre o valor do trabalho incorporado a uma mercadoria e o valor pelo qual a aludida mercadoria era vendida no mercado, diferença esta que poderia ser explicada com base na lei da oferta e da demanda.

Décadas depois, Karl Marx poliu a idéia concebida inicialmente por Adam Smith, criando o conceito de *mais-valia*, o qual consiste na diferença entre o valor de alienação da mercadoria produzida e a soma dos custos referentes aos meios de produção e trabalho empregados para a sua produção.

Em suma, de acordo com a teoria marxista, a *mais-valia* corresponde à diferença entre o custo real da mercadoria, e o valor pela qual esta é comercializada no mercado. Para Karl Marx, a *mais-valia* constituía a base da idéia de lucro, a qual, conforme já visto, é um dos pressupostos do sistema Capitalista.

As participações societárias, por sua vez, também podem ser analisadas de acordo com o conceito Marxista de *mais-valia*, percebendo-se a existência do (i) custo real, o qual representa a parcela do patrimônio da Companhia correspondente à porcentagem da participação societária a ser alienada, e do (ii) valor de alienação, o qual representa o valor que o mercado está disposto a pagar pelas cotas ou ações da sociedade.

Da situação supramencionada desdobram-se três hipóteses, podendo o custo real da participação societária comercializada ser idêntico, inferior ou superior ao seu valor de alienação. À diferença positiva entre o valor de alienação das participações e seu custo real dá-se o nome de ágio. De forma contrária, à diferença negativa entre o valor de alienação das participações e seu custo real dá-se o nome de deságio.

Portanto, o ágio ou deságio podem ser conceituados, respectivamente, como o valor excedente ou deficitário pago pelo adquirente das cotas ou ações da Sociedade, em comparação à porcentagem do valor do patrimônio líquido da Companhia correspondente à participação societária alienada.

São diversas as razões de existência do ágio ou deságio no mercado societário, dentre as quais se destaca: o valor da marca da Companhia no mercado, a capacidade de geração de lucro da Companhia e a possibilidade de atuação do adquirente da participação atuar como sócio majoritário ou acionista controlador da Sociedade investida.

Observa-se, dessa forma, que o ágio é um elemento importante dentro do mercado de compra e venda de participações societárias, e, como tal, merecedor da atuação normatizadora governamental. A seguir, passa-se à análise das normas reguladoras do ágio no direito brasileiro.

2.1.2 Evolução histórica da normatização legal e contábil do ágio

O marco inicial da normatização do ágio no direito brasileiro ocorreu em 26.12.1977, por meio do Decreto-Lei nº. 1.598/77, cujo artigo 20¹ determina, em síntese, que as companhias que adquirissem participação societária de outras empresas deveriam classificar o custo de aquisição do aludido investimento de acordo com dois critérios: (i) em primeiro lugar, deveria ser indicado o valor de Patrimônio Líquido Contábil da fração da sociedade adquirida; e (ii) em segundo lugar, deveria ser apontado o ágio (ou deságio) apurado na operação, cujo montante corresponderia, conforme ressaltado acima, à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de seu Patrimônio Líquido Contábil.

Nessa esteira, salienta-se que o artigo supramencionado dividia em 3 (três) os possíveis fundamentos do ágio, quais sejam: (a) a existência de bens no ativo da companhia investida cujo valor de mercado superava seu valor contábil, (b) a perspectiva da Companhia investida gerar resultados positivos em exercícios futuros, chamado comumente de *goodwill*, e (c) a existência de fundo de comércio, intangíveis, e outras razões econômicas.

A amortização do ágio em seu aspecto contábil, por sua vez, foi estabelecida pela primeira vez no direito brasileiro em 27.04.1978, por meio da Instrução Normativa nº. 1 da Comissão de Valores Mobiliários, a qual fora revogada pela Instrução Normativa n° 247/96 (alterada pelas Instruções 269/97; 285/98; 464/08; 469/08, esta última para adequação à Lei 11.638/07), que determina:

“Art. 14 - O ágio ou deságio computado na ocasião da aquisição ou subscrição do investimento deverá ser contabilizado com indicação do fundamento econômico que o determinou.

§ 1º O ágio ou deságio decorrente da diferença entre o valor de mercado de parte ou de todos os bens do ativo da coligada e controlada e o respectivo valor contábil, deverá ser amortizado na proporção em que o ativo for sendo realizado na coligada e controlada, por depreciação, amortização, exaustão ou baixa em decorrência de alienação ou perecimento desses bens ou do investimento.

¹Art. 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada 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.

§ 1º - (...)

§ 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.

§ 2º O ágio ou o deságio decorrente da diferença entre o valor pago na aquisição do investimento e o valor de mercado dos ativos e passivos da coligada ou controlada, referido no parágrafo anterior, deverá ser amortizado da seguinte forma: (Redação dada pela Instrução CVM nº 285, de 31 de julho de 1998)

a) o ágio ou o deságio decorrente de expectativa de resultado futuro – 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, a fim de que sejam revisados os critérios utilizados para amortização ou registrada a baixa integral do ágio; e

b) o ágio decorrente da aquisição do direito de exploração, concessão ou permissão delegadas pelo Poder Público – no prazo estimado ou contratado de utilização, de vigência ou de perda de substância econômica, ou pela baixa por alienação ou perecimento do investimento.

§ 3º O prazo máximo para amortização do ágio previsto na letra “a” do parágrafo anterior não poderá exceder a dez anos. (Redação dada pela Instrução CVM nº 285, de 31 de julho de 1998)

§ 4º Quando houver deságio não justificado pelos fundamentos econômicos previstos nos parágrafos 1º e 2º, a sua amortização somente poderá ser contabilizada em caso de baixa por alienação ou perecimento do investimento.

§ 5º O ágio não justificado pelos fundamentos econômicos, previstos nos parágrafos 1º e 2º, deve ser reconhecido imediatamente como perda, no resultado do exercício, esclarecendo-se em nota explicativa as razões da sua existência.”

Como se percebe da leitura do dispositivo supramencionado, a razão de existência do ágio é o fator principal para se determinar como se dará sua amortização. Nesse diapasão, ressalta-se que os fundamentos à existência do ágio previstos no artigo 14 da Instrução Normativa 247 da CVM, reproduzem, de certa forma, aqueles dispostos no artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77, salvo caso o fundamento do ágio seja a existência de direito de exploração, concessão ou permissão delegado pelo Poder Público, hipótese prevista na legislação brasileira somente em 1998, e cuja amortização deverá observar o tempo de duração do aludido direito.

Dessa forma, é possível fazer uma diferenciação entre os diferentes tipos de ágio com base em seu fundamento e sua forma de amortização.

Caso o bem da companhia investida (ou o conjunto de bens) houver sido adquirido por valor inferior ao seu valor contábil, a razão de existência do ágio será a diferença entre seu valor de mercado e seu valor contábil, e sua amortização ocorrerá na medida em que o aludido bem for realizado, por exaustão, baixa, depreciação ou amortização.

Lado outro, caso o custo de aquisição da participação societária houver sido superior ao valor de Patrimônio Líquido Contábil dos bens adquiridos, em função da capacidade da companhia investida gerar resultados positivos, o fundamento do ágio será a perspectiva de rentabilidade futura, ou *goodwill*. Nessa hipótese, durante a vigência da norma ora analisada, a amortização do ágio se dava no prazo e extensão dos resultados propiciados pela companhia investida, devendo ser respeitado o prazo máximo de dez anos para que ocorresse sua amortização integral (conforme ressaltado acima, a IN 247/96 foi alterada pelas Instruções 269/97; 285/98; 464/08; 469/08, esta última para adequação à Lei 11.638/07, a qual modificou a forma de amortização do ágio).

Por fim, caso o valor de aquisição da participação societária tenha sido superior ao valor do Patrimônio Líquido Contábil da companhia investida por motivos diferentes dos acima fornecidos, o fundamento do ágio se refere a outras razões econômicas, hipótese na qual o ágio não poderá ser aproveitado, devendo ser reconhecido como perda para a investidora.

Contudo, apesar das evoluções na normatização do ágio mencionadas acima, o produto da amortização do ágio gerava, até o início da vigência da Lei 9.532/97, somente efeitos contábeis para companhia investidora, e não efeitos fiscais. Por conseguinte, o valor que a investidora classificava a título de ágio não afetava a determinação de seu lucro real. Veja-se, nesse sentido, o que dispunha o artigo 25 do Decreto-Lei 1.598/77 (introduzido pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979):

“Art. 25 – As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real (...).”

Dessa forma, com o intuito de fomentar e tornar financeiramente mais atraente o processo de privatização ocorrido na década de 1990, foram realizadas algumas modificações na legislação pátria, as quais possibilitaram a amortização fiscal do ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura. As referidas modificações foram introduzidas pela Lei 9.532/97 (alterada pela Lei 9.718/98). Veja-se:

“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: (...)”

