

ÁGIO SOBRE INVESTIMENTOS: UM BENEFÍCIO OU UM INSTRUMENTO DE ELISÃO FISCAL?¹

Gustavo César Pretzel²

Máris Caroline Gosmann³

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar planejamentos tributários estruturados para utilização de ágio calculado com base em rentabilidade futura, decorrente da aquisição de investimentos. O conceito de planejamento tributário é esmiuçado, destacando-se a diferença entre os institutos, dada evasão, elisão e elusão fiscal, bem como as teorias alemãs de interpretação econômica do direito tributário. Após, discorre-se acerca da formação do ágio, sua evidenciação, fundamentação legal e tratamento tributário para sua fruição, em consequentes operações de reorganização societária. Diferenciam-se, ainda, as figuras do ágio externo e do ágio interno, tudo de forma a trazer ao profissional da contabilidade elementos mínimos para o discernimento da matéria. Por meio de coleta e seleção de decisões da esfera jurisdicional administrativa, foram identificadas operações em que o ágio foi entendido ora como um instrumento de elisão fiscal, ora como um benefício fiscal lícito. No mesmo espaço amostral, foram constatadas as identidades de justificativas que embasaram as referidas decisões, a favor e contra os contribuintes. Conclui-se que, para serem válidas, além da licitude que as revestem, as operações devem ter fundamento econômico e propósito comercial claros, sugerindo ao contador o respaldo em outros profissionais no enfrentamento do tema, em razão da complexidade, subjetividade e interdisciplinaridade que o cercam.

Palavras-chave: Planejamento Tributário. Ágio. Benefício Fiscal.

ABSTRACT

This study aims to analyze structured tax planning for the use of goodwill as calculated based on future profitability resulting from investment acquisition. The concept of tax planning is scrutinized, highlighting the difference between the institutes, given tax evasion, elision and elusion, as well as German theories of economic interpretation of tax law. Goodwill formation, its disclosure, legal basis and tax treatment for its enjoyment, in resulting operations of corporate reorganization, are also discussed. Furthermore, the figures of external and internal goodwill are distinguished in order to provide the accounting professional with minimum elements for knowledge of the matter. By means of collection and selection of decisions made by the administrative jurisdictional sphere, we identified operations in which goodwill was understood as either a tax elision instrument or a licit tax benefit. In the same sample, we found the identities of justifications that supported the mentioned decisions for and against taxpayers. We have concluded that, in order to be valid, besides their legality, the operations must have clear economic foundations and business purposes, thus suggesting that accountants should obtain support from other professionals when facing such issue due to the complexity, subjectivity and interdisciplinarity that surround it.

Keywords: Tax Planning. Goodwill. Tax Benefit.

¹Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no primeiro semestre de 2014, ao Departamento de Ciências Contábeis e Atuariais (DCCA) da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Contábeis.

²Graduando do curso de Ciências Contábeis da UFRGS. (gustavopretzel1979@hotmail.com).

³Orientadora: Atuária e Economista, mestra em Ciências Atuariais pela PUC-Rio (2009). Especialista em Finanças e Economia pela UFRGS. Professora do DCCA da UFRGS. (maris.gosmann@ufrgs.br).

1 INTRODUÇÃO

Com a abertura econômica vivida pelo Brasil em meados da última década do milênio passado, o capital estrangeiro, por meio de investimentos diretos, aportou somas significativas de recursos para aquisição de empresas nacionais, em sua maioria, à época, estatais responsáveis pela prestação de serviços públicos, o que se denominou privatização. Nesse passo, o Governo introduziu um “pacote” de atrativos, voltado principalmente aos investidores estrangeiros, dentre eles: o benefício fiscal decorrente da dedutibilidade das despesas de amortização de ágio (lastreado em rentabilidade futura), pago na aquisição de investimentos, do Imposto sobre Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), nos termos da Lei n.º 9.532, de 10.12.1997 (especificamente os seus arts. 7º e 8º). Investidores estrangeiros e nacionais, ao longo destes últimos anos, puderam se valer – e ainda podem – de um favor fiscal, que na prática reduz em 34% (15% de IRPJ + 10% de Adicional ao IRPJ + 9% de CSLL) o montante pago a título de ágio, ao passo que reconhecem a amortização do ágio como despesa dedutível, não recolhendo, por conseguinte, tais tributos aos cofres públicos. Ou seja, o Estado – considerada a expectativa de rentabilidade das empresas adquiridas – acaba, por vezes, financiando tais aquisições.

Sem adentrar aos aspectos políticos motivadores da criação deste tipo de “indutor” de investimentos, fato é que muitas empresas inspiradas, no que alguns denominaram “farra do ágio”, ainda hoje, vêm praticando operações similares, porém, segundo o fisco, sem expressa prescrição na legislação tributária e societária vigentes, ainda que tais condutas não sejam vedadas. Não são poucas as estruturas jurídicas de reorganização societária para que seja viabilizado o aproveitamento da amortização do ágio sobre investimentos, algumas delas devidamente fundamentadas e lícitas; outras questionáveis. Assim, incumbe-se este trabalho, em última análise, da tarefa de diferenciar tais operações – ao menos parte dos elementos e as justificativas comuns nas operações existentes – para uma correta compreensão dos operadores da área contábil e fiscal. Tudo isso com base nas decisões proferidas no âmbito jurisdicional da esfera administrativa.

Sob outro prisma, os benefícios fiscais advindos do aproveitamento do ágio são, nos dizeres de Schoueri (2012), relevantes na medida em que, ora são recorrentes nos processos de aglutinação empresarial (*mergers and acquisitions*), ora são fundamentais à viabilidade financeira de uma aquisição. Dada a possibilidade de vir a aproveitar, tributariamente, o ágio pago por ocasião da compra de um ativo, é natural que o comprador projete os resultados de

seu investimento, decidindo-se pela compra, ou não. Com efeito, a matéria do ágio é tormentosa e a mera existência de autuações por si só indica as sérias restrições impostas pelo Fisco, que afetam o custo de oportunidade, tocando ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), por meio de suas manifestações, prover segurança jurídica aos contribuintes, para confirmar ou afastar esse risco.

