

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E
EXTENSÃO
COGAE/PUC-SP

FLÁVIA ALLEGRO GEROLA

ÁGIO E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO – ANÁLISE LEGAL A LUZ DA
JURISPRUDÊNCIA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

SÃO PAULO

FLÁVIA ALLEGRO GEROLA

**ÁGIO E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO – ANÁLISE LEGAL A LUZ DA
JURISPRUDÊNCIA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado ao Curso de pós-graduação *lato sensu* especialização em direito tributário, como parte dos requisitos para obtenção do Certificado de Especialização em Direito Tributário, sob orientação da Professora-Orientadora Marina Vieira de Figueiredo

São Paulo - SP
Novembro de 2013

AGRADECIMENTOS

À Professora Marina Vieira de Figueiredo pela orientação e dedicação ao presente trabalho.

À Pontifícia Universidade Católica e aos seus professores pela minha formação jurídica e por todas as oportunidades concedidas ao longo desta especialização em Direito Tributário, bem como aos seus funcionários pelo apoio e ajuda na estrutura do curso de Direito.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise da legislação tributária vigente no Brasil, bem como da doutrina e da jurisprudência com relação ao benefício fiscal concedido às aquisições de participações societárias que importem no aproveitamento do ágio, mediante a sua dedução da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Dessa maneira, o presente trabalho traz a lume a base legal que conferiu o referido benefício fiscal e os principais elementos utilizados pelas autoridades fiscais para desconsiderar as operações que envolvam o tema. Não obstante, a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos fiscais foi o principal objeto de estudo para analisar quais são os principais indícios das operações admitidas pelo referido tribunal administrativo.

As considerações feitas ao tema em questão são respondidas a partir da análise do direito positivo, com ênfase especial na legislação e jurisprudência administrativa que tratam da matéria, com fundamentos nas teses desenvolvidas pela substancial doutrina produzida acerca do tema.

ABSTRACT

This paper aims to analyze tax legislation in force in Brazil, as well as the doctrine and case law with respect to the tax benefit granted to acquisitions of equity implying the goodwill deductibility from the calculating basis of Corporate Income Tax and Social Contribution.

In view of that, this study brings to light the legal basis given the said tax benefit and, also the major elements used by tax authorities to disregard transactions that involve the goodwill amortization. Nevertheless, the case law of Tax Payers Council was the main object of study, to analyze what are the main signs of the operations permitted by the Administrative Court.

The considerations to the subject in question are answered from the analysis of law, with particular emphasis on law and administrative case law dealing with the matter, with foundations in the theories developed by doctrine on the subject.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1	9
ÁGIO EM AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTOS – CONCEITO E HIPÓTESES DE APROVEITAMENTO FISCAL	9
1.1 AVALIAÇÃO DO INVESTIMENTO E VERIFICAÇÃO DO VALOR DO ÁGIO	14
1.2 A FUNDAMENTAÇÃO DO ÁGIO COM BASE NO VALOR DE MERCADO NA RENTABILIDADE FUTURA: DEVER DE DEMONSTRAR E O LAUDO DE AVALIAÇÃO	19
CAPÍTULO 2	22
BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA LEI 11.638/2007	22
CAPÍTULO 03	24
AS PRINCIPAIS CAUSAS DE AUTUAÇÃO DOS ÁGIOS RECONHECIDOS PELAS EMPRESAS, PELAS AUTORIDADES FISCAIS BRASILEIRAS	24
3.1 REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES ENTRE PARTES LIGADAS E A QUESTÃO DO ÁGIO INTERNO.....	34
3.2 UTILIZAÇÃO DE "EMPRESA VEÍCULO"	40
CONCLUSÃO	44
BIBLIOGRAFIA	46

INTRODUÇÃO

A atual pesquisa busca identificar as principais normas relacionadas ao registro e a amortização do ágio, bem como a forma como o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais tem, de fato, tratado a questão, bem como os seus aspectos tributários relevantes.

O tema se justifica pela sua importância e atualidade no contexto sócio-econômico e também pela interessante relação de diversos ramos do direito, como o tributário, o civil, o administrativo e o empresarial.

No presente trabalho pretende-se demonstrar quais as causas de desconsideração dos negócios jurídicos envolvendo o aproveitamento do ágio, em atenção às principais alegações apontadas pelas autoridades fiscais para autuarem a dedução do ágio pelas empresas. Busca-se, portanto, analisar a atuação das autoridades fiscais e do Conselho Administrativo de Recursos fiscais de acordo com a legislação vigente e a doutrina existente sobre o tema.

Com relação ao ágio propriamente dito, busca-se a partir dos elementos fornecidos pelo direito tributário, empresarial e pelas normas contábeis, traçar suas principais características e defini-lo, encontrando-se, assim, a sua correta maneira de tributação e os possíveis benefícios fiscais que lhe são conferidos.

No texto constitucional são assegurados os princípios de ordem econômica, os quais dão suporte aos direitos elencados no texto constitucional, quais sejam, a propriedade privada, a função social da propriedade e da empresa, livre concorrência, garantia do pleno emprego, suprimimento das desigualdades regionais e sociais e tratamento diferenciado para as pequenas e micro empresas, dentre outros. Diante do exposto, torna-se clara a importância do ágio e dos benefícios fiscais conferidos para o tipo registrado sob a expectativa de rentabilidade futura, para o exercício justo e legal das operações que o envolvem.

Não obstante as normas que abarcam o tema, o presente trabalho debruçou-se sobre os principais Acórdãos proferidos pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, órgão responsável pelo julgamento dos recursos propostos em processos administrativos e apurou os elementos que não estão expressos na lei, mas que são utilizados para desconsiderar as reorganizações empresariais e aquisições de participações societárias que acarretam no registro e na amortização do ágio.

Desta forma, o presente trabalho abordou tanto os elementos legais como os fáticos que devem ser observados pelos contribuintes quando realizam aquisições de investimentos, para evitar posterior questionamento e glosa do ágio apurado.

O trabalho tem por objetivo analisar a atuação deste importante tribunal administrativo em paralelo com a melhor doutrina sobre o tema, analisando as semelhanças e diferenças, bem como a posição majoritária quanto às divergências apresentadas ao longo do trabalho.

CAPÍTULO 1

ÁGIO EM AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTOS – CONCEITO E HIPÓTESES DE APROVEITAMENTO FISCAL

Com relação ao tratamento legal que o Direito Tributário confere ao ágio, especificamente com relação ao reconhecimento, escrituração e seu aproveitamento, o primeiro ato normativo que deve ser analisado é o Decreto 1.598 de 26 de dezembro de 1977.

Isto porque, o referido Decreto prevê, em seu artigo 20, que o contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá desdobrar o valor incorrido na aquisição em (i) valor de patrimônio líquido, na época da aquisição e (ii) ágio ou deságio na aquisição, referente à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição. *In verbis*:

“Art 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.”

Cabe esclarecer, que existem dois métodos de se reconhecer contabilmente a avaliação de investimentos: (i) o método do custo de aquisição e (ii) o método de equivalência patrimonial. No primeiro, o investimento não sofre alteração contábil no registro da investidora e, apesar de ser mais simples que o segundo, ele não indica o real valor do investimento.

Já com relação ao Método da Equivalência Patrimonial, o investimento realizado em outra empresa é avaliado proporcionalmente ao patrimônio líquido contábil da empresa investida.

Feitos esses esclarecimentos, cumpre apontar que o método de avaliação do patrimônio líquido da sociedade adquirida, nos casos de aquisição com ágio, será o Método da Equivalência Patrimonial (“MEP”), conforme dispõe o artigo 21 do aludido Decreto¹, ao referenciar-se ao artigo 248 da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (“Lei das Sociedades Anônimas”).

Por oportuno, e retratando a recepção destes comandos na legislação tributária, os 385 e 386, do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto 3.000, de 26 de março de 1999 – “RIR”), tratam do registro do ágio na aquisição de participação societária e sobre a possibilidade de amortizá-lo.

Exatamente nos moldes descritos acima, o artigo 385 do RIR estabelece que a pessoa jurídica que avaliar investimento em outra sociedade pelo MEP, deve desdobrar o custo de aquisição desse investimento em subcontas distintas que registram: **I** - o valor de patrimônio líquido da investida na época da aquisição e **II** - o ágio ou deságio apurado nessa aquisição.

Mais adiante, o parágrafo primeiro do artigo 385 (reproduzindo o comando disposto no artigo 20 do Decreto 1.598/77) estabelece que o valor do patrimônio líquido e do ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

Desta forma, verifica-se que o registro separado do valor ágio ou deságio e do patrimônio líquido – ou seja, dos investimentos avaliados pelo MEP – tem como objetivo

¹ “Art 21 - Em cada balanço o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no artigo 248 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as seguintes normas:

I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até 2 meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda.

II - se os critérios contábeis adotados pela coligada ou controlada e pelo contribuinte não forem uniformes, o contribuinte deverá fazer no balanço ou balancete da coligada ou controlada os ajustes necessários para eliminar as diferenças relevantes decorrentes da diversidade de critérios;

III - o balanço ou balancete da coligada ou controlada levantado em data anterior à do balanço do contribuinte deverá ser ajustado para registrar os efeitos relevantes de fatos extraordinários ocorridos no período;

IV - o prazo de 2 meses de que trata o item aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimentos relevantes que devam ser avaliados pelo valor de patrimônio líquido para efeito de determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada.