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)”

Observa-se, pois, que a Lei 9.532/97 tornou legal o aproveitamento fiscal do ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura, de forma que a pessoa jurídica que houvesse adquirido participação societária de outra poderia deduzir de seu lucro real, na razão de 20% (vinte por cento) ao ano, o valor referente ao ágio percebido na operação. Em outras palavras, passou a contribuir para a formação da base de cálculo do lucro real da companhia investidora.

Portanto, com o advento da lei 9.532/97, tornou-se possível deduzir da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, nos termos previstos em lei, o valor referente ao ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura, fato que fez das aquisições de participação societária um investimento muito mais interessante do ponto de vista financeiro.

Entretanto, como se verá a seguir, as modificações implementadas recentemente no direito brasileiro colocam em cheque a possibilidade de amortização do ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura conforme previsto pela Lei 9.532/97.

2.2 Modificações introduzidas pelas Leis 11.638/07 e 11.941/09, e pelos Comitês de Pronunciamentos Contábeis

O objetivo precípua da Lei 11.638/07 é adequar as regras contábeis vigentes no Brasil às normas ou padrões internacionais de contabilidade, comumente conhecidos pela sigla IFRS – *International Financial Reporting Standards*, cujo objetivo é proporcionar maior segurança ao mercado de aquisição e alienação de participação societária, impondo, para tanto, normas de cunho contábil que conferem maior transparência às informações divulgadas pelas companhias no mercado aberto de ações.

Assim, com o intuito de cumprir com a tarefa supramencionada, a Lei 11.638/07 estabeleceu várias modificações no sistema jurídico brasileiro, promovendo alterações substanciais na chamada Lei de S/A (Lei 6.404/76) no que tange aos critérios de avaliação de ativo e passivo das companhias, demonstração de resultado de exercícios financeiros,

avaliação de investimentos em coligadas ou controladas, transformação, incorporação e fusão de sociedades, entre outros.

Dentre as referidas modificações, destaca-se, no que tange ao aproveitamento fiscal do ágio, a redação dada ao parágrafo 3º do artigo 226 da Lei de S/A², nos termos da qual, nas operações de aquisição de participação societária, o valor dos ativos e passivos da companhia investida seriam avaliados de acordo com seu valor de mercado, e não de acordo com o valor de seu Patrimônio Líquido, conforme determinado previamente pelo artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77, sobre o qual já se teceu considerações.

Posteriormente, a Lei 11.941/09 alterou a redação dada ao parágrafo 3º do artigo 226 da Lei de S/A³, revogando a determinação de que os bens da companhia investida seriam avaliados de acordo com seu valor de mercado, porém delegando à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) a função de definir os critérios para que se avalie o valor real dos bens da companhia investida.

Assim, a CVM, com o intuito de regulamentar a mensuração do valor real de mercado das Companhias, bem como do valor referente ao ágio nas operações de aquisição de participação societária, aprovou o Pronunciamento Técnico nº. 04/08, sobre ativos intangíveis, e o Pronunciamento Técnico nº. 15/09, que versa sobre a combinação de negócios.

O CPC nº. 04 conceitua o ágio derivado de perspectiva de rentabilidade futura da seguinte forma:

“11. O ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) reconhecido em uma combinação de negócios é um ativo que representa benefícios econômicos futuros gerados por outros ativos adquiridos em uma combinação de negócios, que não são identificados individualmente e reconhecidos separadamente.

² Art. 226. As operações de incorporação, fusão e cisão somente poderão ser efetivadas nas condições aprovadas se os peritos nomeados determinarem que o valor do patrimônio ou patrimônios líquidos a serem vertidos para a formação de capital social é, ao menos, igual ao montante do capital a realizar.

§ 3º Nas operações referidas no caput deste artigo, realizadas entre partes independentes e vinculadas à efetiva transferência de controle, os ativos e passivos da sociedade a ser incorporada ou decorrente de fusão ou cisão serão contabilizados pelo seu valor de mercado. (Redação dada pela Lei nº 11.638, de 2007)

³ § 3º A Comissão de Valores Mobiliários estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de fusão, incorporação e cisão que envolvam companhia aberta. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

O CPC nº. 15, por sua vez, estabelece as seguintes diretrizes para a mensuração do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura:

“18. O adquirente deve mensurar os ativos identificáveis adquiridos e os passivos assumidos pelos respectivos valores justos da data da aquisição.

32. O adquirente deve reconhecer o ágio por rentabilidade futura (goodwill), na data da aquisição, mensurado como o valor em que (a) exceder (b) abaixo:

(a) a soma :

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

(ii) do valor das participações de não-controladores na adquirida, mensuradas de acordo com este Pronunciamento; e

(iii) no caso de uma combinação de negócios realizada em estágios (veja 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.”

Observa-se, dessa forma, que há uma divergência expressiva entre o modo de aferição do ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura conforme estabelecido pelo Decreto 1.598/77 (ainda em vigor), segundo o qual o montante pago a título de *goodwill* corresponde ao valor do Patrimônio Líquido da Companhia investida subtraído do custo total do investimento realizado, e o modo de aferição da mesma forma de ágio nos termos da legislação contábil supramencionada.

Por conseguinte, ao se realizar uma determinada operação de aquisição de participação societária, se forem seguidas as novas regras contábeis estabelecidas pela Lei 11.638/07, a Lei 11.941/09, e os CPC's nº. 04 e nº. 15, encontrar-se-á um valor “X” correspondente ao ágio fundado em perspectiva de resultado positivo futuro, ao ponto que, se utilizadas as diretrizes estabelecidas pelo Decreto-Lei 1.598/77, encontrar-se-á um valor “Y” diverso de “X”.

Não obstante, cumpre ressaltar que o Decreto-Lei supramencionado se refere à legislação do Imposto de Renda, ao passo que os CPC's e dispositivos legais colacionados acima são concernentes ao direito societário. Em outras palavras, isso significa que o valor a ser registrado nas demonstrações financeiras de determinada Companhia deve refletir não a

legislação fiscal, mas a Lei 11.638/07 e a Lei 11.941/09, bem como as demais normas contábeis em vigor.

Além disso, as Leis 11.638/07 e 11.941/09 trouxeram outras modificações em relação à possibilidade de amortização do ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura, ao extinguir o grupo de contas denominado ativo diferido⁴, nas quais era previamente alocado o valor pago a título de *goodwill* pela Companhia investidora.

Por sua vez, o artigo 299⁵ – A da Lei de S/A, inserido pela Lei 11.941/09, determina que o saldo existente nas contas de ativo diferido das Companhias deverá ser tratado de duas maneiras diferentes: (i) ser reclassificado para outras contas de ativo da Companhia; ou, caso não possa ser alocado em outro grupo de contas, (ii) permanecer na Companhia como ativo diferido até que se verifique sua completa amortização, conforme disposto pelo artigo 183, parágrafo 3º, inciso II da Lei de S/A.

A posição majoritária na área das ciências contábeis sustenta que, em virtude das peculiaridades inerentes ao ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura, que este seja reclassificado para a conta de ativo intangível⁶ da Companhia, a qual, segundo a Lei de S/A,

⁴“Os ativos diferidos eram caracterizados por serem ativos que tinham seus valores amortizados por apropriação às despesas operacionais (ou aos custos), no período de tempo em que teoricamente estivessem contribuindo para a formação do resultado da empresa. Compreendiam as despesas incorridas durante o período de desenvolvimento, construção e implantação de projetos, anterior a seu início de operação, e também as despesas incorridas com a implantação de projetos mais amplos de sistemas e métodos, com reorganização da empresa e outras. Representavam, muitas vezes, gastos cuja contabilização seria como despesas operacionais, caso a atividade a que se referia já estivesse produzindo receitas ou benefícios, como, por exemplo, os gastos incorridos com pessoal administrativo, outras despesas, gerais e administrativas, e demais gastos específicos (desde que não fossem parte do Imobilizado), os quais são necessários ao desenvolvimento de um projeto. A justificativa para tal tratamento consistia no fato de que os benefícios desse projeto ocorreriam em resultados futuros, mediante a geração de receitas e, por causa disso, tais gastos eram ativados para a amortização futura, para manter o critério de contraposição de receitas e despesas.” (IUDÍCIBUS, Sérgio; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens; SANTOS, Ariovaldo. *Manual de Contabilidade Societária*. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 272)

⁵Art. 299 – A. O saldo existente em 31 de dezembro de 2008 no ativo diferido que, pela sua natureza, não puder ser alocado a outro grupo de contas, poderá permanecer no ativo sob essa classificação até sua completa amortização, sujeito à análise sobre a recuperação de que trata o § 3o do art. 183 desta Lei.