A par disso, a entrada em vigor das Leis n.ºs. 11.638, de 28.12.2007 e 11.941, de 27.05.2009, que trataram da convergência das normas contábeis brasileiras aos padrões internacionais, trouxeram à comunidade sérias dúvidas sobre as “novas” operações com formação de ágio, bem assim acerca da utilização, ou não, dos saldos, ainda não amortizados, de antigas aquisições. Na mesma senda, a Lei n.º 12.973, de 13.05.2014, dentre outras matérias, inseriu no ordenamento jurídico algumas limitações, outrora inexistentes, às operações envolvendo o aproveitamento de ágio, destacando-se em especial a impossibilidade de fruição do benefício quando as mesmas se deem entre partes dependentes, ou ainda, decorrentes de ágio gerado internamente (intragrupo). Pois bem, nesse contexto, de operações lícitas e questionáveis, ou mesmo sem a segurança jurídica necessária (em razão das novas modificações legais), aos contribuintes, por seus contadores, cabe a acertada compreensão e discernimento da matéria relativa à formação e posterior amortização de ágio, em detrimento de operações questionáveis, ou ainda meramente artificiais.

A adoção de planejamentos fiscais pelas empresas é prática corriqueira dos contribuintes, servindo, muitas vezes, como única forma para a obtenção de ganhos capazes de propiciar maior competitividade – ou mesmo sobrevivência – no mercado em que estão inseridos, em razão da significativa redução dos custos tributários. Ocorre que, nem sempre o aproveitamento das despesas, decorrentes de amortização de ágio estão em consonância com os entendimentos das autoridades fiscais, e mesmo a lei. Tais situações podem repercutir negativamente aos profissionais da contabilidade (que as aceitaram, ou no mínimo foram com elas coniventes), trazendo sérios riscos profissionais e prejuízos à sua imagem e atuação profissional. Portanto, como diferenciar as operações societárias lícitas das questionáveis? Ainda, qual o fundamento que as distingue de modo a serem classificadas como geradoras de ágio externo ou interno? São essas perguntas a serem respondidas, se não de forma exaustiva, ao menos a partir de exemplos que possam elucidar tão intrincada matéria de natureza contábil e fiscal.

Destarte, longe de se pretender esgotar a matéria, este artigo almeja dotar os operadores das ciências contábeis de subsídios técnicos para a realização da aferição de estruturas legais de constituição e amortização de ágio sobre investimentos, bem assim das

operações puramente realizadas com abuso de forma ou direito, despropósito negocial, ou ainda com ausência de fundamento econômico. Assim, são objetivos específicos deste trabalho: (1) o entendimento dos contornos legais do planejamento tributário; (2) a definição, a formação e o aproveitamento do ágio a luz da legislação tributária, dadas suas distinções e peculiaridades; (3) a comparação de dois modelos de estruturas societárias com o aproveitamento de ágio; (4) a descrição dos resultados de fiscalização da Receita Federal do Brasil (RFB), nos últimos três anos, no combate aos ditos “planejamentos tributários abusivos”; (5) o levantamento das justificativas comuns constantes das decisões das Delegacias de Julgamento da RFB e do CARF nos últimos três anos; e (6) a colação de algumas operações objeto de decisão do CARF e o confronto de argumentos *pro fisco* e *pro contribuintes*, com o cerne das razões de decidir sobre a amortização das despesas com ágio.

Enfim, este artigo torna-se relevante na medida em que, atualmente, ao contrário de períodos pretéritos, o Brasil passa por significativo crescimento econômico, dentro de um contexto de forte globalização econômica. Todavia, muitas empresas, mormente as de médio e menor porte, cada vez mais suscetíveis a aportes de investidores estrangeiros, ainda carecem de maiores ganhos competitivos, os quais podem ser obtidos ao passo em que se atenuem os efeitos da carga tributária. Logo, o profissional da contabilidade deve estar alinhado com as possibilidades reais de ganhos na área fiscal, devendo distinguir as estruturas (planejamentos) que impliquem efetivamente no reconhecimento de benefícios daquelas questionáveis ou puramente artificiais.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Nesta seção serão apresentados os fundamentos teóricos que norteiam o presente estudo, primeiramente, com a correta compreensão do instituto do planejamento tributário e suas deformidades, para, num segundo momento, serem abordados os aspectos doutrinários do ágio do ponto de vista contábil e tributário, bem como os benefícios decorrentes de sua amortização.

2.1 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

Por ocasião da elaboração de planejamento tributário, que objetive a economia fiscal, comumente os contribuintes veem-se inseguros, seja em razão da complexidade da legislação, seja em virtude do crescente combate da RFB sobre os planejamentos tributários tidos como

“abusivos”. Daí, resumidamente, as seguintes dúvidas: (i) pode o contribuinte realizar um ato jurídico visando a objetivos unicamente tributários? Ou, (ii) até que ponto o contribuinte é livre para adotar a forma mais conveniente para instrumentar determinada transação?