V - o valor do investimento do contribuinte será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido ajustado de acordo com os números anteriores, da porcentagem da participação do contribuinte na coligada ou controlada.”

considerar o ágio como custo de aquisição da participação acionária. Sendo assim, a empresa investidora deve registrar em subconta de seu ativo o valor do patrimônio líquido da investida, na proporção da participação adquirida e, no que diz respeito à diferença entre essa quantia e o preço pago na aquisição da empresa investida, deve ser registrada em outra subconta como ágio (se superior) ou deságio (se inferior) sobre aquele investimento.

Com base no parágrafo 2º do artigo 20 do Decreto 1.598/77, bem como no parágrafo 2º do artigo 385 do RIR, a razão econômica do ágio deverá ser indicada no momento de seu registro, tendo em vista: (i) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; (ii) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros e, (iii) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Isto significa dizer que o valor pago a título de ágio ou deságio pela sociedade investidora na investida deverá ter como fundamento uma das três razões dispostas acima, que em resumo significam a justificativa do ágio com base na mais valia, na expectativa de rentabilidade futura ou outras razões econômicas, como o fundo de comércio e bens intangíveis que a sociedade investida possuía a época da aquisição.

Pois bem. Em 10 de dezembro de 1997 foi publicada a Lei 9.532, que entre outras providências tributárias, trouxe em seu artigo 7º a previsão de que o ágio torna-se dedutível para fins fiscais quando a pessoa jurídica investidora absorve, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, o patrimônio de sua investida.

O inciso II do § 6º desse mesmo artigo estabelece, ainda, que o ágio será, da mesma forma, dedutível, se a investida absorver o patrimônio de sua investidora, por meio dessas reestruturações, conforme se depreende do dispositivo abaixo transcrito:

“Art. 386. 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 artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.

Da leitura do artigo infere-se que quando verificada a opção do inciso I, qual seja, o ágio registrado sob a justificativa do valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, o ágio passa a ser dedutível por meio da depreciação, amortização ou exaustão dos bens e direitos.

Com relação ao ágio registrado com base no valor da rentabilidade futura, este será dedutível na proporção de sua dedução máxima, qual seja, a de um sessenta avos (1/60) por mês. Por fim, com relação ao ágio registrado com base no fundo de comercio, intangíveis e outras razões econômicas, este último não poderá ser objeto de amortização.

Cabe, neste ponto, fazer um breve parêntese para esclarecer que a regra geral indica que as contrapartidas à amortização do ágio na aquisição de investimentos não devem ser computadas no cálculo do lucro real ou, em outras palavras, a sua amortização contábil não deve produzir qualquer efeito fiscal².

² BORGES, Alexandre Siciliano e MADEIRA, Eduardo Santos Arruda, in Reorganizações Empresariais: aspectos societários e tributários. São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 307. Os Autores esclarecem que depois de

Desta forma, a princípio a investidora não pode amortizar para fins tributários o ágio pago pela investida. Contudo, nos casos de absorção do patrimônio da sociedade adquirida com ágio, mediante fusão, incorporação ou cisão, a legislação estabelece outro tratamento em relação aos ágios fundamentados no valor de mercado de ativos ou expectativa de rentabilidade futura, conforme a disposição do artigo 386 do RIR/99 transcrito acima.

Em resumo, verifica-se que os comandos legais aqui citados regulam a matéria relativa ao registro e amortização do ágio, na medida em que estabelece que, para as aquisições de participações societárias sujeitas à equivalência patrimonial, as pessoas jurídicas são obrigadas a desdobrar o custo de aquisição em valor de patrimônio líquido e ágio e, após a verificação da justificativa que levaram ao pagamento do ágio, apurar se este valor será dedutível ou não nos termos legais.

A respeito da referida limitação legal para a dedução do ágio, a Lei 9.532/97 estabeleceu que a dedução do ágio, após o evento de incorporação, se daria apenas quando o ágio for fundado na Mais Valia ou na Rentabilidade Futura, ou seja, o ágio que não se justifique dessa maneira não poderá ser dedutível e, ainda, para os casos em que a dedução é permitida, ela só poderia ser efetuada à razão máxima de 1/60 avos ao mês, em um prazo mínimo de cinco anos.

Para que se possa aplicar o benefício da lei em comento, portanto, os principais elementos que devem ser analisados são: (a) a existência de ágio incorrido na aquisição de participação societária; (b) a fundamentação do ágio com base na rentabilidade futura da empresa investida; (c) a incorporação, pela investidora, da investida ou, de forma reversa, a incorporação da investidora na investida; e, ainda, (iv) os efeitos jurídicos ocasionados pela aquisição da participação societária.

No que diz respeito aos efeitos jurídicos da aquisição da participação societária e, ainda, de reorganizações societárias que também importam no registro e amortização do ágio, existem muitos debates a esse respeito, os quais serão melhor explorados adiante.

Contudo, cabe observar desde já que a Lei 9.532/97 teve de fato papel importante na época da privatização das empresas estatais, na medida em que trouxe o referido benefício fiscal ao ordenamento jurídico brasileiro para estimular a aquisição de participações societárias, principalmente as de empresas públicas.

realizado o desdobramento das contas, o valor do ágio (ou deságio) fica, para efeitos tributários “congelados” até que se realize o próximo investimento.

Sendo assim, existindo a previsão legal da possibilidade das empresas registrarem e amortizarem o ágio justificado na rentabilidade futura, naturalmente não apenas as empresas estatais que foram privatizadas, mas também todas as demais empresas que visam adquirir participação societária em outra, buscam a organização de suas estruturas de modo que o benefício fiscal do ágio possa ser aproveitado.

Contudo, o que deve ser observado com cautela em cada caso isoladamente, é a legalidade dos atos praticados, ou seja, a validade dos atos jurídicos práticos conjuntamente com a análise da substância da operação como um todo.

1.1 AVALIAÇÃO DO INVESTIMENTO E VERIFICAÇÃO DO VALOR DO ÁGIO

Esclarecida a disposição trazida pela legislação em vigor, a respeito do registro e da forma como deve se dar a amortização do ágio, cumpre esclarecer o meio como é feita a sua avaliação.

O artigo 385 do RIR/99 (que reproduz o artigo 20 do aludido Decreto 1.598/77), dispõe a respeito das obrigações do contribuinte no momento da avaliação de investimento em sociedade coligada ou controlada, momento esse, que como visto anteriormente, o custo da aquisição deverá ser desdobrado em duas contas distintas, uma indicando o valor do patrimônio líquido adquirido e, na outra, o ágio percebido.

Pois bem. O primeiro comando legal que deve ser observado pelo contribuinte quando do momento da avaliação do investimento e da determinação do valor do ágio é aquele que dispõe que tal procedimento deve se dar no exato momento da aquisição do investimento.

É importante observar que a legislação obriga a avaliação do investimento e a determinação do valor do ágio (ou do deságio), no momento da aquisição de investimento sujeito à avaliação pelo método da equivalência patrimonial.

Vale dizer que a conferência de bens e direitos, por quaisquer acionistas, em aumento de capital de outra pessoa jurídica, adotando-se como valor de conferência o custo de

aquisição do bem ou seu valor contábil, sempre foi permitida, desde que atendidas às disposições dos artigos 7 e 8 da Lei 6.404/76³.

Por essas normas verifica-se que, no ato do aumento de seu capital social, a empresa adquire o bem ou direito, o avalia e o incorpora a seu acervo líquido, entregando em troca ações de sua emissão.

Com relação à contribuição de capital, para empresa investidora que irá adquirir a participação, o recebimento de ações de outra empresa (empresa investida) em ato de integralização de capital revela-se como uma aquisição de participação societária com pagamento em ações, sendo que, em contrapartida, para a sociedade alienante, trata-se de alienação de participação societária com recebimento do pagamento em ações da empresa investidora.

A possibilidade de integralizar capital com bens e ou direitos, bem como a equiparação dessa integralização à alienação de bens e ou direitos pode ser verificada nas normas legais societárias e contábeis, bem como na legislação tributária nacional, como por exemplo no artigo 132 do RIR. Confira-se:

“Participações Societárias Adquiridas em Decorrência de Integralização de Capital com Bens ou Direitos

³Art. 7º O capital social poderá ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro.

Art. 8º A avaliação dos bens será feita por 3 (três) peritos ou por empresa especializada, nomeados em assembléia-geral dos subscritores, convocada pela imprensa e presidida por um dos fundadores, instalando-se em primeira convocação com a presença de subscritores que representem metade, pelo menos, do capital social, e em segunda convocação com qualquer número.

§ 1º Os peritos ou a empresa avaliadora deverão apresentar laudo fundamentado, com a indicação dos critérios de avaliação e dos elementos de comparação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados, e estarão presentes à assembléia que conhecer do laudo, a fim de prestarem as informações que lhes forem solicitadas.

§ 2º Se o subscritor aceitar o valor aprovado pela assembléia, os bens incorporar-se-ão ao patrimônio da companhia, competindo aos primeiros diretores cumprir as formalidades necessárias à respectiva transmissão.

§ 3º Se a assembléia não aprovar a avaliação, ou o subscritor não aceitar a avaliação aprovada, ficará sem efeito o projeto de constituição da companhia.

§ 4º Os bens não poderão ser incorporados ao patrimônio da companhia por valor acima do que lhes tiver dado o subscritor.

§ 5º Aplica-se à assembléia referida neste artigo o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 115.

§ 6º Os avaliadores e o subscritor responderão perante a companhia, os acionistas e terceiros, pelos danos que lhes causarem por culpa ou dolo na avaliação dos bens, sem prejuízo da responsabilidade penal em que tenham incorrido; no caso de bens em condomínio, a responsabilidade dos subscritores é solidária.

Art. 132. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos, pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado (Lei nº. 9.249, de 1995, art. 23.

§ 1º Se a transferência for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 464.

§ 2º Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.”