⁶Os intangíveis são um ativo como outro qualquer. São agregados de benefícios econômicos futuros sobre os quais uma dada entidade detém o controle e exclusividade na sua exploração. Ocorre que, diferentemente dos ativos tangíveis, que são visivelmente identificados e contabilmente separados, os intangíveis por vezes não o são. Um exemplo de intangível não identificável é o ágio por expectativa de rentabilidade futura (*Goodwill*), denominado pela Lei nº 6.404/76 como fundo de comércio (Art. 179, inciso VI).(IUDÍCIBUS, Sérgio; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens; SANTOS, Ariovaldo. *Manual de Contabilidade Societária*. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 264)

corresponde aos “direitos que tenham por objeto bens incorpóreos destinados à manutenção da companhia ou exercidos com essa finalidade, inclusive o fundo de comércio adquirido”⁷.

Nessa esteira, salienta-se que o artigo 183, parágrafo 2º, da Lei de S/A estabelece que:

“A diminuição do valor dos elementos dos ativos imobilizado e intangível será registrada periodicamente nas contas de: (...)

b) amortização, quando corresponder à perda do valor do capital aplicado na aquisição de direitos da propriedade industrial ou comercial e quaisquer outros com existência ou exercício de duração limitada, ou cujo objeto sejam bens de utilização por prazo legal ou contratualmente limitado;”

O ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura, entretanto, não se enquadra dentre os elementos do ativo intangível da Companhia passíveis de compor sua conta de amortização, sendo razoável se concluir, dessa forma, que seu saldo passou a não ser mais amortizável.

As orientações contidas no CPC nº. 13, inclusive, vão ao encontro do que se depreende da leitura da atual Lei de S/A, na medida em que determina, também, que o ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura não poderá mais ser amortizado⁸. Da mesma forma estipula artigo 32 do CPC nº. 18. Veja-se :

“O investimento em coligada, em controlada e em empreendimento controlado em conjunto deve ser contabilizado pelo método da equivalência patrimonial a partir da data em que o investimento se tornar sua coligada, controlada ou empreendimento controlado em conjunto. Na aquisição do investimento, quaisquer diferenças entre o custo do investimento e a participação do investidor no valor justo líquido dos ativos e passivos identificáveis da investida devem ser contabilizadas como segue:

(a) o ágio fundamentado em rentabilidade futura (goodwill) relativo a uma coligada, a uma controlada ou a um empreendimento controlado em conjunto (neste caso, no balanço individual da controladora) deve ser incluído no valor contábil do investimento e sua amortização não é permitida;”

Não obstante, permanece em vigor o artigo 7º da Lei 9.532/97, o qual é cristalino ao determinar a possibilidade da Companhia investidora deduzir, da base de cálculo de seu

⁷Art. 179, inciso VI da Lei 6.404/76 (Incluído pela Lei nº 11.638, de 2007).

⁸À luz da necessidade de equalização mencionada no item anterior, determina este Pronunciamento que o ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) passe a deixar de ser sistematicamente amortizado a partir do exercício social que se iniciar em 1º de janeiro de 2009 ou após. Ressalta-se, todavia, que esse ágio está submetido ao teste de recuperabilidade a que se refere o Pronunciamento Técnico CPC 01 Redução ao Valor Recuperável de Ativos. (Item 50 – CPC nº13)

Imposto de Renda, o valor referente ao ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura, na razão de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do exercício financeiro. O artigo 359 do Regulamento do Imposto de Renda, por sua vez, reproduz a exata redação do dispositivo supramencionado, fato que confere mais subsídio à tese de que a amortização do ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura ainda é legal, ao menos no âmbito do direito tributário.

Verifica-se, portanto, que existe uma divergência normativa entre o direito tributário e o direito societário, tanto no que tange à possibilidade de amortização do ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura, quanto em relação à forma de cálculo do valor amortizável a título de *goodwill*. Estas divergências são evidenciadas e tratadas quando da apuração do lucro real.

Em virtude disso, a Lei 11.638/07, visando solucionar a divergência causada em função das modificações implementadas à legislação societária brasileira, inseriu, na Lei de S/A, o artigo 177, parágrafo 7º⁹, o qual estabelecia, em suma, que os ajustes efetuados na contabilidade das Companhias de capital aberto em razão das novas normas contábeis vigentes não teriam quaisquer efeitos fiscais.

Todavia, o aludido dispositivo fora revogado pela Lei 11.941/09, o que pode causar certa insegurança no mercado de aquisições e alienações de participação societária, e, conseqüentemente, levar a uma diminuição nos investimentos realizados em Companhias de capital aberto brasileiras ou sediadas no Brasil¹⁰.

A seguir, será analisado a possibilidade de amortização do ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura à luz dos conceitos de elisão e evasão fiscal.

⁹§ 7º Os lançamentos de ajuste efetuados exclusivamente para harmonização de normas contábeis, nos termos do § 2º deste artigo, e as demonstrações e apurações com eles elaboradas não poderão ser base de incidência de impostos e contribuições nem ter quaisquer outros efeitos tributários

¹⁰ Ressalta-se, não obstante, que várias das alterações ora tratadas ainda não estão em vigor, uma vez que o Regime Tributário de Transição (RTT) estipula que devem ser utilizados os critérios e métodos contábeis estabelecidos pela Lei 6.404/76. Analise, para tanto, o artigo 16 da Lei 11.941/09: “Art. 16. As alterações introduzidas pela Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e pelos arts. 37 e 38 desta Lei que modifiquem o critério de reconhecimento de receitas, custos e despesas computadas na apuração do lucro líquido do exercício definido no art. 191 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, não terão efeitos para fins de apuração do lucro real da pessoa jurídica sujeita ao RTT, devendo ser considerados, para fins tributários, os métodos e critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007”.

2.3 O tratamento tributário do ágio à luz dos conceitos de elisão e evasão fiscal

2.3.1 Os princípios do Formalismo e Essencialismo

O direito tributário representa um ramo autônomo do sistema jurídico. Apesar disso, ele não raramente se interage com outras áreas do conhecimento. Isso equivale a dizer que, o direito tributário, ao normatizar os diversos institutos que o compõem, se utiliza de conceitos intermediários, provenientes de outros ramos do direito e de outras áreas do conhecimento.

Toma-se, a título de exemplo, o Imposto sobre Propriedade de Veículo Automotor – IPVA. A materialidade do aludido tributo, ou seja, o núcleo de seu fato gerador, centra-se na idéia de propriedade, a qual representa um conceito criado no seio do direito civil. A mera posse de veículo automotor, dessa forma, não gera a incidência do IPVA. Contudo, para se entender de fato a extensão do tributo ora analisado, deve-se compreender, obrigatoriamente, o conceito atribuído à propriedade pelo direito civil.

De forma análoga, a Lei 10.637/02 determina que: *“A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil”*. Assim, para definir a base de cálculo da contribuição ao PIS, o direito tributário se utiliza de dois conceitos eminentemente contábeis, quais sejam, o de faturamento, e o de receita.

Nesse sentido, imperioso colacionar a lição de Alexandre S. Pacheco, extraída do artigo *Essência e Forma em Matéria Tributária* (2010):

“entendemos como ‘forma’, ou ‘forma jurídica’, o conceito que, tomado pela legislação para determinar a incidência de tributos, assume consistência em outros ramos do Direito (notadamente, mas não exclusivamente, o Direito Privado), e que se presta a dar ‘roupagem jurídica’ para atos ou negócios praticados por sujeitos de direito que a legislação tem como contribuintes de determinado tributo.”

Observa-se, dessa forma, que o direito tributário está, de certa maneira, preso aos conceitos e formas criados por outras áreas do conhecimento, sejam elas jurídicas ou não. Isso é natural, uma vez que, uma das atribuições mais relevantes do direito tributário é justamente a de definir as grandezas econômicas sobre as quais incidirão os tributos, ou seja, a base de

cálculo tributável, tarefa esta que não poderia ser feita sem que haja a apropriação de conceitos pré-existentes.

Não obstante, tal fato erige a seguinte questão: ao utilizar de conceitos intermediários para normatizar os institutos jurídicos que o compõem, o direito tributário pode, para melhor adaptá-los à realidade fática que visa regular, modificar suas definições, nelas incluindo ou excluindo traços que não se verificam em sua acepção original, provinda de outro ramo do direito ou de outra área do conhecimento?

Nesse sentido, salienta-se que o artigo 110 do Código Tributário Nacional estipula, *in verbis*:

“A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

Contudo, o aludido artigo soluciona apenas parcialmente a referida *quaestio*, na medida em que, conforme ressaltado anteriormente, o direito tributário se apropria não só de definições provenientes do direito privado, mas de inúmeros conceitos derivados de diferentes áreas do conhecimento.