Para Latorraca (2000), pode sim o contribuinte ter como fim precípua exclusivamente a economia fiscal na realização de um ato jurídico, tanto o é que, por exemplo, no passado, o contribuinte podia fixar o encerramento do exercício social na data que lhe fosse mais conveniente. Já no que pertine à segunda indagação, sustenta o autor que, se a forma jurídica adotada é típica (prevista ou não vedada em lei), o negócio realizado é válido e eficaz, ainda que seu objetivo econômico fosse a economia de impostos, o mesmo seria perfeitamente legal. Portanto, conclui ele que, o planejamento tributário, como técnica, fundamenta-se no direito à economia de tributos, cuja órbita respalda os contribuintes na adoção de ações que resultam em consequências fiscais menos onerosas. Essa faculdade dos contribuintes condiciona-se à rigorosa observância da totalidade dos requisitos formais e substanciais que a lei exige para a prática dos atos através dos quais ela se exprime. De outro modo, o exercício desse direito à economia de tributos somente comportaria como pressuposto legal a prática de ações válidas e legítimas.

Porém, seria somente a observação à lei o único requisito de validade? Nesse particular, existe divergência doutrinária, amparada principalmente no pensamento de Greco (1998) para quem a validade de um planejamento lícito está atrelada, também, à necessidade de existência de uma causa econômica a justificar os atos praticados. Ou seja, sendo a economia fiscal a única razão, há, no entender deste, abuso de direito (que não se confunde com abuso de forma), carecendo tais atos de “motivação” outra que não seja exclusivamente a economia fiscal.

Com efeito, sucintamente, o planejamento tributário, é depreendido por Schneider (2004, p. 3), como

uma prática para melhorar o fluxo de caixa, onde o conhecimento da contabilidade aliado ao dos tributos, poderá resultar em redução das despesas com os mesmos, melhorando o resultado da empresa. Ou seja, o conhecimento dos tributos poderá gerar ganhos fiscais e/ou reduzir as perdas financeiras com as operações da empresa, resultando em um lucro maior.

O tributário tem por finalidade à economia de tributos, retardando ou impedindo a ocorrência do fato gerador ou mesmo, reduzindo o montante devido. No primeiro caso, é essencial que seja evitada a ocorrência da situação prevista na lei como fato gerador. Como referido, para a maioria dos doutrinadores, a ação ou omissão deverá ser necessariamente lícita e anterior à ocorrência do fato gerador. Já a modalidade de economia referida no segundo caso diz respeito ao cálculo do tributo ou à determinação do valor tributável, e só

será legítima se o contribuinte puder escolher entre duas ou mais opções concedidas pela lei. Na prática, a implementação de planejamentos tributários nas empresas, em face de sua complexidade e dimensão, acaba envolvendo profissionais das mais diversas áreas, internos e externos, tais como: contadores, advogados, economistas, engenheiros, etc. (PRETZEL, 2005).

No entender de Malkowski (2000, p. 73) “[...] a noção de planejamento se relaciona diretamente com uma programação de atividade, a partir da observação de circunstâncias presentes e tendo em vista comportamentos futuros que provavelmente acontecerão”. Ou seja, nada impede que o contribuinte se antecipe a ocorrência do fato gerador com o objetivo de projetá-lo e dimensioná-lo. Dessa forma procedendo, tem a possibilidade de adotar, entre as opções legais disponíveis, as que lhe forem mais convenientes.

A busca pela economia de tributos (o *tax saving* dos americanos) sugere a escolha da opção legal menos onerosa, respeitado o tempo de seu exercício, sendo importante frisar que o procedimento, além de preventivo, há de ser lícito e não vedado em lei. Do contrário, mesmo agindo preventivamente, o contribuinte poderá cometer fraude ou simulação (evasão fiscal).

Encontra eco na doutrina, o entendimento de que o aspecto temporal do fato gerador, como o único critério de diferenciação de validade de planejamentos fiscais, não pode ser suficiente para identificar situações extremas. Assim, mesmo que antecedente ao fato gerador, segundo tal corrente de pensamento há hipóteses de evidente abuso no uso das ferramentas para elaboração de um planejamento, tido como lícito, formalmente (LODI RIBEIRO, 2008). Por tais circunstâncias, o contribuinte deve estar respaldado na execução de planejamentos, que podem ser alcançados pelo conhecimento dos institutos que envolvem a elisão fiscal, os quais possuem limites muito tênues, contornados por práticas repreensíveis e condenáveis pela ordem jurídica.

2.1.1 Evasão, elisão e elusão

Juridicamente, o planejamento tributário, muitas vezes, é conceituado como elisão fiscal, sendo esta expressão sempre empregada como sinônimo daquele. Na doutrina brasileira a evasão é pós-fato gerador e a elisão é pré-fato gerador. Ao defender a economia fiscal lícita em contraposição à ilícita, Penteadó (1988, p. 33) manifesta-se dizendo que

sem dúvida, a ninguém é dado furtar-se a pagar tributo devido, nos exatos montante e prazos estabelecidos pela lei. Não obstante, ninguém está obrigado a pagar tributo indevido, ou se devido, a fazê-lo em montante maior ou em prazo menor que aqueles

pela lei determinados. Cristalina, portanto, a legitimidade da procura, pelo contribuinte, do que se denomina economia fiscal, a ser buscada através da opção por negócios jurídicos, ou formas jurídicas aptas a vestir um mesmo negócio, menos onerosas sob o ponto de vista de sua tributação. Se existem alternativas, escolhe-se a de menor impacto fiscal, manda a lógica, o bom senso. E não o impede a lei ou a ética. O contribuinte tem plena liberdade de escolha dos meios legais formais para estruturar seus negócios, suas operações isoladas ou complexas, se a lei não exigir uma forma específica.

Se, por um lado, a elisão pode ser definida como a conduta preventiva tendente, por processos sempre lícitos, a afastar ou retardar a incidência tributária, por outro viés, a evasão fiscal pode ser definida como a ação consciente e voluntária do indivíduo, tendente a, por meios ilícitos, eliminar, reduzir ou retardar o pagamento de tributo que é devido. Enfim, as expressões elisão fiscal e evasão fiscal significam, respectivamente, a economia fiscal lícita e a economia fiscal ilícita.