O que se verifica, portanto, é que a aquisição pode se dar por meio de integralização de capital, de modo que o Parecer Normativo CST 34/74 que dispõe sobre o tema esclarece que "(...) *na venda de terreno do ativo realizável ou na sua transferência para integralização de capital subscrito noutra sociedade, o resultado a apurar será o correspondente à diferença entre o custo do terreno e o valor da venda ou do capital subscrito.*" Em contrapartida, o aumento de capital é uma das formas previstas na legislação societária para a aquisição de bens pela sociedade.

A respeito da conferência de bens em integralização de capital, Fábio Ulhoa Coelho leciona o seguinte sobre o tema:

“Qualquer bem, corpóreo ou incorpóreo (registro de marca, patente, etc.), móvel ou imóvel, pode ser usado para a integralização do capital social da companhia. O bem transfere-se a título de propriedade, salvo estipulação diversa (usufruto, por exemplo), e a responsabilidade do subscritor equipara-se, outrossim, à do vendedor.”

Também a respeito da possibilidade de conferir bens como um tipo de negócio jurídico de alienação a título oneroso, o cabe analisar a obra de Modesto Carvalhosa:

“Os diversos negócios jurídicos envolvendo o estabelecimento podem ser classificados da seguinte maneira: (i) negócios de alienação inter vivos a título oneroso (compra e venda, permuta, conferência ao capital de sociedade, dação em pagamento) ou a título gratuito (doação); (iii) negócios jurídicos para fins de desfrute (arrendamento, usufruto, comodato) ou de garantia (penhor)”.

Diante do exposto, pode-se concluir que o termo alienação corresponde e é aplicável a todo e qualquer ato que implique na transferência da propriedade de um determinado bem de uma para outra pessoa, tal como claramente ocorre na integralização de capital.

No que diz respeito ao posicionamento da Receita Federal do Brasil, bem como dos Tribunais Superiores e do CARF, cabe afirmar que eles convergem no sentido de aceitar que a integralização de capital corresponde a uma espécie de alienação e, como tal, deve estar sujeita a todos os efeitos fiscais típicos de uma alienação (como ganho de capital tributável, registro de ágio, etc.).

Como exemplo, se transcreve abaixo alguns pronunciamentos da Secretaria da Receita Federal do Brasil:

“Superintendência Regional da Receita Federal 6ª Região Fiscal

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 288 de 22 de novembro de 2006

ASSUNTO: Normas Gerais de Direito Tributário

EMENTA: INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL A integralização de capital de pessoa jurídica mediante a incorporação de bens do ativo imobilizado da pessoa jurídica investidora configura modalidade de alienação desses bens.”

*“Superintendência Regional da Receita Federal - SRRF / 8a. RF
Decisão Processo de Consulta nº 115 de 26 de junho de 2006*

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF

Ementa: CONFERÊNCIA DE AÇÕES - Ganho de Capital. FATO GERADOR

A conferência de ações, que se destina à integralização (realização) de capital mediante dação de participação societária detida por investidor não residente em outra empresa brasileira do mesmo grupo econômico, em virtude de reestruturação societário-empresarial, constitui alienação.”

A este respeito também se reproduz abaixo a jurisprudência do extinto Conselho de Contribuintes no sentido de que a conferência de bens ao capital social representa uma alienação:

“GANHO DE CAPITAL – INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL - Está sujeita ao imposto de renda em virtude de ganho de capital a pessoa física que o auferir na alienação de bens a qualquer título, incluídos aí aqueles utilizados para integralização de capital social em empresa, posto que esta operação se caracteriza como uma alienação.” (Acórdão 106-13453 de 13 de agosto de 2003)

“INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL - A transferência de bens imóveis da pessoa física a pessoa jurídica, para integralização de seu capital na sociedade, implica alienação, caracterizando-se em uma das modalidades de alienação a qualquer título.” (Acórdão 106-14.445 em 24.02.2005)

A partir dos conceitos analisados neste tópico, pode-se concluir pela necessidade de avaliar o investimento no momento da aquisição do investimento, bem como a possibilidade desta aquisição poder se dar mediante a conferência de bens e direitos, como por exemplo, mediante a integralização de capital em um empresa.

1.2 A FUNDAMENTAÇÃO DO ÁGIO COM BASE NO VALOR DE MERCADO NA RENTABILIDADE FUTURA: DEVER DE DEMONSTRAR E O LAUDO DE AVALIAÇÃO

Superada a análise da legislação que prevê a possibilidade de registrar o ágio e, ainda, aproveitá-lo mediante a sua dedução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, cumpre separar tópico específico para discorrer a respeito do ágio fundamentado com base na rentabilidade futura, uma vez que esta é a motivação mais utilizada pelos contribuintes, diante da possibilidade de amortizar o valor em questão da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Conforme já discorrido acima, o artigo 20 do Decreto 1.598/77 (reproduzido no parágrafo 2º do artigo 385 do RIR) estabelece que o ágio (ou deságio) verificado pelo contribuinte deverá ser fundamentado em uma das hipóteses indicadas nos incisos, quais sejam: o valor de mercado, a rentabilidade futura ou ainda, o fundo de comércio, os intangíveis e outras razões econômicas.

Passo seguinte, o parágrafo 3º dispõe que nos casos de fundamentação com base no valor de mercado ou rentabilidade futura, esta deverá ser baseada em demonstração que o contribuinte arquivará em seus registros.

Isto significa dizer que o valor pago com ágio pela empresa investidora deverá estar fundamentado em documento próprio, o qual deverá ficar arquivado nos registros da empresa. A este respeito e, ainda, tendo em vista o grande número de operações de aquisições societárias no país, muitos contribuintes costumam contratar o serviço de avaliação do investimento por empresas de auditoria independentes.

Contudo, não se verifica nos textos da legislação tributária em vigor que regulam os procedimentos para a fruição deste benefício fiscal concedido aos contribuintes, a necessidade da elaboração desses laudos de avaliação por empresa de auditoria especializada. Também não é possível verificar na legislação vigente, o marco temporal em que este laudo deve ser apresentado.

Entende-se oportunas as considerações acima, na medida em que foram verificadas autuações relativas ao referido laudo de avaliação durante a elaboração deste trabalho, mais especificamente, autuações alegando a ausência de estudo de rentabilidade futura e, portanto, indedutibilidade do ágio, nos termos do artigo 385, III, do RIR/99.

Contudo, a legislação em vigor prevê, no parágrafo 2º deste mesmo artigo, que o ágio (ou deságio) verificado pelo contribuinte deverá ser fundamentado em uma das hipóteses indicadas nos incisos, quais sejam: o valor de mercado, a rentabilidade futura ou ainda, o fundo de comércio, os intangíveis e outras razões econômicas.

Logo a seguir, o parágrafo 3º do mesmo artigo indica que, para os casos de fundamentação com base no valor de mercado ou rentabilidade futura, esta deverá ser baseada em demonstração que o contribuinte arquivará em seus registros.

Ou seja, em nenhum momento a legislação tributária, que regula os procedimentos para a fruição deste benefício fiscal concedido aos contribuintes, prevê que a demonstração na qual o ágio é fundamentado deve ser um laudo de avaliação elaborado por empresa de consultoria especializada e, tampouco, prevê o marco temporal em que este laudo deve ser apresentado.

A este respeito vale transcrever o julgado do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais no qual o referido Tribunal administrativo aceitou a documentação apresentada pelo contribuinte fiscalizado diante de questionamentos acerca da justificativa da fundamentação do ágio sob rentabilidade futura. Confira-se:

“Tendo em vista que não há legislação fiscal que determine a metodologia de avaliação a ser adotada e os requisitos que devem ser atendidos, levando em conta as planilhas apresentadas pela contribuinte cuja síntese foi explicitada acima, considerando que apesar de parte das premissas e de algumas variáveis não terem sido explicitadas, a fiscalização não infirmou essas premissas e variáveis (por que a taxa de desconto de 20% não seria adequada? por que a taxa de perpetuidade não poderia ser 7%? etc.), levando em conta ainda as informações contidas no parecer mencionado que confirma que a metodologia adotada no relatório Booz-Allen traduz a expectativa de resultados futuros, considero, que o documento apresentado à fiscalização e arquivado para demonstrar a avaliação da empresa D-A, pelo método do fluxo de caixa descontado corresponde a R\$ 106.831.000,00.

*Não adoto o valor apurado pelo parecerista com base nas metodologias mencionadas no parecer, uma vez que ainda que os mesmos números dos demonstrativos apresentados permitam chegar a valor superior ao apontado na documentação, **considero que deve prevalecer a documentação***

apresentada pela empresa, arquivada como demonstração da apuração do ágio pelo método da expectativa de rentabilidade futura, uma vez que pequenas alterações nas premissas podem gerar valores diferentes, maiores ou menores do que o apurado, como por exemplo, a taxa de perpetuidade, que o parecerista utiliza 7,3% enquanto a documentação apresentada pela recorrente indica 7%, razão pela qual, deve neste caso específico prevalecer o documento arquivado para efeitos fiscais”.

(Acórdão 1402-00.342, Recurso nº 146.122. Julgamento realizado em 15 de dezembro de 2010, Presidente e relatora: Albertina Silva Santos de Lima)

Diante do exposto, verifica-se que o fundamento mais utilizado pelos contribuintes para registrar o ágio em operações societárias é aquele com base na expectativa de rentabilidade futura, a qual deverá ser justificada em documento elaborado pelo contribuinte ou por empresa especializada, ficando a critério do mesmo esta valoração.