Dessa forma, surgem no direito tributário duas correntes acerca da interpretação e utilização dos conceitos provenientes de outros ramos do conhecimento (jurídicos ou não), chamadas de formalismo e essencialismo.

O formalismo é a corrente que predominou por vários anos no Brasil, bem como em outros países do *civil law*, herdeiros do Código de Justiniano e do sistema legal Romano, no qual a força da Lei positivada e da formalidade jurídica eram percebidas de modo bem evidente.

No que tange o presente trabalho, a teoria formalista sustenta que deve ser analisado, para efeitos fiscais, somente a roupagem adotada pelo ato jurídico, e se a aludida forma reveste ou não uma materialidade qualificada pelo direito como tributável.

A corrente essencialista, por sua vez, é a mais disseminada nos países de maior tradição econômica e empresarial, e vem ganhando grande espaço no Brasil, especialmente após a década de 1980 e as privatizações promovidas pelo Governo Fernando Henrique Cardoso, as quais geraram um aquecimento no mercado privado de compra e venda de participações societárias.

O essencialismo se desenvolveu no Brasil primeiramente nos ramos da contabilidade e da economia, em grande parte em virtude de iniciativas da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, e em razão da necessidade de se fornecer no mercado de compra e venda de participações societárias, informações que permitissem a avaliação econômico-financeira real de determinada Companhia, conferindo maior segurança jurídica aos investidores.

Nesse sentido, destaca-se o item 51 do Pronunciamento Conceitual Básico do Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC, editado em 2008, o qual, apesar de ser mais recente, traduz de maneira exemplar o esforço empreendido no meio contábil para implementar a corrente essencialista no Brasil. Veja-se:

“Ao avaliar se um item se enquadra na definição de ativo, passivo ou patrimônio líquido, deve-se atentar para a sua essência e realidade econômica e não apenas sua forma legal. Assim, por exemplo, no caso do arrendamento financeiro, a essência e a realidade econômica são que o arrendatário adquire os benefícios econômicos do uso do ativo arrendado pela maior parte da sua vida útil, como contraprestação de aceitar a obrigação de pagar por esse direito um valor próximo do valor justo do ativo e o respectivo encargo financeiro. Dessa forma, o arrendamento financeiro dá origem a itens que satisfazem a definição de um ativo e um passivo e, portanto, são reconhecidos como tais no balanço patrimonial do arrendatário.”

No âmbito legal, por sua vez, o essencialismo prega, em suma, que os atos ou negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com seu conteúdo econômico, de maneira que, independente da forma jurídica da qual se revista, caso seu objeto constitua uma grandeza qualificada como tributável, esta deverá ser tratada como tal, não obstante a aparência formal por ela exteriorizada.

Não são necessárias extensas leituras para se perceber que o formalismo, em virtude de sua primazia pelo caráter formal dos atos jurídicos, se distancia da realidade fática, o que pode se manifestar de dois modos: no “fiscalismo”, quando a tributação atingir formas que não revestem grandeza juridicamente tributáveis, ou no “elisivismo”, ocorrente quando se

permite aos contribuintes escolher irrestritamente o tributariamente menos oneroso dentre os institutos jurídicos existentes, de maneira a alcançar efeitos tributários mais econômicos, os quais não se verificariam caso se utilizasse a forma jurídica adequada.

Em virtude disso, o direito brasileiro, na esteira de outros ordenamentos jurídicos, utiliza-se dos conceitos de elisão e evasão fiscal, com o intuito possibilitar que os atos jurídicos sejam interpretados conforme sua realidade fática, adotando um caráter essencialista em detrimento do formalista. A seguir, se discorrerá sobre os aludidos preceitos legais.

2.3.2 *Conceitos de Evasão Fiscal, Elisão Lícita, e Elisão Abusiva*

Neste item serão traçadas com detalhe as diferenças entre a elisão lícita e a elisão abusiva, bem como se evidenciará as incongruências entre os conceitos de elisão e evasão fiscal.

Conforme ensina Alberto Xavier (2003), a expressão elisão fiscal não pode ser associada ao conceito de evasão fiscal, uma vez que não se refere a um ato materialmente ilícito, por meio do qual o contribuinte viola sua obrigação tributária. Ao contrário, a elisão fiscal se relaciona à prática de atos, *a priori*, lícitos, executados dentro da esfera de liberdade de organização do contribuinte, cujo escopo é reduzir a carga tributária resultante da ocorrência de determinado fato gerador.

Existe, dessa forma, uma diferença clara entre a elisão e evasão fiscal, uma vez que aquela consiste na prática de um ato lícito que visa reduzir a carga tributária incidente sobre certa operação, e esta consiste na prática de um ato essencialmente ilícito cujo objetivo é ocultar ou disfarçar a ocorrência de parte ou da totalidade do fato gerador de certo tributo.

Nessa esteira, apropriando-se dos ensinamentos do professor Ricardo Lobo Torres (2006), poderia se inferir que a diferença marcante entre a evasão fiscal e a elisão fiscal consiste no fato de que, enquanto aquela tenta mascarar a ocorrência de um fato imponible, criando uma situação jurídica inexistente, esta não nega a existência do fato gerador, mas tenta, utilizando-se de vias lícitas, retirá-lo da sombra de subsunção lançada pela hipótese de incidência do tributo.

A elisão fiscal, por conseguinte, toma forma antes da passagem do fato gerador do tributo, relacionando-se à sua hipótese de incidência, enquanto a evasão fiscal é percebida somente após a ocorrência do fato impositivo, e objetiva ocultá-lo ou descaracterizar seu verdadeiro valor.

Confirmam-se, nesse sentido, as palavras de José Eduardo Soares de Melo (2005):

“Além de sua natureza lícita, a elisão se delineia de conformidade com o momento de ação do contribuinte, não sendo cabível sua configuração após já estar positivada a obrigação tributária. Enquanto não estiver instaurada tal obrigação, ainda tem lugar a figura elisiva em virtude de penetrar na própria formação do ato privado e concomitante interferência nos seus efeitos tributários.”

De forma semelhante leciona o professor Rubens Gomes de Souza (2004). Veja-se:

“um roteiro simples e seguro para aplicar a solução ideal a cada caso concreto: (a) se os atos praticados (...) são anteriores à ocorrência do fato gerador a hipótese é de elisão; ao contrário: (b) se os atos praticados (...) são posteriores à ocorrência do fato gerador, a hipótese é de evasão, ou seja, o resultado (obtido ou não) de evitar, reduzir ou diferir o imposto, ainda que por atos objetivamente lícitos, será ilegítimo. (grifo)”

Verifica-se, dessa forma, que a diferenciação entre a elisão e a evasão fiscal repousa em um critério temporal objetivo, na medida em que, caso o ato jurídico tenha se perpetuado antes da ocorrência do fato gerador, estar-se-á diante da primeira, ao ponto que, caso tenha ele sido realizado após a ocorrência do fato impositivo, estar-se-á diante da segunda.

A elisão fiscal, por sua vez, pode ser dividida em elisão lícita e elisão abusiva, em vista da forma do ato jurídico adotada pelo contribuinte e dos efeitos dele decorrentes.

A elisão lícita, por óbvio, não constitui ato ilícito jurídico algum, sendo ela autorizada pelo ordenamento jurídico brasileiro e, conseqüentemente, pelo direito tributário. Representa ela o planejamento tributário que determinada empresa realiza, utilizando-se de formas negociais próprias com o intuito de reduzir a carga tributária incidente sobre suas operações.

Lado outro, a elisão fiscal se manifesta de forma abusiva quando a forma do ato jurídico escolhida pelo contribuinte, apesar de estar prevista no ordenamento jurídico, ou seja,

ser objetivamente legal, for imprópria para produzir os efeitos por ele desejados, mas que, por produzir efeitos semelhantes, seja por ele escolhido em virtude de sua menor carga tributária.

Leia-se, nesse sentido, as palavras do mestre Hermes Marcelo Huck (1997):

“se há o recurso à forma manifestamente inadequada ou anormal em relação ao ato ou negócio jurídico que se pretenda concluir, e esse recurso obedece ao propósito deliberado de não pagar o imposto que gravaria o ato ou negócio jurídico efetivamente desejado, e se essa ‘roupagem jurídica’ não apresenta outra explicação racional que não o objetivo de evadir-se do legítimo tributo, é admissível que exista uma conduta lícita, ainda que a forma jurídica em si mesma não seja proibida pelo direito privado.”

Naturalmente, não se está defendendo que o contribuinte é obrigado a eleger a forma tributariamente mais onerosa para realizar os atos jurídicos que desejar praticar. O que se sustenta é apenas que, caso o negócio jurídico perpetuado gere, por vias oblíquas, determinado benefício fiscal, e este benefício fiscal não seria gerado caso o contribuinte houvesse realizado o negócio jurídico adequado para gerar os efeitos por ele desejados, este deverá ser considerado um ato elisivo abusivo, e, como tal, deve ser desconsiderado.