Para Derzi e Coelho (1997), a disciplina da elisão comporta, ainda, uma última diferenciação. A elisão “induzida”, quando a própria lei deseja o comportamento do contribuinte, por razões extrafiscais. Como exemplo, as isenções conferidas às indústrias que se instalem no norte-nordeste do Brasil e em zonas francas. E a elisão “por lacuna”, quando a ausência de lei específica possibilita o aproveitamento pelos contribuintes. A verdadeira elisão fiscal é esta última, por apresentar questionamentos jurídicos e éticos na sua avaliação. Baseia-se na premissa de que se o legislador não quis especificamente regular a matéria, como na elisão “induzida” pela lei, pelo menos não a vedou expressamente, quando podia tê-lo feito (princípio da legalidade). Este princípio, no particular, abriga duas conotações. A primeira é a de que o contribuinte, observada a lei, não está obrigado a adotar a solução fiscal e jurídica mais onerosa para o seu negócio, pelo contrário, está eticamente liberado para buscar a menos onerosa, até porque sendo o regime econômico considerado de livre iniciativa e de assunção de responsabilidades, prevalece a tese da minimização dos custos e da maximização dos resultados. A segunda conotação do princípio da legalidade reside na máxima de que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, de resto preceito constitucional e, pois, dominante.

Por outro lado, o rigorismo na aplicação do princípio da legalidade sofre resistência por outros pensadores, os quais entendem que não se pode negar a existência da elisão ineficaz, ou elusão. Pois, em que pese o comportamento do contribuinte ser a rigor lícito, ele frequentemente pode ser dotado de um formato atípico para os atos praticados que objetivem a economia fiscal. O conceito de elusão pode ser encontrado nas lições de Torres (2003), para quem esta é o conjunto de ações lícitas com que o contribuinte de forma planejada vale-se para o seu fim de afastar a incidência fiscal, mas desprovidas de causa. Não se trata de

descumprimento direto da lei, haja vista que a legalidade é apenas ilusória, ante a evidente afronta indireta, por exemplo, do princípio da isonomia.

2.1.2 Teorias alemãs de interpretação econômica

A chamada interpretação econômica das leis tributárias tem sua origem no Código Tributário Alemão de 1919, de autoria de Enno Becker, no qual se fez inscrever a seguinte menção: “Na interpretação das leis fiscais deve-se ter em conta sua finalidade, seu significado econômico e a evolução das circunstâncias”. O objetivo do tributarista alemão foi dar realce à substância econômica das relações de direito tributário, em contraposição ao formalismo conceitual das relações de direito privado, em uma época em que aquele ramo do direito surgia como ciência nova e autônoma.

A partir do reconhecimento do tributo como um fenômeno de fundo econômico, na medida em que incide sobre fatos econômicos levando em conta a capacidade econômica dos indivíduos – que a isonomia (igualdade) tributária, segundo a capacidade contributiva, só seria alcançada se uma mesma realidade econômica, independentemente de forma jurídica, produzisse as mesmas consequências fiscais. Com isso, a forma jurídica indicada pelo legislador para caracterizar determinado fato tributável passaria a ser secundária e irrelevante na determinação de seus efeitos tributários, pois as situações econômicas idênticas deveriam corresponder idênticos tributos. Daí dar-se-ia ao intérprete tão amplo campo de atuação no combate à elisão que se tornaria praticamente impossível a sua ocorrência.

O direito positivo brasileiro não albergou norma semelhante à do direito alemão e, na doutrina, há ressalvas quanto à necessidade de depurá-la dos excessos e impropriedades que se encontram em certos autores. Os arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional são indicados como uma tímida adoção da teoria da interpretação econômica, apenas no âmbito do legislador, jamais no âmbito do intérprete. Aliás, para estes, no âmbito do intérprete seria inconcebível, em um ordenamento jurídico onde a estrita legalidade dos tributos é cânone da natureza constitucional.

De fato, a aceitação de tal critério interpretativo equivaleria a reconhecer na jurisprudência a função de inovar o direito positivo, o que não é admissível no direito brasileiro, de notória inclinação legislativa e que consagra a tripartição dos poderes e o princípio da legalidade e tipicidade da tributação (DÓRIA, 1971). Conforme sinala Dória (1971, p. 54), o direito brasileiro adotou, somente quanto ao legislador e não ao intérprete, tal método interpretativo, referindo que

o legislador brasileiro aceitou as premissas da teoria da prevalência econômica consagrada no Código Alemão (cuja exatidão, aliás, não se pode negar), mas opôs sérias restrições à admissibilidade de todas as consequências delas extraídas. Especialmente opôs a reserva de que a assemelhação das situações econômicas idênticas para fins de tributação idêntica deve partir sempre do legislador.

Embora não se negue a exatidão e a razoabilidade das premissas em que se assenta a teoria da interpretação econômica, ela - ainda que se reconheça ser uma forma verdadeiramente eficaz de que disporia o Estado para evitar a elisão - não pode ser admitida, pois acabaria arrasando as formas jurídicas e destruindo o próprio direito que, através delas, disciplina e regula as realidades substanciais, ao menos no Brasil, que não possui tradição da utilização de conceitos “indeterminados” (PRETZEL, 2005).

Igualmente, a teoria do abuso de formas tem origem em nova redação conferida ao Código Tributário Alemão, de 1977, a qual diz que a lei tributária não poderá ser fraudada através do abuso das formas jurídicas. Sempre que ocorra abuso, a pretensão do imposto surgirá, como se para os fenômenos econômicos tivesse sido adotada a forma jurídica adequada. O abuso de forma jurídica consiste em utilizar forma jurídica diversa daquela que, se praticada diretamente, acarretaria a incidência tributária indesejada. Todavia, nosso direito positivo não adotou a teoria do abuso de formas, não estando o contribuinte adstrito a optar pela escrituração tradicional dos seus negócios para tributá-los mais onerosamente. Isto ocorre em face do aforisma de que ninguém é obrigado a fazer algo ou deixar de fazer senão em virtude de lei. Ao invés, tem livre escolha na forma de organizar suas operações.