CAPÍTULO 2

BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA LEI 11.638/2007

O objeto do presente estudo não está voltado aos desdobramentos que a Lei 11.638, de 28 de dezembro de 2007, trouxe ao registro e a amortização do ágio pelas empresas. Contudo, cabe tecer breves considerações a seu respeito, na medida em que ela aborda algumas novidades com relação ao tema em discussão.

A referida Lei 11.638/2007 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro as normas contábeis adotadas pela denominada “IFRS”, sigla em inglês que significa *International Financial Reporting Standards*, a qual pode ser traduzida para o termo Normas e Padrões Internacionais de Contabilidade, em português. As referidas normas contábeis foram complementadas, ainda, pela Lei n.º 11.941 de 27 de maio de 2009.

As alterações introduzidas por essas leis têm sido objeto de interpretação e regulamentação pelos órgãos reguladores brasileiros, como o Conselho Federal de Contabilidade (“CFC”) a Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”).

Com relação às aquisições de participações societárias, cabe destacar que o Comitê Brasileiro de Normas Contábeis (CPC), por meio CPC 15, mais tarde substituído pelo CPC 15 (R1), dispôs uma nova definição para o ágio, qual seja, de que ele deve corresponder à diferença entre o valor de aquisição do investimento e o valor justo líquido dos ativos e passivos assumidos identificáveis. Ou seja, de acordo com essa nova redação, o investidor deverá identificar os ativos e passivos a valor de mercado, a fim de alocar parcial ou totalmente o valor do ágio apurado. Dessa forma, os valores que não poderão ser alocados aos ativos e passivos devem ser reconhecidos como ágio de sob a expectativa de rentabilidade futura.

Sendo assim, pode-se afirmar que para fins contábeis, tendo em vista as disposições do referido CPC 15, a definição de ágio não é mais equivalente aquela trazida pela Lei fiscal, que estabelece que o ágio é a diferença entre o preço pago pelo investimento e seu valor registrado contabilmente como patrimônio líquido. Com a publicação do CPC 15, o ágio para fins fiscais e o ágio para fins contábeis só serão igualmente medidos nos casos em que o valor de mercado dos ativos e passivos identificáveis adquiridos forem iguais aos seus valores de reporte.

Não obstante, as disposições trazidas pelo CPC 4 (R1) estabelecem que o ágio não é mais sujeito a depreciação em linha reta, conforme previsto pela legislação fiscal, mas a um teste periódico de perda por imparidade “*impairment test*” de seu valor recuperável, conforme previsto no CPC 01.

Por fim, vale mencionar a respeito do Regime Tributário de Transição, o denominado “RTT”, que foi estabelecido pela Lei 11.941/09, a fim de regular os efeitos fiscais decorrentes do alinhamento das normas brasileiras com as normas internacionais de contabilidade. A adoção do RTT passou a ser obrigatória a partir de 2010 e continuará em vigor até que uma nova legislação fiscal seja publicada para regulamentar as novas normas contábeis no direito brasileiro.

O denominado RTT estabelece, como regra geral, que as novas normas de contabilidade não deverão produzir efeitos fiscais no Brasil até que seja publicada a legislação competente para tanto. Dessa forma, continuam vigentes e devem ser adotados pelos contribuintes os métodos e critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007.

Este mesmo tratamento deve ser aplicado com relação ao ágio, ou seja, mesmo diante dos novos critérios contábeis para o seu reconhecimento e amortização, continuam em vigor as regras anteriores que dispunham a respeito da sua amortização para fins fiscais.

Tendo em vista que o Regime Tributário de Transição ainda está vigente, ou em outras palavras, ainda devem ser adotadas as regras fiscais vigentes em 31 de dezembro de 2007, pode-se afirmar que as novas práticas contábeis não influenciam as regras fiscais de reconhecimento e amortização de ágio e não prejudicam a sua dedutibilidade, até que seja publicada a lei fiscal que não permita tal reconhecimento.

CAPÍTULO 03

AS PRINCIPAIS CAUSAS DE AUTUAÇÃO DOS ÁGIOS RECONHECIDOS PELAS EMPRESAS, PELAS AUTORIDADES FISCAIS BRASILEIRAS

O principal objetivo do presente trabalho, conforme bem pontuado acima, resume-se à análise das principais causas de autuação, por parte das autoridades administrativas fiscais, a respeito da não dedutibilidade do ágio.

Desta forma, o presente tópico foi elaborado com base em pesquisa e análise dos principais acórdãos proferidos pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, órgão administrativo responsável pelo julgamento dos Recursos Voluntários, Recursos de Ofício e Recursos Especiais apresentados em sede de processos administrativos.

Nos próximos sub-tópicos procurou-se apontar e esclarecer os temas mais polêmicos que levam às autoridades fiscais federais a questionar e autuar o ágio registrado e amortizado por alguns contribuintes.

Pode-se afirmar que o principal argumento levantado pelas autoridades fiscais nas autuações em operações societárias que envolvem o ágio, é a alegação da ocorrência do planejamento tributário inoponível ao Fisco.

O tema tem demonstrado sua relevância cada vez mais na doutrina e, principalmente na jurisprudência administrativa, na medida em que muito se discute a respeito dos contribuintes se organizarem da forma que lhe for melhor tributariamente. De fato, os contribuintes devem atentar-se aos ditames legais para não agir em desconformidade com a lei, contudo, em vista do disposto na própria Constituição Federal é garantida à liberdade para se organizarem e, ainda, os direitos à livre economia.

A respeito do assunto bem leciona Marcus Abraham, em sua obra *O Planejamento Tributário e o Direito Privado*⁴, introduzindo a temática em discussão:

“O debate sobre planejamento fiscal gira em torno da implementação, pelo contribuinte (pessoa física ou jurídica), de procedimentos lícitos e eticamente aceitáveis, que podem ser de natureza econômica,

⁴ ABRAHAM, Marcus. *O planejamento tributário e o Direito Privado*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. Pág. 227.

contábil, jurídica ou meramente operacional, para reduzir ou elidir suas despesas com o pagamento de tributos. Ocorre que muitas vezes, tais procedimentos ganham contornos de irregularidade, seja por afrontarem direta e expressamente alguma norma legal, seja por atentarem aos fins por ela pretendidos, ou ainda, por violarem indiretamente o seu fundamento, expresso por um princípio. Tais atos recebem a tradicional denominação pela doutrina de elisão fiscal quando lícitos e legítimos, e elisão fiscal ilícita quando não. Para distinguir a diferença entre o legítimo ato de economia fiscal, de um outro, maculado por qualquer vício de forma ou conteúdo, há que se buscar a identificação de alguns elementos que são claros e pacificamente aceitos pelos operadores do direito tributário, juntamente com outros, que fazem parte de uma “zona cinzenta” de controverso entendimento e aceitação.”

Verifica-se, portanto, a sensibilidade do tema na medida em que é muito tênue a linha que separa os planejamentos tributários aceitos pelo ordenamento jurídico pátrio daqueles que não são aceitos. Mais ainda, adotando como também como premissa o fato de que o Direito acompanha a sociedade aliada à livre economia, são aceitos negócios jurídicos que visem a economia fiscal, quando estes puderem demonstrarem consistência no conjunto probatório.

Vale esclarecer que o negócio jurídico sob análise deve demonstrar a sua substância, o motivo pelo qual o contribuinte adotou determinada forma de planejamento, além de demonstrar documentalmente que a opção por ele escolhido.

Isto porque as autoridades fiscais poderão desconsiderar o negócio jurídico praticado pelo contribuinte e atribuir ao caso a tributação que entendam corretas, caso não vislumbre que o negócio jurídico atingiu o fim almejado, a fim de evitar planejamentos fraudulentos que não possuem substância, mas tão somente a intenção de economizar tributos.

Para regulamentar o tema, a Lei Complementar nº 104/2001 introduziu no Código Tributário Nacional o parágrafo 1º do artigo 116, prevendo expressamente que nos casos dos negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador e,

assim, não pagar tributos, a autoridade administrativa poderá desconsiderar o ato ou negócio praticado pelo contribuinte. Confira-se:

“Art. 116.

(...)

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.”

Contudo, muito embora o disposto no artigo indique que a desconsideração do ato ou negócio jurídico deva observar os procedimentos em lei ordinária, essa regulamentação ainda não foi editada, o que gera dúvidas a limita a aplicabilidade do referido parágrafo. Por este motivo, a doutrina e a jurisprudência convergem em aceitar que poderão ser questionados e desconsiderados os atos e negócios jurídicos que estejam viciados pelo abuso de forma, a falta de substância, o abuso da lei ou a fraude.

Neste sentido é a obra de Douglas Yamashita, que bem esclarece a respeito do parágrafo único do artigo 116, ao afirmar que *“o novo conceito de dissimulação do artigo 116, parágrafo único do CTN abrange não apenas a simulação relativa (ilícito penal), mas também ilícitos meramente civis como o abuso de direito e a fraude a lei. À simulação relativa é apenas um dos sentidos literais possíveis do verbo dissimular, que segundo Aurélio, tem outros significados como o de “atenuar o efeito de”.*”⁵

Da leitura da mencionada obra, verifica-se a grande discussão travada sobre o referido parágrafo único do artigo 116, na medida em que ele abre discussões a respeito de institutos do direito privado para solucionar questões relativas ao planejamento tributário.

⁵ Douglas Yamashita in *Planejamento Tributário à luz da jurisprudência*. Coordenação Douglas Yamashita. São Paulo: Lex Editora, 2007. Pág. 75.