Uma vez feitas as considerações necessárias acerca da evasão e elisão fiscal, passa-se à análise da possibilidade de amortização do *goodwill* para fins fiscais.

2.3.3 A amortização do goodwill à luz dos conceitos de elisão e evasão fiscal e dos princípios do formalismo e do essencialismo

Conforme conceituado previamente, o ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura, ou *goodwill*, como é comumente chamado, representa o valor pago pelo investidor em excesso ao valor real das quotas/ações da Companhia investida, em virtude da expectativa de que esta gere, nos exercícios financeiros a vir, bons resultados.

Além disso, relatou-se também que, em razão das modificações introduzidas pela Lei 11.638/07 e da Lei 11.941/09, não se sabe se ainda é possível que o valor pago a título de *goodwill* seja deduzido da base de cálculo do Imposto de Renda – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL da Companhia investidora, de acordo com o previsto no artigo 7º da Lei 9.532/97. Atualmente, considerando a vigência do RTT, o valor do ágio por

rentabilidade futura pode ser amortizado para efeitos fiscais, desde que os ajustes sejam realizados na apuração do Lucro Real, com lastro nos registros contábeis.

Dessa forma, analisar-se-á abaixo a caracterização da alienação de participação societária em que se verifique o *goodwill* como um ato elisivo lícito ou abusivo, em vista dos conceitos de elisão fiscal assentados acima.

De acordo com a teoria da elisão fiscal exposta acima, verificar-se-á, em suma, a elisão abusiva, quando o contribuinte praticar, antes da ocorrência do fato gerador do tributo, negócio jurídico sob forma lícita, mas cujos efeitos produzidos resultem em um benefício fiscal não verificável caso tivesse sido praticado o ato jurídico padrão para a operação desejada.

Observa-se, dessa forma, que para que o negócio jurídico seja considerado elisivo abusivo, é necessária a presença de dois requisitos: (i) que o ato jurídico tenha sido praticado antes da ocorrência do fato gerador do tributo, sob pena de se estar diante de evasão e não elisão fiscal, e (ii) que a forma elegida pelo contribuinte, não obstante seja válida no ordenamento jurídico, gere uma economia fiscal que não existiria caso houvesse sido realizado o negócio jurídico adequado para operação que se quis realizar.

No que tange o primeiro dos requisitos supramencionados, observa-se que este normalmente estará presente quando se tratar de compra e venda de participação societária com ágio, uma vez que o aludido ato jurídico costuma ocorrer antes do fato gerador do Imposto de Renda ou da CSLL, cuja base de cálculo se pretende reduzir.

Dessa forma, na hipótese supramencionada, usualmente se tratará de elisão fiscal, e não de evasão fiscal. Cabe, agora, verificar se a compra e venda de participação societária com ágio corresponde a uma hipótese de elisão abusiva, ou elisão lícita.

Nessa esteira, observa-se que a compra e venda de alienação de participação societária com ágio não se adequa ao segundo dos requisitos mencionados, cuja presença é imprescindível para que se caracterize a elisão abusiva, uma vez que a forma elegida pelo contribuinte não se mostra inadequada para se obter os efeitos por ele desejados, mas

justamente o contrário, produzindo exatamente os efeitos por ele almejados. O objetivo central da compra e venda é a transferência de propriedade entre as partes contratantes, o que, na hipótese ora tratada, é exatamente o que ocorre.

A possibilidade de amortização do ágio na base de cálculo do IRPJ e do CSLL, dessa forma, é não mais que um efeito secundário da transação praticada pelos contratantes, o qual, por mais que seja benéfico para os contribuintes, não pode ser afastado simplesmente por não ir ao encontro dos interesses do Fisco.

Dessa forma, observa-se que, sob a perspectiva da teoria da elisão fiscal, a possibilidade de amortização do ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura, decorrente da alienação de participação societária, não representa um ato jurídico abusivo, constituindo, assim, um método lícito de elisão fiscal.

Não obstante, caso se verifique a presença de indícios inequívocos que legitimem ou induzam à conclusão de não caracterizarem os negócios jurídicos praticados uma efetiva aquisição, não resultando em efetiva mudança no controle societário da Companhia, observar-se-á que o negócio jurídico fora praticado pelas partes com o objetivo exclusivo de gozar dos benefícios fiscais resultantes da amortização do *goodwill*.

Em adição, caso a quantificação do *goodwill* seja realizada de forma a inflar o seu valor, estar-se-á também diante de um negócio jurídico fraudulento, cujo objetivo é aproveitar ilicitamente do benefício fiscal concedido.

Nessas hipóteses, ambos os requisitos supramencionados (prática do negócio jurídico antes da ocorrência do fato gerador e sob forma inadequada para a consecução dos efeitos gerados) estão presentes, fato que enseja a caracterização da elisão abusiva, sendo possível, assim, que o efeito fiscal da compra e venda de participação societária com *goodwill*, qual seja, a possibilidade de sua dedução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, sejam desconsiderados pela autoridade administrativa competente.

2.4 Efeitos práticos decorrentes das modificações referentes ao tratamento fiscal do ágio

2.4.1 O RTT e o ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura

Conforme ressaltado no início do presente estudo, as mudanças introduzidas pelas Leis 11.638/07 e 11.941/09 na Lei de S/A extinguiram a conta de ativo diferido das Companhias, onde se inseria o ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura. Dessa forma, o *goodwill* passou a integrar o ativo intangível da sociedade, e, como já se sabe, deixou de ser amortizável (cumpre mencionar que existem ativos intangíveis amortizáveis, mas o *goodwill* não é um deles).

Em adição, as Leis 11.638/07 e 11.941/09 implementaram várias outras modificações na Lei de S/A, com o intuito de adequar as diretrizes contábeis brasileiras ao *International Financial Reporting Standards*, ou IFRS, cujo objetivo é proporcionar maior segurança ao mercado de aquisição e alienação de participação societária, impondo, para tanto, normas de cunho contábil que conferem maior transparência às informações divulgadas pelas Companhias no mercado aberto de ações.

Todavia, em razão da magnitude das modificações introduzidas, o legislador, procurando conferir um prazo às companhias para que se adaptassem à nova realidade das regras societárias e contábeis, introduziu, por meio da Lei 11.941/09, o Regime de Tributário de Transição, ou simplesmente RTT.

Nesse sentido, colaciona-se o artigo 16 da Lei 11.941:

“Art. 16. As alterações introduzidas pela Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e pelos arts. 37 e 38 desta Lei que modifiquem o critério de reconhecimento de receitas, custos e despesas computadas na apuração do lucro líquido do exercício definido no art. 191 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, não terão efeitos para fins de apuração do lucro real da pessoa jurídica sujeita ao RTT, devendo ser considerados, para fins tributários, os métodos e critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007.”

No que tange ao prazo que o RTT vigorará, ressalta-se que o artigo 15, parágrafo 1º, da Lei 11.941/09 estipulou: *“O RTT vigorará até a entrada em vigor de lei que discipline os*

efeitos tributários dos novos métodos e critérios contábeis, buscando a neutralidade tributária”. Contudo, a aludida norma legal não foi ainda elaborada pelo Congresso Nacional, razão pela qual há doutrinadores que sustentam que o RTT continua ainda em vigor, por prazo indeterminado.

Nesse sentido, colaciona-se a seguinte trecho retirado do artigo Aproveitamento Fiscal de Ágio Fundamentado em Perspectiva de Rentabilidade Futura Após o Advento das Leis nº. 11.638/07 e 11.941/09, escrito por Carlos Scharfstein e Gustavo Brigadão (2010, p.243):

“O RTT é opcional para o biênio 2008 – 2009 (opção simultânea antecipada para ambos os anos) e obrigatório a partir de 2010; inclusive, até que seja baixada a lei a que se refere o art. 15, §1º, da Lei nº 11.941/09; enquanto for válido, prevalecem em vigor, para fins tributários, os métodos e critérios vigentes em 31 de Dezembro de 2007.”