Para Penteadó (1988) o abuso das formas só tem guarida nos sistemas jurídicos que preveem cláusulas gerais desse tipo, outorgantes do direito de desclassificar atos legítimos só porque praticados de forma não usual, visando exclusivamente à elisão fiscal. Ainda leciona que, a teoria de abuso das formas, se não prevista legalmente, não deve ser aplicada no direito tributário, tampouco confundida com a simulação. Nesta não há abuso de formas, há divergência entre a vontade e a declaração formal, é um vício do negócio que dispensa a alegação de abuso dos meios para ser adequadamente tributado.

O abuso de direito passou a integrar o sistema jurídico brasileiro de forma positiva com a promulgação da Lei nº 10.406 de 10/01/2002, qual seja: o Código Civil. No direito tributário, parte da doutrina, sustenta que o abuso de direito pode ser verificado quando o contribuinte se utiliza de uma alternativa não usual para a estruturação de seus negócios, tendo como único objetivo elidir a tributação. Consequentemente, uma vez verificado que o sujeito passivo se utilizou de procedimentos alternativos para produzir os efeitos típicos de outro negócio jurídico mais simples e oneroso, o intérprete da norma deveria estar autorizado a reconduzir a prática adotada pelo contribuinte ao tipo legal que se pretendeu evitar,

garantindo assim a unidade e a equidade da tributação. O abuso de direito seria evidenciado, portanto, pela falta de um propósito negocial verdadeiro e justificável para a adoção daquela alternativa jurídica escolhida pelo contribuinte (GRECO, 2003).

De maneira simplificada, a aplicação da teoria do abuso de direito tem os seguintes pressupostos: (i) identificação de um negócio jurídico estruturado de forma não convencional para atingir o mesmo resultado de outro negócio mais simples, fingindo a não incidência do tributo, ou reduzindo seu pagamento; (ii) ausência de um propósito negocial verdadeiro que justificasse a adoção do caminho escolhido pelo contribuinte; (iii) finalidade exclusiva de economia de impostos; e, (iv) necessidade de se garantir a equidade e a solidariedade da tributação, tornando concreto o princípio da capacidade contributiva (GRECO, 2003).

Historicamente, a legislação brasileira vem garantindo aos contribuintes o direito de estruturar suas operações da maneira mais eficaz do ponto de vista fiscal, desde que dentro dos limites legais. Sendo assim, a expressão “abuso de direito” contém uma contrariedade em si mesma, pois, se alguém lança mão de um direito consagrado, como abusar dele!? As teorias do abuso de formas e do abuso de direito, são novas roupagens conferidas à antiga teoria da interpretação econômica, que não estaria em conformidade com o sistema legal tributário vigente no País. Em suma, tais interpretações de cunho econômico seriam inadequadas: (i) face ao princípio da legalidade inserto no art. 150, inc. I da Constituição Federal, pelo qual é vedado exigir tributo sem que a lei o estabeleça; (ii) face ao princípio da tipicidade cerrada que é a materialização do princípio da legalidade, diferenciando-se deste último por ser a concretização através de normas-tipos da segurança jurídica do contribuinte, e não apenas declaração de ser o fato tributável; (iii) face ao descabimento da tributação por analogia, pois no sistema jurídico brasileiro é expressamente vedada a sua aplicação para exigir tributo, conforme o art. 108 do CTN; e, (iv) face ao princípio da autonomia da vontade e da liberdade contratual, pois o contribuinte tem o direito de organizar-se e estruturar seus negócios da melhor forma possível do ponto de vista fiscal (PRETZEL, 2005).

2.2 ÁGIO SOBRE INVESTIMENTOS

Consoante Torres (2012), o ágio surge, como preço adicional, quando participações societárias ou ativos de uma empresa são adquiridos por um custo de aquisição superior ao valor contábil registrado nas demonstrações contábeis. Já para Schoueri (2012), o ágio se forma quando uma empresa adquire participação relevante em outra sociedade, sujeitando-se, daí, ao Método de Equivalência Patrimonial (MEP). De outro modo, Pedreira (1989) entende

que o ágio na aquisição de participação societária pode ser entendido como parte do custo de aquisição do investimento que corresponde ao direito de participar em valores que não se acham registrados na escrituração da investida.

A figura do ágio encontra um enfoque tributário e outro contábil, razão pela qual Schoueri (2012) menciona que, diante da ausência de uma disciplina para o ágio/deságio na aquisição do investimento, o próprio legislador tributário tratou do assunto. E sendo assim, o Decreto-lei nº 1.598/1977, a partir dos arts. 20 e segs., contemplou a obrigatoriedade de destacar-se o valor do ágio como subconta do valor do investimento, quando este fosse sujeito à avaliação pelo MEP. Portanto, para efeitos de licitude, o ágio deve ser vislumbrado do ponto de vista exclusivamente tributário, como quis o legislador, e não contábil.

Para constar, sob a ótica contábil, o ágio é visto como *goodwill*. Carvalho, Lemes e Costa (2006, p. 72) descrevem, com precisão, o regime do *goodwill*, a partir da IRFS 3, referindo que “[...] o *goodwill* adquirido é o excesso do custo de aquisição sobre o valor justo dos itens adquiridos e representa um pagamento antecipado feito pela adquirente pelos benefícios econômicos futuros dos ativos que não foram individualmente identificados e separadamente reconhecidos na combinação. Seu reconhecimento será como um ativo, na data da aquisição”.