A este respeito, cabe apontar a colocação de Marcus Abraham sobre as diferentes formas de se qualificar um negócio jurídico, diante das diferentes óticas das autoridades fiscais e dos contribuintes:

“Este, aliás, é o ponto de maior controvérsia, pois a qualificação jurídica de um ato ou de um negócio jurídico para o contribuinte será uma, e para o Fisco poderá ser outra. E isso se torna mais complexo hoje, na medida em que o Código Civil se utiliza de uma série de normas abertas. A solução deverá ser dada diante de cada caso, aplicando-se aos fatos os ditames do Código Civil, com a devida ponderação entre princípios da legalidade, da autonomia e liberdade negocial de um lado e interesse público, dignidade da pessoa humana, solidariedade, função social e os demais valores constitucionalmente previstos, de outro. O direito não é uma ciência exata. Para isso que existe o debate.”⁶

Diante de pesquisa jurisprudencial realizada perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, especificamente a respeito de planejamentos tributários relacionados à aquisição de investimentos com ágio, é possível identificar que a principal causa de desconsideração do negócio jurídico que retratou o planejamento tributário envolvendo o registro e a amortização de ágio, é quando caracterizada a ocorrência da **simulação**. Isto porque as autoridades fiscais entendem que nesses casos o intuito do contribuinte é de realizar operações distintas das que foram efetivadas, as quais, contudo, trariam efeitos tributários adversos.

Conforme dispõe o artigo 167, parágrafo único, do Código Civil, haverá simulação nos negócios jurídicos quando *(i)* aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou tramitem; *(ii)* contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; *(iii)* os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

Para melhor esclarecer o tema, cabe apontar que, de acordo com a obra de Marcus Abraham, “entende-se por simulação (do latim *simulare* – imitar, fingir ou disfarçar) a prática

⁶ Idem. Pág. 204.

de um ato volitivo, cujo objetivo é produzir efeitos diferentes do que externamente se apresenta, para encobrir o que realmente se pretende fazer. Há algo oculto que se quer realizar e há algo ostensivo que não se quer, mas este último serve de “disfarce” para o intento desejado. Encontra-se na sua essência o seu objetivo final: enganar terceiros. O ato simulado é o que se apresenta perante terceiros, enquanto o dissimulado é o verdadeiro ato que se pretende realizar, mas está oculto sob o manto da simulação.”⁷

Note-se que mesmo, sem a devida regulamentação do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, as autoridades fiscais invocam o artigo 149, inciso VII, do mesmo diploma legal⁸, que prevê a realização do lançamento de ofício se configurado dolo, fraude ou simulação.

A respeito do posicionamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais de descaracterizar um negócio jurídico quando ele importar na ocorrência de simulação, cabe transcrever as ementas abaixo que, após a desconsideração do negócio jurídico simulado, passaram a exigir o tributo devido sobre a real operação (dissimulada).

“DESPESAS COM ÁGIO. CARACTERIZADA SIMULAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. PROVAS.

É indedutível as despesas com ágio quando provado nos autos que as mesmas foram levadas a efeito a partir da prática de simulação através de negócio jurídico que aparenta transferir direitos a pessoa diversa daquela à qual realmente se transmitem.

SIMULAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. O fato dos atos societários terem sido formalmente praticados, com registro nos órgãos competentes, escrituração contábil, etc., não retira a possibilidade da operação em causa se enquadrar como simulação, isso porque faz parte da natureza da simulação o envolvimento de atos jurídicos lícitos. Afinal, simulação é a desconformidade, consciente e pactuada entre as partes que realizam determinado negócio jurídico, entre o

⁷ Idem. Pág. 220.

⁸ "Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos: (...) VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação."

negócio efetivamente praticado e os atos formais (lícitos) de declaração de vontade. Não é razoável esperar que alguém tente dissimular um negócio jurídico dando-lhe a aparência de um outro ilícito.(...)”

(1º Conselho de Contribuintes / 3a. Câmara / ACÓRDÃO 103-23.441 em 17.04.2008)

“DESCONSIDERAÇÃO DE ATO JURÍDICO

Devidamente demonstrado nos autos que os atos negociais praticados deram-se em direção contrária a norma legal, com o intuito doloso de excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária (art. 149 do CTN), cabível a desconsideração do suposto negócio jurídico realizado e a exigência do tributo incidente sobre a real operação.

SIMULAÇÃO/DISSIMULAÇÃO *Configura-se como simulação, o comportamento do contribuinte em que se detecta uma inadequação ou inequivalência entre a forma jurídica sob a qual o negócio se apresenta e a substância ou natureza do fato gerador efetivamente realizado, ou seja, dá-se pela discrepância entre a vontade querida pelo agente e o ato por ele praticado para exteriorização dessa vontade, ao passo que a dissimulação contém em seu bojo um disfarce, no qual se encontra escondida uma operação em que o fato revelado não guarda correspondência com a efetiva realidade, ou melhor, dissimular é encobrir o que é. (...)”*

(1º Conselho de Contribuintes, 1ª Câmara. Acórdão 103-23.441, em 11.11.2004)

De acordo com a doutrina de Clóvis Beviláqua, a simulação ocorre se e quando houver “*declaração enganosa de vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado*”.⁹

Já para a doutrina de Marco Aurélio Greco, a simulação ocorre quando determinado tipo de negócio fosse utilizado para a consecução de fim não afeto à sua causa objetiva, não afeto à função prático-social ou econômico-social do negócio jurídico, já que é esta que legitima o negócio jurídico, sendo inalterável pela vontade das partes.¹⁰

Para o Direito Tributário, a desconsideração do negócio jurídico terá relevância se o negócio dissimulado possuir conteúdo econômico, de modo que a interpretação do negócio jurídico deve se iniciar com a análise da declaração exterior de vontade, de forma a determinar os efeitos que dela decorrem.

Vale atentar, contudo, que para as autoridades caracterizarem a ocorrência da simulação é preciso identificar as provas para tanto, demonstrando que o negócio jurídico efetivamente praticado não é aquele que realmente ocorreu. Ou seja, não basta a alegação de que o contribuinte tinha a mera intenção de economizar no pagamento de tributo, para se consubstanciar a invalidade do negócio jurídico relativo ao planejamento tributário, pois a mera economia fiscal não macula a causa sua causa objetiva.

O contribuinte pode organizar suas atividades da maneira que lhe pareça mais vantajosa, de modo que só poderão ser desconsiderados aqueles atos flagrantemente contrários à legislação vigente, ou ainda, aqueles que visem ocultar a ocorrência dos fatos geradores de obrigações tributárias.

Tal premissa encontra amparo no princípio da legalidade, o qual dispõe que enquanto é vedado à administração atuar em desacordo com a legislação vigente, aos contribuintes (administrados) lhe é permitido agir livremente, desde que dentro dos limites da lei¹¹. Deste modo, o contribuinte possui o direito de organizar seus negócios da maneira que lhe for mais conveniente e benéfica, desde que em observância à Lei.

⁹ Beviláqua, Clóvis. Teoria Geral do Direito civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: MJNI, 1966, p. 239.

¹⁰ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento tributário. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 468.

¹¹ Paulo Barros Carvalho ensina que “o princípio da estrita legalidade estabelece a necessidade de que a lei traga no seu bojo os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional. Esse *plus* caracteriza a *tipicidade tributária* que alguns autores tomam como outro postulado imprescindível ao subsistema que ocupamos, mas que pode, perfeitamente, ser tido como uma decorrência do princípio da estrita legalidade”. (*Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas. Do Fato a Norma, Da Realidade ao Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 534)

Diante do exposto, até aqui é possível afirmar que, para determinar a ocorrência da simulação e, logo, da nulidade do negócio jurídico praticado com a sua consequente descaracterização, é preciso que se analise o planejamento como um todo. Para que se possa falar em verdadeira causa do planejamento realizado, é necessário analisar todos os atos práticos em conjunto, com a devida observância à causa que levou a realização dos mesmos.

A doutrina de Marco Aurélio Greco dispõe nesse sentido, ou seja, de que se deve analisar o conjunto dos atos realizados pelo contribuinte, para que esses em sua totalidade possam surtir os efeitos esperados no ordenamento jurídico, confira-se trecho da obra do autor¹²:

*“A questão fundamental é saber como devemos enxergar a realidade, pois ela comporta mais de uma perspectiva. Pode ser vista fotograficamente, quadro a quadro, e com isto chegamos a conclusão positiva ou negativa em relação a cada quadro isolado. Mas também pode ser vista cinematograficamente, vale dizer o **filme inteiro**”.*

Não obstante analisar todos os atos praticados em conjunto, para que se possa aferir vontade diversa daquela praticada pelo contribuinte, as autoridades fiscais se valem de “fatos indiciários”, que podem revelar a ocorrência da simulação. Em geral esses indícios não são isolados, mas na verdade o conjunto de alguns deles revelam a nulidade do negócio jurídico praticado.

Como exemplo pode-se citar os acórdãos n.ºs 107.07544 e 107.07545, de 19.2.2004, da 7ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes entenderam que a prova indiciária decorrente da soma de indícios convergentes, sendo inaceitável um indício isolado.

Cumprido apontar, por fim, quais seriam os indícios que levam à desconsideração do negócio jurídico praticado pelo contribuinte, pelas autoridades fiscais.

Os principais indícios apontados na jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais como identificadores de operações em que se verificou a ocorrência de simulação são, em resumo, a realização de operações entre partes ligadas com configuração de ágio interno, a inexistência de propósito negocial para justificar as ações praticadas,

¹² GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. São Paulo: Dialética, 2008. p. 123.

incoerência entre os atos praticados e a vontade do contribuinte, o retorno à situação original, com o desfazimento do negócio jurídico simulado, e a utilização das denominadas "*empresa veículo*".