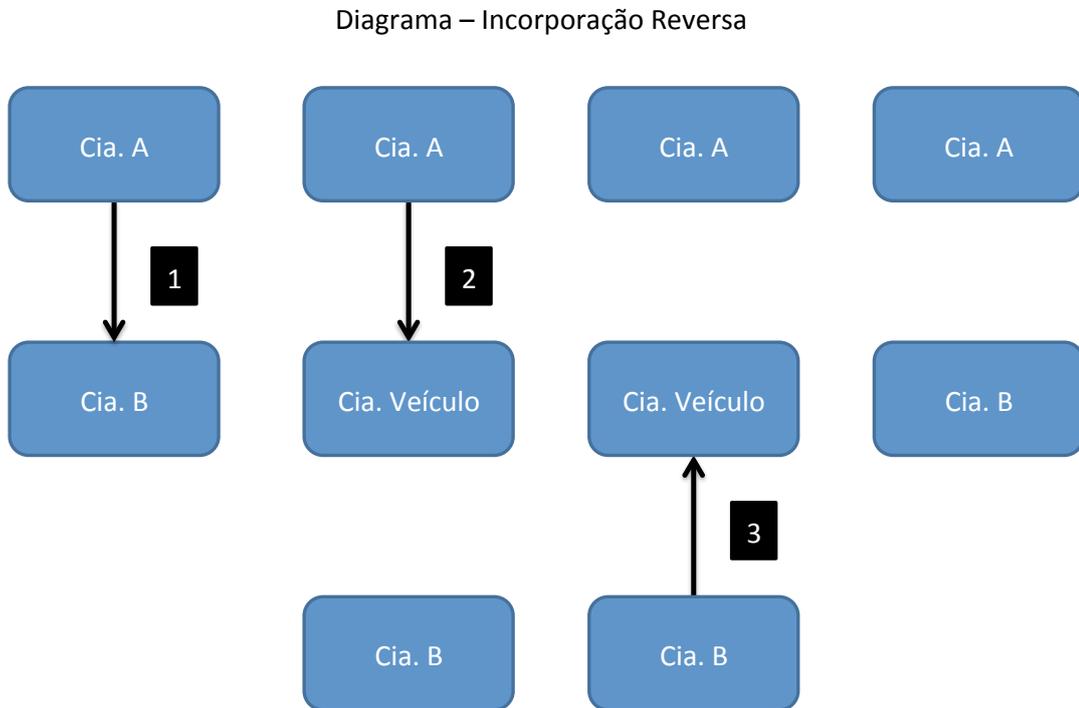
Portanto, observa-se que, caso se admita a persistência do RTT, continuam ainda em vigor as disposições constantes da Lei 6.404/76 até a data de 31 de Dezembro de 2007. Uma vez que, nos termos das referidas normas societárias, o ágio podia ser amortizado para fins fiscais, é possível se concluir que, pode o valor pago a título de *goodwill*, ao menos por enquanto, ser deduzido da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

2.4.2 A amortização do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura nas operações denominadas incorporações às avessas

As incorporações às avessas, também denominadas incorporações reversas, são operações nas quais a companhia controladora é incorporada por sua companhia controlada. O nome às avessas, inclusive, é uma alusão à peculiaridade verificada nesse tipo de operação, uma vez que, via de regra, a companhia controladora possui um porte maior, e dificilmente poderia ser incorporada por uma pessoa jurídica de porte inferior, como sua controlada.

O objetivo da incorporação às avessas é eminentemente fiscal, uma vez que se visa, basicamente, a economia tributária decorrente da amortização, para fins de Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, ou simplesmente *goodwill*.

A incorporação às avessas pode ser descrita conforme o esquema montado abaixo:



- i) Aquisição do controle societário da companhia B pela companhia A com *goodwill*;
- ii) Cisão parcial da companhia A para a criação da companhia Y (veículo), sendo o patrimônio desta última exclusivamente a participação societária da companhia A na companhia B; e
- iii) Incorporação da companhia Y (veículo) pela companhia B, sua controlada, a qual deduzirá, durante os próximos 5 (cinco) anos, o valor referente a *goodwill* da base de cálculo de seu IRPJ e CSLL, abatendo-o no LALUR (Livro de Apuração do Lucro Real).

No que tange à normatização das incorporações às avessas, ressalta-se que a CVM, por meio da Instrução 319, disciplinou a matéria, havendo disposto da seguinte maneira:

“Art. 6º - O montante do ágio ou do deságio, conforme o caso, resultante da aquisição do controle da companhia aberta que vier a incorporar sua controladora será contabilizado, na incorporadora, da seguinte forma:

I. nas contas representativas dos bens que lhes deram origem – quando o fundamento econômico tiver sido a diferença entre o valor de mercado dos bens e o seu valor contábil (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 1º);

II. em conta específica do ativo imobilizado (ágio) – quando o fundamento econômico tiver sido a aquisição do direito de exploração, concessão ou permissão delegadas pelo Poder Público (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 2º, alínea b); e

III. em conta específica do ativo diferido (ágio) ou em conta específica de resultado de exercício futuro (deságio) – quando o fundamento econômico tiver sido a expectativa de resultado futuro (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 2º, alínea a).

Art. 9º - Nas operações de incorporação de companhia aberta por sua controladora, ou desta por companhia aberta controlada, o cálculo da relação de substituição das ações dos acionistas não controladores deverá excluir o saldo do ágio pago na aquisição da controlada.”

Nesse ponto, cumpre mencionar que existe um possível conflito entre a Instrução supramencionada e a legislação societária, uma vez que o colacionado artigo 6º, inciso III determina que o ágio fundado em expectativa de resultado futuro seja registrado na conta de ativo diferido, o qual, conforme se ressaltou acima, deixou de existir em virtude das alterações promovidas pela Lei 11.638/07.

Não obstante, como o RTT – Regime Tributário de Transição determina que, por ora, as alterações promovidas pela Lei 11.638/07 e pela Lei 11.941/09 não possuem força normativa para fins fiscais, a alocação do *goodwill* como ativo diferido ainda se opera.

Por sua vez, salienta-se que a própria legislação fiscal autoriza a amortização do *goodwill* para fins fiscais. Analise, para tanto, os artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97:

“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: (...)

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).

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

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

Assim, observa-se que a legislação fiscal pátria autoriza, inclusive quando ocorrerem incorporações às avessas, a amortização do *goodwill* na apuração do Lucro Real. Essa posição também é compartilhada pelo CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, o qual já se posicionou de forma favorável à dedução supramencionada. Observe o seguinte acórdão¹¹:

“RECURSO DE OFÍCIO - Decisão de primeira instância pautada dentro das normais legais que regem a matéria e de conformidade com o que consta nos autos não merece qualquer reparo. Recurso de ofício a que se nega provimento. REAVALIAÇÃO DE BENS - ÁGIO EM INVESTIMENTO - INOBSERVÂNCIA - RESERVA DE REAVALIAÇÃO - Uma vez não comprovada a ocorrência de ágio em investimento, motivado por suposta mais-valia de bens do ativo permanente de coligada, bem ainda, observado que quando da incorporação da investidora pela coligada esta última reavalia esses mesmos bens, sem contudo constituir a competente reserva de reavaliação, obriga-se a pessoa jurídica que tem os bens reavaliados a realizar, no momento da reavaliação, a receita decorrente de tal aumento patrimonial. DEPRECIÇÃO - AMORTIZAÇÃO - DEDUTIBILIDADE - LUCRO REAL - Condiciona-se a dedutibilidade de depreciação ou de amortização à comprovação do encargo mediante a perfeita identificação na contabilidade dos bens e dos fatos que sofreram e sofrem tais eventos. INCORPORAÇÃO ÀS AVESSAS - GLOSA DE PREJUÍZOS - IMPROCEDÊNCIA - A denominada "incorporação às avessas", não é proibida pelo ordenamento jurídico. Realizada por empresas operativas e com objetivo social semelhante, não pode ser tipificada como operação simulada, mormente quando teve por escopo a busca de melhor eficiência das operações entre ambas praticadas. CSLL - DECORRÊNCIA - Tratando-se de exigência por irregularidade apontada no IRPJ, o decidido quanto ao principal deve nortear e ser estendido aos lançamentos reflexos.” (Acórdão nº. 10515822 do Processo 10730001327200369; d.j. 22/06/2006)

Entretanto, apesar do posicionamento favorável do CARF, o Superior Tribunal de Justiça já desconsiderou a operação de incorporação às avessas, determinando a glosa dos valores deduzidos da base de cálculo do IRPJ e CSLL. Veja-se:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. REFIS II. INCLUSÃO DE DÉBITOS DE EMPRESA INCORPORADA. INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO, SOB O ARGUMENTO DE QUE A "INCORPORAÇÃO ÀS AVESSAS", NO CASO CONCRETO, CONSTITUIU ARTIFÍCIO QUE VISAVA FRAUDAR (ART. 116, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN) A POSSIBILIDADE DE RECUPERAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INCORPORAÇÃO REALIZADA POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL POSTERIORMENTE REVOGADA. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF.

1. A recorrente impetrou Mandado de Segurança visando fazer cessar suposta ilegalidade do INSS, que indeferiu o pedido de inclusão de débitos de empresa por ela incorporada no parcelamento denominado Refis II.

2. O ato administrativo teve por fundamento a aplicação do art. 116, parágrafo único, do CTN, com base na compreensão de que a denominada "incorporação às avessas" constituiu meio fraudulento tendente a inviabilizar a recuperação do crédito tributário.