2.2.1 Método da equivalência patrimonial

O MEP encontra guarida no *caput* do art. 248 da Lei nº 6.404/76, o qual leciona que no balanço patrimonial da companhia, os investimentos em coligadas/controladas, devem ser avaliados pelo MEP. Ainda, refere que o valor do patrimônio líquido da investida será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, na mesma data, ou até 60 dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia, sendo o valor do investimento determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido, da porcentagem de participação no capital da investida. A diferença entre o valor do investimento e o custo de aquisição corrigido monetariamente será registrada, em regra geral, como resultado do exercício da controladora, mediante ajuste positivo ou negativo de equivalência patrimonial.

Segundo lição de Torres (2012), a equivalência patrimonial tem a função de identificar os investimentos relevantes nas investidas, conforme os resultados forem sendo apurados nestas entidades, independentemente de distribuição dos lucros. E para investimentos que não se qualifiquem como relevantes, emprega-se o método ordinário de custo de aquisição na sua

avaliação na forma do art. 183, III, da Lei nº 6.404/76. Na prática, para os planejamentos tributários envolvendo a figura do ágio, os investimentos devem ser relevantes e, portanto, sujeitos à equivalência patrimonial.

2.2.2 Fundamentos do ágio e seu tratamento

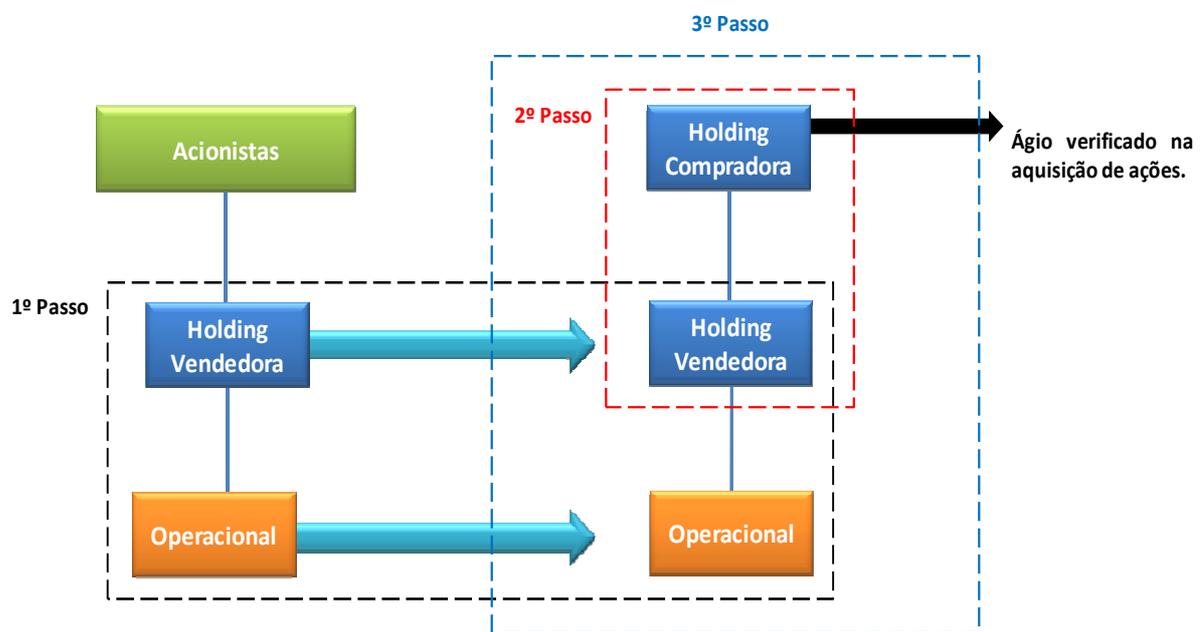
Reconhecido o ágio, o adquirente deve desdobrar o valor pago entre o investimento (correspondendo ao valor patrimonial da participação adquirida) e o ágio (diferença entre o valor pago e o valor patrimonial). Adicionalmente, no momento da contabilização do ágio, deve-se indicar seu fundamento econômico, dentre os seguintes: (a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ao custo registrado na sua contabilidade, (b) valor da expectativa de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, ou (c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. Para efeitos deste trabalho, destaca-se o fundamento trazido pelo art. 385, § 2º, II, do Decreto nº 3.000/99 – Regulamento do Imposto de Renda (RIR) – qual seja, o valor de rentabilidade da investida, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, haja vista que será ele quem permitirá ao contribuinte a fruição de benefícios fiscais (SCHOUERI, 2012).

Conforme Schoueri (2012), o ágio lastreado em rentabilidade futura corresponde ao pagamento antecipado de parcela dos lucros que se esperaria vir a serem auferidos no futuro. A investidora paga o ágio porque imagina ter um retorno sobre seu investimento. Ou seja, estima-se que o investimento continue a render lucros por um determinado período. A evidência de que a fundamentação do ágio está na rentabilidade futura se encontra quando se fazem projeções de receitas, custos e despesas, trazendo tais montantes a valores presentes e aplicando-se considerações como custo de oportunidade ou remuneração de investimento, a fim de se apurar a lucratividade esperada.

O art. 386, III, § 2º, I do RIR diz que a pessoa jurídica que vier absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão (reorganização), na qual detenha investimento adquirido com ágio, poderá amortizar o valor deste, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à reorganização, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração. A amortização do ágio é viável mesmo que a empresa incorporada, fusionada ou cindida tenha sido aquela que detinha a propriedade da participação societária; razão pela qual, seguidamente, operações com a denominada “incorporação reversa” – da controladora pela controlada – ocorrem.