A questão relativa ao propósito negocial é muito discutida nos processos administrativos, dado o seu caráter subjetivo. Este indício é levantado pelas autoridades fiscais quando elas pretendem alegar que a operação (negócio jurídico) não tinha nenhum propósito para ocorrer, senão gerar o ágio que seria amortizado no futuro. Trata-se, portanto, de questão probatória que deve restar comprovada nos autos.

Sobre este respeito o recente Acórdão nº 1202-000.883, de 3 de outubro de 2012, entendeu que um dos requisitos para dedutibilidade do ágio é a presença do propósito negocial na operação que o originou, o qual compreende a motivação para adquirir um investimento por valor superior ao custo original somado ao seu substrato econômico, decorrente da aquisição de negócio comutativo entre partes independentes, com dispêndio de recursos e previsão de ganho.

Outro indício que vem sendo reconhecido como característica de simulação é aquele referente à incoerência entre os atos praticados e a vontade do contribuinte. Tal fato mostra evidenciado na ementa abaixo, bem como nos acórdãos .ºs CSRF/01-01756, de 17.10.94, CSRF/01-01853, de 15.05.1995, 101-94340, de 09.09.2003 (dentre vários outros):

“SIMULAÇÃO. CARACTERÍSTICAS. RECONHECIMENTO.

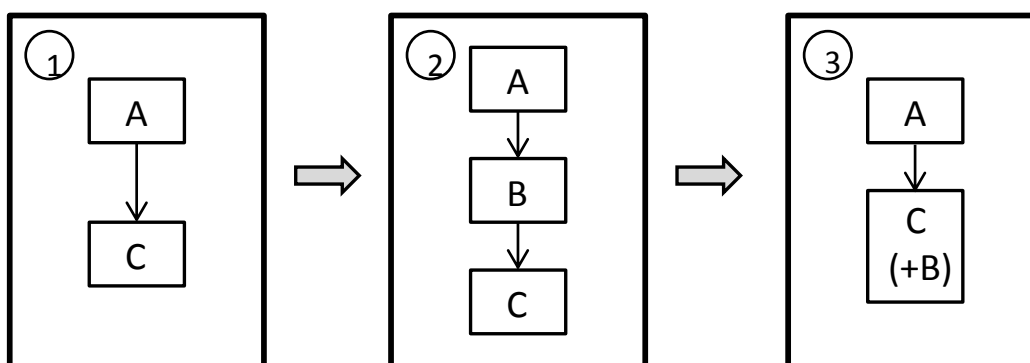
Evidenciado, por indícios e por expressa declaração do contribuinte, o desacordo entre a vontade real e a vontade declarada nos atos exteriorizados, o reconhecimento de simulação se impõe.”

(1º Conselho de Contribuintes, 3ª Câmara. Acórdão 103-22.822, em 08.05.2007)

Por fim, outro fato indiciário da ocorrência da simulação é o que diz respeito ao retorno à situação original ao final da realização do negócio jurídico. Ou seja, se restar configurado que a estrutura inicial e final da aquisição da participação societária, com a seguinte incorporação (para que se possa fazer jus ao benefício da amortização do ágio), eram iguais, toda a operação poderá ser descaracterizada.

Um bom exemplo a este respeito é o **Acórdão 105-17.219**, de 15 de setembro de 2008, proferido pela quinta Câmara do antigo Conselho de Contribuintes. Naquela situação, uma empresa A adquiriu ações da empresa C em 1997 (1). Passo seguinte, A transferiu as ações que ela detinha em C para B, como contribuição de capital em 2002, a preço de mercado.

Por sua vez, B se tornou a acionista de C, registrando ágio (2). Ao final, B foi incorporada em C, de modo que o ágio registrado passou a ser amortizado (3).



Nítido está, portanto, que no caso em comento a situação final 3 acaba por restar equivalente à situação inicial 1, de tal sorte que a criação e posterior incorporação da empresa B teve como único propósito o aproveitamento fiscal do ágio.

Anteriormente à criação da empresa B, o ágio só poderia ser amortizado quando a empresa A fosse incorporada na empresa C ou vice-versa. A empresa A não desejava proceder nenhuma dessas incorporações e por isso criou a empresa B, para assim "transferir" dentro do mesmo grupo econômico o ágio incorrido na aquisição da empresa C. Feito isso, a empresa B foi incorporada na empresa C, denotando que não teria qualquer outra razão societária ou econômica para existir. A única utilidade de B teria sido tornar dedutível, em C, o ágio incorrido por A na aquisição de C.

Os outros dois indícios a serem abordados neste trabalho, quais sejam, o ágio interno e a utilização de empresa veículo, serão tratados em sub-tópicos específicos, devido à relevância que essas discussões tem revelado no Conselho Administrativo de Recursos fiscais.

3.1 REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES ENTRE PARTES LIGADAS E A QUESTÃO DO ÁGIO INTERNO

De acordo com as premissas firmadas no começo deste trabalho, verificou-se que o ágio decorre da diferença entre o custo de aquisição de um investimento e o seu valor patrimonial, deste modo, a valoração do investimento (e, logo, do ágio) só poderia ocorrer entre partes independentes.

Neste contexto, surgiram diversas autuações por parte das autoridades fiscais federais contra os contribuintes que se organizavam ou adquiriam participações societárias que importavam no registro e amortização do ágio, quando tal fato ocorria entre empresas do mesmo grupo econômico ou que detinham algum vínculo de subordinação entre elas. A alegação fiscal pautava-se, principalmente, no argumento de que não poderia existir a precificação de um negócio com ágio, quando se estava diante de partes relacionadas que poderiam apurar o valor que lhes fosse conveniente – e não propriamente com base na expectativa de rentabilidade futura.

Diante deste contexto, é importante voltar-se para a jurisprudência do Conselho de Administrativo de Recursos Fiscais para analisar qual o posicionamento que vem sendo adotado por este tribunal e as diferentes interpretações que vem sendo dadas ao tema.

Em uma primeira análise é possível verificar que a maioria dos acórdãos são no sentido de não admitir a figura do ágio interno, por entenderem que se trata de ágio criado entre empresas de um mesmo grupo com a única finalidade de se obter o benefício fiscal.

Neste sentido são, por exemplo, os Acórdãos de nº. 1301-000.881, proferido em 10 de abril de 2012, pela 3ª Câmara da 1ª Turma da Primeira Seção, bem como o de nº. 1402-00.871, proferido em 31 de janeiro de 2012, os quais entenderam pela invalidade do procedimento utilizado pelo contribuinte, em razão da constituição e utilização do "ágio em si mesma" como indicação de crédito para a dedução de despesas na apuração dos montantes tributários, uma vez que houve desconfiguração dos fins econômicos e sociais dos atos referenciados, o que não poderia ser admitido.

Ou seja, a impossibilidade de amortizar o denominado "ágio interno" decorre do fato desses contribuintes que restaram vencidos não terem motivos para a reestruturação que realizaram, mas na verdade, reorganizarão sua estrutura de modo que pudessem aproveitar do benefício fiscal em questão.

A este respeito cabe transcrever trecho da obra de Luís Eduardo Schoueri, que bem leciona a matéria ao explicar que não existe, em regra, vedação legal em matéria tributária para a amortização do ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico, mas existem, na verdade, motivos para se impedir a amortização daqueles ágios que foram criados apenas e tão somente para as empresas aproveitarem das reduções da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Confira-se:

"Dito isso, parece claro que, em princípio, não há na legislação tributária, qualquer dispositivo que impeça o reconhecimento e a utilização do ágio gerado internamente, entre partes relacionadas.

O que se condena é a simulação, a mentira, a operação que não existiu na realidade: assim, se não houve preço em uma relação entre partes relacionadas na qual se registrou ágio, tal operação deverá ser desconsiderada. resta evidente, aí, que não houve uma compra e venda, uma aquisição de participação societária na qual poderia haver o pagamento de ágio. Comprovada a simulação, plenamente justificável e autorizada a desconsideração do planejamento realizado".

E ao final, o autor conclui:

*"Por último, importa afirmar o entendimento de que a ocorrência de ágio em operações que envolvam empresas pertencentes ao mesmo grupo não é, em si, causa de se afastar o seu tratamento tributário. O ágio interno não é indício de simulação. Esta deve ser comprovada à luz do caso concreto, e somente em tais casos a reorganização pode ser desconsiderada."*¹³

Verifica-se, portanto, que o ágio interno não deve ser entendido como indício de simulação, mas na verdade deve-se analisar caso a caso, de modo que não se prejudique aqueles contribuintes que tinha de fato uma razão para reorganizarem a sua estrutura.

¹³ SCHOUERI, Luís Eduardo - Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários) - São Paulo, Dialética, 2012 - pag. 112 e 118.

Interessante posicionamento foi apontado no **Acórdão 1103-00.501 – Caso Center Automóveis**, de 30 de junho de 2011, no qual muito embora o ágio tenha sido desconsiderado pelo CARF, os julgadores souberam explicar e delimitar exatamente o conceito de "*ágio interno criado artificialmente*", sendo este último o desconsiderado para fins fiscais, de acordo com a análise que se passa a fazer sobre o caso.

Os fatos que envolveram a autuação podem ser assim narrados. A empresa Center Automóveis Ltda. (empresa autuada) tinha seu capital social distribuído entre seus sócios: 40% pela empresa Bordin Adm. Incorp. Ltda. ("Bordin") e 60% por dois indivíduos nomeados Ivo e Antonio.

Em setembro de 2004, Ivo constituiu a entidade jurídica chamada Pine Participações Ltda. ("Pine") por meio da contribuição de quotas da Center Automóveis. Antonio, por sua vez, constituiu a entidade legal denominada Galha Azul Participações Ltda. ("Galha"), por meio da contribuição de quotas da Center Automóveis. Ao final, a autuada era detida em 40% pela Bordin, 40% pela Pine e 20% pela Galha.