¹¹No mesmo sentido o Acórdão nº. 10197072 do Processo 16327001757200418, d.j. 17/12/2008.

3. *A Administração Tributária concluiu que é inviável uma empresa de pequeno porte, com capital social de R\$ 3.805.000,00 (três milhões e oitocentos e cinco mil reais) e receita bruta de pequena monta (R\$ 50.000,00 em 2002) - que faz jus ao pagamento de seus débitos em até cento e oitenta prestações mensais - , incorporar estabelecimento empresarial de estrutura muito superior, com receita bruta média de R\$ 16.000.000,00 e débitos estimados em R\$ 10.000.000,00, que somente podem ser pagos no regime do parcelamento ordinário (60 prestações mensais), em razão da perda do prazo de adesão ao mencionado Refis II.*
4. *O Tribunal de origem consignou que a operação societária controvertida (incorporação) somente havia sido efetivada em cumprimento a decisão liminar em outro writ, a qual foi posteriormente revogada diante da denegação da Segurança.*
5. *Considerando que a higidez da incorporação é pressuposto lógico para julgar este feito, a ausência de impugnação ao aludido fundamento no Recurso Especial atrai a incidência da Súmula 283/STF.*
6. *Ainda que fosse possível contornar o óbice sumular, a falta de prova pré-constituída quanto à própria validade e eficácia da incorporação fulmina a existência de direito líquido e certo à pretendida inclusão dos débitos no parcelamento, tendo em vista que o desfazimento da operação societária fez retornar a existência de duas pessoas jurídicas distintas, uma das quais (justamente a maior devedora) não efetuou a opção pelo parcelamento especial (Refis II).*
7. *Recurso Especial não conhecido.” (REsp 1295887/MG; Ministro Herman Benjamin; Data do Julgamento: 04/09/2012)*

Apesar do posicionamento exarado na ementa supramencionada, ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça não se opõe à realização de incorporação às avessas. A anulação do negócio jurídico objeto do processo acima teve como base a simulação, vício que geraria a nulidade de qualquer negócio jurídico firmado sob a égide do ordenamento jurídico pátrio.

Não obstante, verifica-se claramente que, para que a amortização do *goodwill* produza efeitos para fins fiscais, é imperativo que a incorporação às avessas seja uma operação genuína, de fato ocorrendo a transferência do controle societário, bem como o pagamento das cotas, entre a companhia investida e a companhia investidora. Nessas hipóteses, a manobra societária ora estudada é não só válida, como possui amparo legal e infralegal.

3 METODOLOGIA

3.1 Taxonomia

A presente pesquisa, no que tange a seus objetivos, é classificada como descritiva, a qual se preocupa, conforme ressaltado por Andrade (2004) em observar os fatos, registrá-los, analisá-los, classificá-los e interpretá-los, sem que exista qualquer interferência do pesquisador. Assim, em pesquisas descritivas, fenômenos físicos e humanos são estudados sem que haja sua manipulação por parte de quem realiza o estudo.

No que tange a abordagem do problema proposto, o estudo se caracteriza como qualitativo. O enfoque qualitativo se preocupa em explicar o objeto de estudo proposto por meio não da coleta extensiva de amostras e de dados estatísticos, mas sim por meio do estudo do problema através do material didático já existente sobre a matéria.

Por fim, ressalta-se que o procedimento técnico da presente pesquisa é o bibliográfico, o qual, segundo Salvador(2003) representa um “*estudo teórico elaborado a partir da reflexão pessoal e da análise de documentos escritos, originais primários denominados fontes*”, as quais consistem em livros artigos, documentos, teses, dissertações, monografias, entre outros.

3.2 Método científico

O método científico atinente à presente pesquisa é o dialético, o qual se fundamenta, em suma, na teoria Hegeliana, utilizando-se do conflito como base para a construção do conhecimento. Sobre o aludido método, cita-se as palavras de Telam Cristiane Sasso de Lima (2007):

“O método dialético implica sempre em uma revisão e em uma reflexão crítica e totalizante porque submete à análise toda interpretação pré-existente sobre o objeto de estudo. Traz como necessidade a revisão crítica dos conceitos já existentes a fim de que sejam incorporados ou superados criticamente pelo pesquisador. Trata-se de chegar à essência das relações, dos processos e das estruturas, envolvendo na análise também as representações ideológicas, ou teóricas construídas sobre o objeto em questão.”

Dessa forma, o presente trabalho se baseará nas teorias existentes acerca da amortização do ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura, inferindo-se uma conclusão sobre o assunto ao se conflitar os diferentes posicionamentos expressos pelos autores estudados.

3.3 Coleta do material bibliográfico

A coleta do material bibliográfico do presente estudo obedeceu aos seguintes critérios:

- a. Critério temático – listagem das obras relacionadas ao objeto de estudo, de acordo com os temas que lhe são correlatos;
- b. Critério lingüístico – obras nos idiomas português e inglês;
- c. Critério das fontes – estabelecimento de quais fontes, preferencialmente, se desejaria pesquisar. No caso, optou-se por livros, artigos e dissertações;
- d. Critério cronológico – fixação do período de tempo abarcado pelo objeto da pesquisa, e listagem das obras a ele relacionadas.

4 ANÁLISE EXPLICATIVA E DISCUSSÕES

Conforme ressaltado anteriormente no presente trabalho, há ainda divergências doutrinárias no que tange à possibilidade das normas societárias influírem, de forma positiva ou negativa, no direito tributário.

Além disso, verificou-se que, filiando-se à corrente que sustenta a permanência em vigor do RTT no sistema jurídico brasileiro, mesmo a legislação societária, a qual não permitiria mais, hoje, a amortização do ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura, ampararia a possibilidade da amortização do *goodwill* para fins fiscais.

Não obstante, o argumento mais expressivo no sentido de que ainda é viável a dedução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL do valor pago a título de *goodwill* em determinada operação de compra e venda de participação societária, é a permanência em vigor do artigo 7º da Lei 9.532/97¹².

Com efeito, independentemente de haverem ou não as novas normas societárias estabelecido de forma contrária, bem como de influírem ou não elas no direito tributário, é fato que o artigo 7º da Lei 9.532/97 continua válido no sistema jurídico pátrio, razão pela qual o benefício fiscal por ele abrangido deve continuar sendo aproveitável pelos contribuintes.

Admitir de forma contrária seria sustentar que um dispositivo legal que se encontra em vigor no direito brasileiro pode, à discricionariedade dos órgãos fiscalizadores, não ser mais aplicado. Tal premissa violaria não só o princípio da legalidade, de importância ímpar no direito tributário, mas também o princípio da separação dos poderes, sobre o qual se funda a noção de democracia.

O próprio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, órgão julgador máximo da esfera administrativa, coaduna-se, em inúmeros julgados, com a possibilidade de

^{12c}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: (...)

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).

amortização do *goodwill* para fins fiscais. Nesse sentido, confira o trecho do seguinte voto, proferido pelo Conselheiro Aloysio José Percínio da Silva, retirado do Acórdão nº. 10323290 do Processo 18471001782200536¹³:

“O artigo 386 do Regulamento (Imposto de Renda) autoriza a amortização nas situações em que uma pessoa jurídica absorve o patrimônio de outra, em consequência de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, apurado segundo o disposto no artigo 385 (RIR). No caso previsto nestes autos, de fundamento econômico lastreado em previsão dos resultados nos exercícios futuros, o item III do dispositivo regulamentar permite a amortização nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados posteriormente à incorporação, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração.”

Percebe-se, assim, que o CARF continua permitindo que o ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura seja amortizado para fins fiscais.

Não obstante, não se sustenta, com o presente trabalho, que a perspectiva do CARF acerca da possibilidade de amortização do ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura se manteve estática ao longo dos anos. O que se percebe da leitura das decisões por ele proferidas é um constante fortalecimento do princípio do essencialismo em detrimento formalismo que se sobrepunha anteriormente¹⁴. Analise-se, para tanto, trecho do seguinte acórdão proferido pelo CARF:

“Em assim sendo, filio-me ao entendimento do Colegiado de origem no sentido de que, na incorporação da sociedade com a extinção das ações ou quotas de capital, o ágio apurado anteriormente com base em rentabilidade futura pode ser amortizado, se o acervo líquido houver sido avaliado a preço de mercado.”(Número do Processo: 18471.002754/2002-93; Órgão Julgador; Oitava Câmara/Primeiro Conselho de Contribuintes; Data do Julgamento: 14/06/2007)

Como se percebe, apesar de o CARF coadunar com a amortização fiscal do ágio, conforme determina a Lei 9.532/97, ele a condiciona ao fato de haver ocorrido a avaliação a preço de mercado, o que decorre da normatização contábil vigente.