Exemplificando o tema, tem-se a seguir representação de operação de compra de participação societária, realizada entre partes independentes a preços de mercado, onde ficam evidenciadas as etapas de formação do ágio e do seu conseqüente aproveitamento como benefício fiscal legítimo. Trata-se de modelo verificado em diversos processos de aquisição de empresas no País. Este modelo expressa a recuperação de parte expressiva do preço adicional pago pela aquisição da participação societária, mais especificamente, 34% (sendo, 15% do IRPJ, 10% do adicional e 9% da CSLL) do sobrevalor pago.

Diagrama 1 – Operação Societária com Ágio Externo



1º Passo: Aquisição das ações da Holding Vendedora pela Holding Compradora

2º Passo: Incorporação societária inversa da Holding Compradora pela Holding Vendedora

3º Passo: Incorporação societária inversa da Holding Vendedora pela Operacional

Fonte: Elaboração própria

Como se depreende do exemplo, num primeiro momento, os acionistas de uma empresa *holding* vendedora alienam sua participação societária em empresa operacional, com base em laudo lastreado em expectativa de rentabilidade futura, onde o preço adicional ao contábil, o ágio, é verificado, sendo a sua fruição viabilizada por duas operações sucessivas de incorporação societária reversa, com a amortização do valor do ágio na empresa operacional, em razão da extinção das empresas *holdings* compradora e vendedora, respectivamente.

2.2.3 Ágio externo *versus* ágio interno

Nem todas as operações de reorganização societária envolvendo ágio se dão nos moldes anteriormente ilustrados, havendo um rol variado de estruturas de planejamento para aproveitamento de ágio que são questionáveis pelas autoridades fazendárias, seja porque muitas vezes se dão entre partes relacionadas, seja porque outras vezes tais operações não possuem fundamento econômico, sequer propósito comercial lícito.

Ensinam Martins e Iudícibus (2012, p. 85), que “[...] o ágio por expectativa de rentabilidade futura, também denominado *goodwill*, é um dos elementos mais importantes e mais antigos da Contabilidade Financeira”. Ainda, Martins e Iudícibus (2012 *apud* EDWARDS; BELL, 1961), lecionam que há dois tipos de *goodwill*: o subjetivo, enquanto calculado por qualquer avaliador, e o objetivo, nascido de uma transação comercial. Logo, aquele gerado internamente, passível de mensuração por montantes diferentes conforme o avaliador, é *goodwill* subjetivo. Quando passa pelo crivo de uma negociação, é objeto de uma aquisição em sentido amplo, passando, esse valor negociado, a ser, segundo esses autores, o *goodwill* objetivo.

Devido à dificuldade de estimativa quando se adota o custo histórico como base de valor do ativo, é praticamente impossível a identificação, a segregação e a mensuração dos custos que geram o *goodwill* subjetivo. Isso decorre das subjetividades nas expectativas sobre o futuro e falta de mercado ativo para esse item (o que dificulta a apuração do valor justo) e ao próprio conceito. O *goodwill* gerado internamente na própria entidade, espontaneamente, sem nenhuma operação que lhe confira valor, não tem sido aceito como ativo nos ordenamentos contábeis existentes. Assim, é exatamente isso que registra, por exemplo, a Resolução CFC nº 1.110/2007, que veda o reconhecimento contábil do ágio gerado internamente (MARTINS; IUDÍCIBUS, 2012).

Ocorre que, o ágio interno é expressão que vem sendo utilizada de maneira, muitas vezes, incorreta, ou pelo menos deturpada, pois em nenhuma hipótese a vedação do CFC está se referindo ao ágio derivado de negociações entre empresas sob controle comum. Apenas atinge a vedação ao reconhecimento de ágio dentro da própria pessoa jurídica.

Corroborando a idéia de que não se podem igualar todas as operações que se dão entre partes relacionadas como ágio interno censurável, Takata (2012) constata que existem “ágios internos ou com causa” e “ágios internos criados ou artificiais ou sem causa”, sendo os artificiais aqueles gerados sem substrato econômico, por operações revestidas de falsa legalidade, tal qual, aquelas onde se fabricam notas promissórias sem a real exigibilidade para

serem utilizadas como moeda na formação de ágio, que será oportunamente levado à amortização para que, daí decorra todos os benefícios fiscais esperados, porém, ficticiamente gerados.

Ademais, mesmo que a contabilidade possa ter restrições à formação de ágios internos, na perspectiva de Bozza (2010), a lei distancia-se dos critérios contábeis, não se influenciando por estes. Do mesmo modo, para Torres (2012) o ágio é instituto jurídico. Tem disciplina legal exaustiva. O fato de haver figura homônima na Contabilidade – ou melhor, o fato de a figura tributária ter se inspirado naquela – não afasta a conclusão de que uma vez regulado pelo direito, é neste campo que se deve investigar sua natureza. Do ponto de vista contábil, como dito, o ágio corresponderia a um preço, pago por um ativo, em montante superior ao seu valor normal. Este conceito foi absorvido pelo legislador tributário, que, ao regular a matéria, substituiu a idéia de valor nominal por valor patrimonial, identificando daí, o ágio como a diferença (positiva) entre o preço pago por um investimento e seu valor patrimonial (TORRES, 2012).