Ainda em setembro de 2004, apoiadas por um estudo fornecido pela Deloitte, Bordin, Pine e Galha reavaliaram o investimento realizado na Center Automóveis para o seu valor de mercado ("valor justo") e, posteriormente, integralizaram capital em uma nova empresa chamada Marumbi Investimentos e Participações ("Marumbi"). Em vista disso, Marumbi registrou o investimento da Center Automóveis no montante de R\$ 21 milhões, o qual foi segregado em duas contas, quais sejam, R\$ 4 milhões na conta "Investimento Center" e R\$ 17 milhões na conta "Ágio na aquisição do Investimento Center".

Em dezembro de 2004, Marumbi cindiu totalmente seu patrimônio, vertendo-o para a Center Automóveis e para mais duas outras empresas. Em decorrência, a Center Automóveis registrou o ágio e passou a amortizá-lo.

No auto de infração lavrado contra o Center Automóveis as autoridades fiscais alegaram, em síntese, que as reorganizações societárias foram realizadas ("só através de documentos") por partes relacionadas e nenhum pagamento foi realizado para a transferência das participações acionárias de uma empresa para outra ou de uma empresa para os indivíduos.

Diante dos fatos narrados, o CARF decidiu pela procedência da autuação, por entender que, **no cenário exposto, nada mudou em relação à Center Automóveis e, desta forma, o caso se caracterizaria como um exemplo do ágio interno criado ou artificial ou**

sem causa, uma vez que não houve efetividade nem significado econômico na geração do ágio interno na Center Automóveis.

Esse ágio sim foi criado internamente dentro do mesmo grupo econômico, pela "reavaliação" a mercado das participações societárias, sem que tenha havido por ele qualquer tipo de pagamento efetivo.

Nesse sentido, merece destaque a declaração de voto dada pelo Conselheiro Marcos Takata que bem pontuou a respeito da distinção entre ágios internos reais dos ágios internos criados. É necessário que o ágio tenha causa, seja efetivo e real. Confira-se a passagem:

"Há ágios internos e "ágios internos". Quero com isso dizer que há ágios internos reais ou efetivos ou com causa, e ágios internos "criados" ou artificiais ou sem causa.

Para fins jurídicos-tributários, o ágio interno, formado dentro do grupo societário, para ser real ou com causa, deve ter uma efetividade econômica ou um significado econômico.

(...)

*O fato de as operações societárias terem-se dado num curto período de tempo, inclusive a cisão total da Marumbi, recém criada, com versão de ágio na Center para a Center, não é razão para se infirmar o ágio interno gerado e a dedução da amortização de seu valor em ativo diferido. Isso não interfere, a meu ver, na natureza e higidez do ágio, tampouco da amortização e dedução desse valor. **O problema é o ágio não ter causa ou não ser efetivo ou real.***

Peço vênica, mas não me animo com a tese de abuso de direito, para mim, a questão é, mais uma vez, divisar-se o ágio interno "criado" ou "fabricado", sem efetividade ou significado econômico, no caso vertente.

Bem se vê, da análise dos fatos controvertidos em dissídio, a diferença entre ágio interno sem causa ou "criado" ou artificial,

dentro do grupo societário, e ágio interno efetivo, com causa, ou real, conforme alguns exemplos que citei alhures."

Não obstante o julgado acima transcrito, a pesquisa realizada durante a elaboração deste trabalho, foram verificados também casos de “ágio interno” favoráveis ao contribuinte, nos quais o CARF reconhece a ausência de restrição legal para que pessoas jurídicas ligadas negociem entre si, comprando e vendendo participações umas das outras. Como exemplo, pode-se citar o **Acórdão 101-84.191**, de 14 de outubro de 1992:

“ÁGIO PAGO À EMPRESA LIGADA – Não existe restrição, na legislação do imposto de renda, a que uma pessoa jurídica, que adquira participação societária em outra empresa, efetue o pagamento de ágio, com fundamentação econômica baseada na rentabilidade futura do investimento, ainda que a aquisição se processe junto à empresa ligada ao adquirente. O ágio regularmente pago poderá ser deduzido ou excluído na determinação do lucro real da investidora, desde que observadas as condições previstas na legislação do imposto de renda, quando da aquisição do investimento”.

Merece destaque, entretanto, a recente decisão conhecida como "**Caso Gerdau**" - **Acórdão 1101-00.708**, de 11 de abril de 2012, na qual os conselheiros que julgaram o caso reconheceram tanto a ausência de norma que vede a amortização do ágio interno, bem como a diferenciação dos efeitos tributários para os econômicos e contábeis a respeito desse ágio.

Vale ressaltar que de acordo com a decisão, para fins tributários, que é o cerne da questão e o objeto de incidência da norma que confere o referido benefício fiscal, não haveria qualquer distinção se o ágio foi formado entre partes relacionadas ou não. Confira-se a ementa da referida decisão:

"ÁGIO. REQUISITOS DO ÁGIO.

O art. 20 do Decreto-Lei n° 1.598, de 1997, retratado no art. 385 do RIR/1999, estabelece a definição de ágio e os requisitos do ágio, para fins fiscais. O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Os requisitos para a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do valor de aquisição. Fundamento econômico do ágio é a razão de ser da mais valia sobre o valor patrimonial. A legislação fiscal prevê as formas como este fundamento econômico pode ser expresso (valor de mercado, rentabilidade futura, e outras razões) e como deve ser determinado e documentado.

ÁGIO INTERNO.

A circunstancia da operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracteriza o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação fiscal. A distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de ágio interno) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo, não é relevante para fins fiscais.

ÁGIO INTERNO. INCORPORAÇÃO REVERSA. AMORTIZAÇÃO.

Para fins fiscais, o ágio decorrente de operações com empresas do mesmo grupo (dito ágio interno), não difere em nada do ágio que surge em operações entre empresas sem vínculo. Ocorrendo a incorporação reversa, o ágio poderá ser amortizado nos termos previstos nos arts. 7° e 8° da Lei n° 9.532, de 1997. (...)"

Em vista do disposto neste tópico, pode-se afirmar que muito se discute a respeito do “ágio interno”, em especial a respeito da validade das operações em que se verifica tal prática. Desta forma, existem posicionamentos contrários à aceitação do “ágio interno” diante da impossibilidade em valorar um preço justo em operações com partes relacionadas, bem como existem posicionamentos que aceitam o “ágio interno” na medida em que não se

verifique simulação, ou seja, operações com o único intuito de gerar o ágio dentro de um determinado grupo de empresas, que na verdade não tinham como escopo do planejamento se reorganizarem.

3.2 UTILIZAÇÃO DE "EMPRESA VEÍCULO"

O termo "empresa veículo" é utilizado para caracterizar a utilização de empresas que são criadas com a finalidade de "transportar" o ágio de uma empresa para a outra. Tal fato é muito utilizado como indício da ocorrência da simulação em casos glosa do ágio amortizado.

Conforme leciona Luís Eduardo Schoueri, os requisitos para a caracterização da "empresa-veículo" são os seguintes:

"Empresa veículo:

- *Criada pela adquirente com seu investimento na empresa alvo exclusivamente para a transferência do ágio;*
- *Sua criação não tem outro propósito econômico;*
- *É a empresa para a qual é transferido o ágio;*
- *É a controladora da empresa que restou após a incorporação e na qual passou a ser amortizado e diferido (hoje, equivalente a ativo intangível)*
- *É extinta por conta da incorporação*
- *Possibilita que sua controladora possa, ao fim e ao cabo, amortizar, em ativo diferido (hoje, intangível), o referido ágio."*¹⁴

No famoso "**Caso Santander**" (Acórdão 1402-00.802, de 21 de outubro de 2011) o Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva retratou o tema "empresa-veículo" da seguinte forma:

¹⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo - Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários) - São Paulo, Dialética, 2012 - pag. 103.

"O termo "empresa veículo" é empregado pelas autoridades fiscais e estudiosos do direito tributário para definir a pessoa jurídica, sem propósito negocial, cuja finalidade não é produzir bens e serviços, mas servir de meio para dar aparência de regularidade a uma situação que assim não é."

Para ilustrar a adoção deste conceito na jurisprudência administrativa, cabe apontar trecho do recente Acórdão 1402-001.357, de 9 de abril de 2013, no qual se concluiu que os atos praticados pelo contribuinte foram apenas para que se pudesse amortizar o ágio gerado na operação de integralização de capital. Um dos elementos para que se pudesse chegar nesta conclusão foi justamente a utilização de "empresa veículo", que foi assim caracterizada: *"aquela pessoa jurídica utilizada para servir como canal de passagem de um patrimônio, sem que exista outra motivação para a existência daquela pessoa jurídica"*.

Contudo, verificou-se que, em outro recente julgado, o Acórdão 1402-001.409, de 10 de julho de 2013, entendeu que a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não resulte em novo ágio, não resulta em economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização de empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.

A partir desses dois julgados pode-se verificar a divergência de opiniões a respeito da legitimidade de uma operação quando ela envolve a utilização de empresas veículo.

Pode-se afirmar que a polêmica do tema reside no fato de não haver vedação legal para a criação destas empresas e, conseqüentemente a sua participação na reestruturação societária. Ocorre que, em alguns casos, essas empresas são criadas por curto período de tempo e com o único propósito de enganar o Fisco, para que se possa usufruir dos benefícios fiscais da amortização do ágio.

Diante da divergência de posicionamentos, é interessante discorrer a respeito dos casos utilizados como objeto de estudo, os quais tiveram desfechos tanto favoráveis como desfavoráveis ao contribuinte.