Isso influencia tanto na forma como é avaliado o patrimônio líquido da companhia investida, uma vez que hodiernamente se pauta pelo valor de mercado dos bens, e não

¹³ Primeiro Conselho de Contribuintes. 3ª Câmara. Turma Ordinária; Acórdão nº 10323290 do Processo 18471001782200536; d.j. 05/12/2007.

¹⁴ Vide nesse sentido: Acórdão nº 10809371 (d.j. 14/06/2007); Acórdão nº 10196125 (d.j. 26/04/2007); Acórdão nº 10195786 (d.j. 18/10/2006); Acórdão nº 10515913 (d.j. 16/08/2006); Acórdão nº 10323290 (05/12/2007)

somente pelo valor declarado pela sociedade a título de patrimônio líquido, quanto na possibilidade de desconsideração do ato jurídico do qual resultou o *goodwill*, em virtude da propagação e aceitação das teorias antielisivistas.

Portanto, ao final do presente estudo, percebe-se claramente que ainda é possível a amortização, para fins fiscais, do ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura, uma vez que permanece em vigor o artigo 7º da Lei 9.532/97, inclusive nas hipóteses em que ocorrerem as operações denominadas de incorporação às avessas.

Apesar disso, observou-se também que o direito societário, com destaque para as Leis 11.638/07 e 11.941/09, bem como as normas contábeis vigentes, possuem grande influência na forma de se calcular o ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura, interferindo diretamente na apuração do lucro real das companhias, e indiretamente no direito tributário.

Em adição, concluiu-se também que, caso se verifique que o negócio jurídico praticado represente uma hipótese de elisão fiscal abusiva, poderá ele ser desconsiderado pela autoridade administrativa competente, com base no artigo 116, parágrafo único do Código Tributário Nacional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o esforço empreendido para a elaboração do presente estudo, chegou-se à diversas conclusões sobre a legalidade da amortização fiscal do ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura no direito brasileiro.

A princípio, percebeu-se que o velho mito de que as normas contábeis não tem o condão de interferir na órbita do direito tributário pode ser questionado, uma vez que contabilidade e direito se correlacionam reciprocamente.

Além disso, evidenciou-se que as modificações introduzidas na Lei 6.404/76, chamada de Lei de S/A, exsurgiram diversas questões no que tange tanto à forma como se calcula o valor identificado como ágio em determinada operação, quanto à viabilidade ou não de se deduzir o aludido valor da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Viu-se, ainda, que todo o sistema legal societário brasileiro é hoje sustentado pelo frágil RTT, o qual, ao mesmo tempo que traz uma esperança ao investidor, pois sustenta a amortização do ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura nos termos da Lei de S/A antes de introduzidas suas modificações, traz um certo anseio em virtude de sua volatilidade, já que a forma como esse é tratado nas normas de direito societário atuais divergem substancialmente da legislação tributária, o que pode levar, a qualquer momento, à vigência de uma nova legislação que venha a ruir com as bases da presente legislação societária.

Posteriormente, analisou-se detidamente os conceitos de essencialismo e formalismo, bem como de evasão fiscal, elisão lícita e elisão abusiva. Verificou-se, então, que o ato jurídico que culmina na amortização fiscal do *goodwill* não pode ser visto, *a priori*, como uma forma de elisão fiscal abusiva, sendo, dessa forma, lícito no direito brasileiro, posição esta que é compartilhada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF.

Por fim, concluiu-se ainda que, em virtude da permanência em vigor do artigo 7º da Lei 9.532/97, é passível de dedução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL o valor referente ao *goodwill* pago em determinada operação de compra e venda de participação societária.

Não obstante, a conclusão de maior relevância que se chegou com o presente estudo foi a de que a possibilidade de amortização do ágio fundamentado em perspectiva de rentabilidade futura é um elemento rotineiramente presente nas transações realizadas no mercado acionário, o qual, em virtude de sua relevância, merece atenção privilegiada dos doutrinadores, legisladores, e dos órgãos que exercem a função jurisdicional no Brasil.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PACHECO, Alexandre Sansone. Essência e Forma em Matéria Tributária – Matizes da Convergência das Normas Internacionais de Contabilidade. In: ROCHA. Sérgio André (Org.). *Direito Tributário, Societário, e a Reforma da Lei das S/A*. Volume 2. São Paulo: QuartierLatin, 2010, p. 39.

SCHARFSTEIN, Carlos, BRIGADÃO, Gustavo. Aproveitamento Fiscal de Ágio Fundamentado em Perspectiva de Rentabilidade Futura Após o Advento das Leis nº 11.638/07 e 11.941/09. In: ROCHA. Sérgio André (Org.). *Direito Tributário, Societário, e a Reforma da Lei das S/A*. Volume 2. São Paulo: QuartierLatin, 2010, p. 243.

FALOPPA, José Otavio Andrade; MARANESI, Fábio Alves. Ágio na Aquisição de Investimentos – Divergência entre Normas Contábeis e Fiscais. In: ROCHA. Sérgio André (Org.). *Direito Tributário, Societário, e a Reforma da Lei das S/A*. Volume 2. São Paulo: QuartierLatin, 2010, p. 333.

FILHO, Luiz Sérgio Vieira; MANETE, Mariano. O Ágio nas Aquisições de Participações Societárias – Tratamento Fiscal e Eventuais Impactos das Leis 11.638/07 e 11.941/09. In: ROCHA. Sérgio André (Org.). *Direito Tributário, Societário, e a Reforma da Lei das S/A*. Volume 2. São Paulo: QuartierLatin, 2010, p. 435.

MARTINS, Natanael; RODRIGUES, Daniel Souto. O Direito à Amortização Fiscal do Ágio: Uma Análise à Luz das Modificações Introduzidas nas Normas Contábeis e Societárias. In: ROCHA. Sérgio André (Org.). *Direito Tributário, Societário, e a Reforma da Lei das S/A*. Volume 2. São Paulo: QuartierLatin, 2010, p. 467.

UTUMI, Ana Cláudia Akie. O Ágio nas Operações de Fusões e Aquisições em Face das Novas Regras Jurídico Contábeis. In: MOSQUEIRA, Roberto Quiroga (Org.); LOPES, Alexsandro Broedel. *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. São Paulo. Dialética. 2010. p. 102.

GALHARDO, Luciana Rosanova; JUNIOR, Jorge Ney de Figueiredo Lopes. As Normas Contábeis e a Amortização Fiscal do Ágio. In: MOSQUEIRA, Roberto Quiroga (Org.); LOPES, Alexsandro Broedel. *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. São Paulo. Dialética. 2010. p. 216.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Planejamento Fiscal: Panorama Sete Anos Depois da Lc 104/01. In: *Revista Dialética do Direito Tributário*. Volume 159. São Paulo: Dialética, 2004, p. 89.

CARVALHO, Ivo César Barreto de. A Norma Geral Antielisiva e o Princípio da Proporcionalidade. In: *Revista Dialética do Direito Tributário*. Volume 103. São Paulo: Dialética, 2008, p. 89.

FONSECA, Frederico Almeida; GARCIA, Ana Carolina Moreira. O Ágio de Investimentos e a Lei 11.638/07. O que muda em relação ao Atual Tratamento Fiscal? In: *Revista Dialética do Direito Tributário*. Volume 164. São Paulo: Dialética, 2009. p. 53.

BOZZA, Fábio Piovezzan. Tratamento Fiscal do Ágio na Aquisição de Investimentos In: *Revista Dialética do Direito Tributário*. Volume 178. São Paulo: Dialética, 2010. p. 54.

HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e Elisão Rotas Nacionais e Internacionais do Planejamento Tributário*. São Paulo. Saraiva, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais. Volume III. 5ª Ed.* São Paulo. Saraiva. 2008.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 10ª Ed. Rio de Janeiro. Forense. 2009

PEIXOTO, Marcelo Magalhães. *Considerações sobre o Planejamento Tributário*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Org.). *Planejamento Tributário*. São Paulo. QuartierLatin. 2004. p. 71

MACHADO, Hugo de Brito. *Planejamento Tributário e Crime Fiscal na Atividade do Contabilista*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Org.). *Planejamento Tributário*. São Paulo. QuartierLatin. 2004. p. 419.

XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. Rio de Janeiro. Forense. 2003.

MELO, José Eduardo Soares de. *Planejamento Fiscal*. In: JÚNIOR, Pedro Anan. *Planejamento Fiscal Aspectos Teóricos e Práticos*. São Paulo. QuartierLatin. 2005. p.177.

LIMA, Telma Cristiane Sasso de; MIOTO, Regina Célia Tamasso. *Procedimentos metodológicos na construção do conhecimento científico: a pesquisa bibliográfica*. In: *Revista Katálysis*. Vol. 10. Florianópolis: Katálysis. 2007.