No que diz respeito aos casos desfavoráveis ao contribuinte, o Acórdão 103-23.290, de 05 de dezembro de 2007, conhecido como "**Caso Carrefour**" bem retrata uma situação na qual a utilização de "empresa veículo" foi um dos fatos para determinar a descaracterização do planejamento tributário.

Isto porque, no caso em comento restou determinado que houve a criação de empresa com a finalidade de transferir o ágio e a reserva de ágio para outra empresa. Os Conselheiros, ao discorrerem sobre a operação, acrescentaram que não houve qualquer propósito comercial ou societário para a realização da incorporação, que foi feita logo após a criação da referida empresa, motivo pelo qual entenderam pela sua classificação como mera "empresa-veículo", criada para a transferência do ágio para a incorporadora, apenas com a finalidade de reduzir o ganho tributável resultante da venda dos estabelecimentos do Carrefour.

Nesta mesma linha de raciocínio, qual seja, de não haver qualquer outra finalidade à empresa criada que não seja permitir o aproveitamento fiscal do ágio, dispõem os Acórdãos de número 101-96.724 e 105-14.219.

Por outro lado, existem precedentes que permitem a utilização das referidas empresas, como o já mencionado "Caso Santander". Para que se possa compreender a validade da operação levada à análise do tribunal administrativo, cumpre esclarecer brevemente os fatos envolvidos.

A compra do Banespa pelo Banco Santander compreendeu a ocorrência dos seguintes fatos: (i) licitação pública, anunciando a alienação das ações do Banespa, em leilão; (ii) a criação da Santander Holding, que tinha como objeto social, entre outros, para participar de outras companhias; (iii) a arrematação das ações do Banespa pelo Santander Hispano, em leilão público.

Passo seguinte, o Santander Holding aumentou o seu capital social de R\$ 1.000 para R\$ 9.574.901.000,00, com a criação de 9.574.900.000 novas ações, todas subscritas e integralizadas pelo Santander Hispano (novo quotista), através da contribuição das ações representativas do total do capital social do Banespa, devidamente comprovado em laudo de avaliação competente. Nesta ocasião, apurou-se o ágio de R\$ 7.462.067.630,07 e, o patrimônio líquido de R \$ 2.173.519.280,48.

Por sua vez, o Santander Hispano transferiu suas cotas (representadas pelas ações do Banespa) à Holding Meridional, a qual foi ao Banco Santander (existente previamente). Sendo assim, o Banco Santander no Brasil tornou-se detentor da totalidade das quotas do Santander Holding que detinha as ações do Banespa.

Passo final, ocorreu a incorporação do Santander Holding no Banespa e, a partir dessa data, começou a amortização fiscal do ágio.

No caso em comento, os Conselheiros julgaram como legítima a utilização da empresa veículo sob as seguintes justificativas: (i) a Holding teve o objetivo de receber o capital social a ser adquirido em leilão público; (ii) o objetivo da Holding era manter o investimento; (iii) o pagamento das ações do Banespa em Santander Holding era a forma mais direta, precisa e adequada para atingir o seu objetivo final; (iv) a dedutibilidade do ágio foi uma consequência e está prevista em Lei e, (v) necessidade de analisar os fatos em conjunto.

Por fim outro precedente favorável ao contribuinte foi o Acórdão 1301-000.711, no qual a autuação pautou-se na alegação de que as operações realizadas eram simuladas, com o objetivo apenas do obter situação jurídica que propiciava a redução do pagamento de tributos, além de inexistir finalidade econômica na aproximação das partes.

Contudo, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais julgou pela legitimidade do ágio, na medida em que restou caracterizada a ausência de simulação na operação.

Tal decisão baseou-se, em resumo, nos seguintes fatos: (i) todas as operações foram divulgadas por intermédio de fatos relevantes; (ii) todos os atos foram registrados e contaram com a participação dos órgãos competentes; (iii) obediência aos termos do Edital de Privatização e do Contrato de Compra e Venda realizado com a União; (iv) não houve negócio fingido, oculto, visando a encobrir outro negócio que seria o real. Esclareceu, nesse ponto, que não existem dois negócios, um tentando encobrir outro, elemento essencial a configurar algo com sendo simulado.

O Acórdão invocou, ainda, a doutrina já mencionada deste trabalho, de autoria de Marco Aurélio Grecco, no sentido de que a operação deve ser vista como um todo e não apenas as partes isoladas. Além disso, o Acórdão abordou o fato da reorganização societária das empresas participantes do leilão de privatização terem sido amplamente utilizada e incentivada.

Concluiu-se, portanto, pela não ocorrência da simulação mas tão somente a prática de conduta abarcada e induzida pelo ordenamento jurídico, por intermédio das regras estipuladas nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, sem qualquer prejuízo para Fazenda Pública.

Diante de todo o exposto, da mesma forma que se apurou para os casos de “ágio interno”, a utilização de empresa veículo deve ser analisada particularmente para cada caso, tendo sempre em vista a possibilidade de configurar a ocorrência da simulação ou não.

CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou, a princípio, o conceito do termo ágio, bem como a sua relevância para o Direito Tributário na medida em que restou esclarecido que o ágio (ou deságio) corresponde à diferença entre o valor do investimento e o valor do patrimônio líquido de uma empresa, no momento da sua aquisição por um terceiro.

Por conseguinte, verificou-se o benefício fiscal introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 9.532/97, que permite a sua dedução mensal da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, na proporção máxima de um sessenta avos ao mês, em pelo menos cinco anos. Cabe destacar que a referida dedução só é possível para os ágios fundamentados com base na expectativa de rentabilidade futura, a qual deverá ser apurada em momento prévio à aquisição da participação societária e, ainda, deverá estar respaldada em laudo de avaliação, que ficará arquivado.

Diante deste cenário e, ainda, da relevância financeira que a amortização do ágio revela na vida financeira das empresas brasileiras, este é um dos principais objetos de análise e de atuação das autoridades fiscais federais.

Para que a amortização do ágio possa ser legítima e legal, ela deve atender aos requisitos na Lei 9.532/97 bem como ao Decreto 1.598/77, os quais, em apertada síntese, indicam a necessidade de desdobrar o investimento em duas contas distintas e após a aquisição, a empresa investida deverá ser incorporada à investidora.

Não obstante os critérios objetivos dispostos nesses dois diplomas legais, a partir das pesquisas realizadas ao longo do presente estudo com base na jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, foi verificado que um importante quesito a ser analisado é o planejamento tributário realizado pelo contribuinte, que importou no reconhecimento e na amortização do ágio.

Em outras palavras, verificou-se que as autoridades fiscais atuaram diversos contribuintes, glosando o valor do ágio amortizado, sob o entendimento de que a operação teve como único intuito economizar tributos. Mais ainda, dentre as possíveis causas que podem descaracterizar um negócio jurídico, aliadas à previsão da norma antielisiva contida no artigo 116 do Código Tributário Nacional, foi possível concluir que a simulação é a principal causa de desconsideração dos negócios jurídicos relacionados ao aproveitamento do ágio.

A partir dessa premissa foi possível identificar os principais elementos que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais se vale para declarar um negócio como simulado e, conseqüentemente, descaracterizá-lo. Em síntese: são aqueles ligados ao propósito negocial da operação, ou seja, que revelam um motivo – além da economia fiscal – para a empresa realizar determinada operação societária.

Aliado ao quesito do propósito negocial, estão também como indícios da ocorrência da simulação a realização de operações entre partes ligadas com configuração de ágio interno, a incoerência entre os atos praticados e a vontade do contribuinte, o retorno à situação original com o desfazimento do negócio jurídico simulado, e a utilização das denominadas "*empresa veículo*".

Vale lembrar que esses elementos não estão expressamente dispostos na legislação como proibitivos, mas na verdade decorrem da análise da doutrina e da jurisprudência da matéria, que os indicam como possíveis indícios da simulação, que é causa de nulidade do negócio jurídico praticado.

Concluiu-se que o posicionamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – órgão responsável por julgar em última instância os processos administrativos relativos ao ágio em participações societárias – não é uniforme. As decisões se “debruçam” em cada caso concreto, para determinar a licitude ou não da operação.

Como exemplo, pode-se mencionar os casos que abordam as temáticas do “ágio interno” e da utilização de “empresas-veículos”, nos quais parte foi julgada favoravelmente aos contribuintes e parte desfavoravelmente, sempre em atenção ao propósito negocial e a intenção ou não de simular.

Por fim, entende-se que a discussão relativa ao aproveitamento do ágio ainda deve perdurar no tempo, diante das várias formas distintas que o contribuinte tem para se organizar e, que da a partir da pesquisa realizada neste trabalho, pode-se concluir que são aceitas as reestruturações societárias que demonstram o motivo pretendido (e alcançado) pelo contribuinte, aliado a comprovação carreada nos autos.

BIBLIOGRAFIA

- ABRAHAM, Marcus. *O planejamento tributário e o Direito Privado*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: MJNI, 1966,
- BORGES, Alexandre Siciliano e MADEIRA, Eduardo Santos Arruda, in *Reorganizações Empresariais: aspectos societários e tributários*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARVALHO, Paulo de Barro. *Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas. Do Fato a Norma, Da Realidade ao Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. *Direito Administrativo*. 5ª ed. Atlas S.A., 1995.
- GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2008.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SCHOUERI, Luís Eduardo - *Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)* - São Paulo, Dialética, 2012 - pag. 112 e 118.

- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29. ed. Malheiros: São Paulo, 2007.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1992.
- YAMASHITA, Douglas. *Planejamento Tributário à luz da jurisprudência*. Coordenação Douglas Yamashita. São Paulo: Lex Editora, 2007.