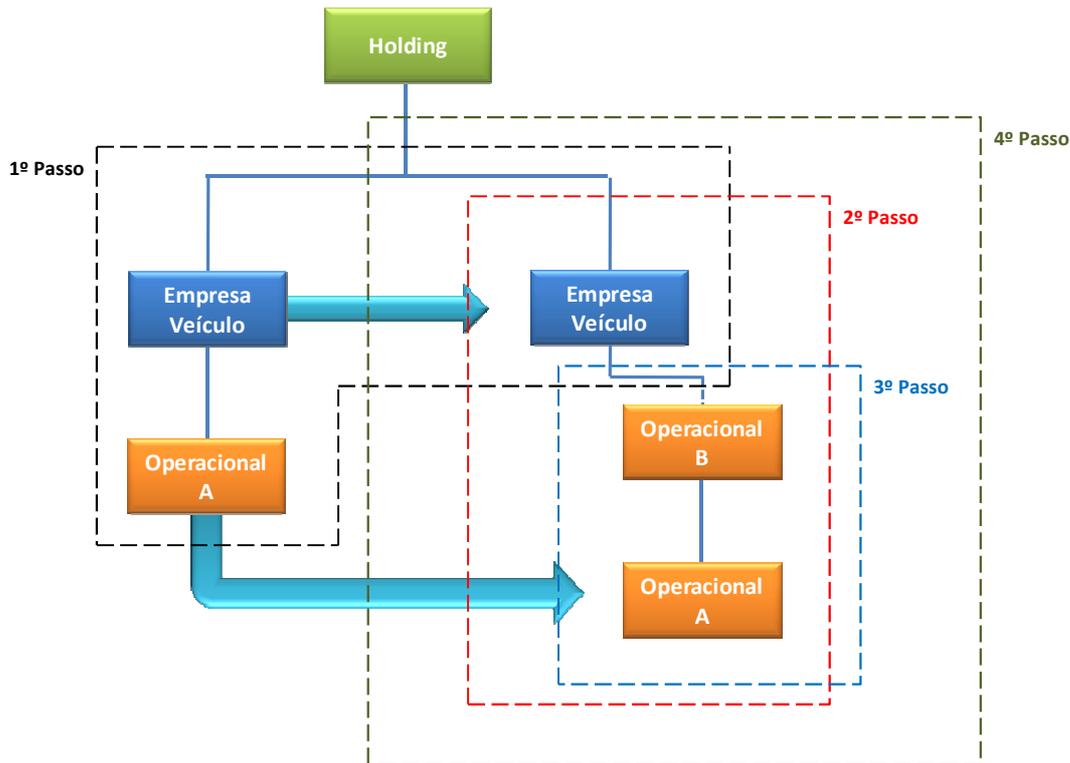
A reforçar o entendimento acima exarado, Dias (2011) menciona que, pertencendo as ciências contábeis e o direito positivo a esferas distintas e independentes, um mesmo dado fático pode ser conhecido diversamente por um e por outro, uma vez que o processo de conhecimento pauta-se por pressupostos distintos em cada uma das esferas. Ao jurista, cabe preocupar-se com o direito positivo, já que, para fins de se atribuir efeitos jurídicos, é o direito positivo que determina a forma de interpretação do fato que colheu por suporte fático. Ao contador, cumpre reconhecer, mensurar e evidenciar os fatos sob a perspectiva econômica.

Nada obstante, a RFB não tem feito distinção entre operações onde há legítima formação de ágio, seja externo, seja interno, de operações marcadamente artificiais para supressão de tributos, que no entender do fisco, conquanto revestidas de legalidade formal, devem ser reprimidas ante a evidente ausência de fundamento econômico e de despropósito negocial, embora seja questionável a base legal para isso no Brasil. Assim, a RFB acaba por impingir o mesmo rótulo de operações simuladas, artificiais em sua essência, a operações válidas. A todas as operações envolvendo ágio interno, a RFB tem taxado como planejamento tributário “abusivo”, usando referida expressão para coibir planejamentos intragrupos que não possuem óbice legal.

Nesse particular, cabe referir que, por meio da recente Lei nº 12.973, de 13.05.2014, o Governo acabou tratando da matéria e criando expressa vedação legal às operações entre partes dependentes. Ou seja, agora há proibição ao ágio interno, a qual passa a vigorar, conforme cada caso, nos moldes e tempo fixados pela nova legislação, por conseguinte,

dessume-se que se antes não havia lei regulando a matéria – em homenagem ao princípio da legalidade – o planejamento tributário com ágio entre empresas do mesmo grupo era válido, ao contrário do que se pretende daqui para frente. Abaixo, com essa ótica, segue ilustração de operação válida que cairá em desuso.

Diagrama 2 – Operação Societária com Ágio Interno



1º Passo: Constituição da Empresa Veículo com as quotas da Operacional A, avaliadas a valor de PL

2º Passo: Aumento do capital da Operacional B pela Empresa Veículo com a conferência das quotas da Operacional A

3º Passo: Incorporação societária da Operacional A pela Operacional B

4º Passo: Incorporação societária inversa da Empresa Veículo pela Operacional B

Fonte: Elaboração própria.

Na operação diagramada, o ágio é tido como interno, pois a reorganização societária se dá sob o manto de uma única controladora, a empresa denominada *holding*, sendo o ágio formado pela conferência das participações societárias da empresa (Operacional A) (avaliadas a valor contábil) em aumento de capital da empresa (Operacional B) com base em preço de emissão de participações desta última em valor de mercado. A diferença entre o valor contábil da empresa (Operacional B) e o seu preço de mercado, fixado com fundamento em rentabilidade futura, gera uma diferença a maior na aquisição (subscrição por aumento de capital); o ágio. Este poderá vir a ser amortizado, viabilizando a fruição de benefícios fiscais,

à medida que se realizem operações sucessivas de incorporação societária reversa, até que ocorra a amortização do valor do ágio nas empresas operacionais.

Embora, somente por meio da Lei nº 12.973, de 13.05.2014, este tipo de operação venha a ser vedada (definitivamente apenas em 01/01/2015), a RFB promoveu inúmeras autuações – mesmo sem amparo legal – condenando referida prática como planejamento tributário abusivo.

3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A pesquisa realizada neste artigo é classificada quanto aos seguintes aspectos: (a) pela forma de abordagem do problema, (b) de acordo com seus objetivos e (c) com base nos procedimentos técnicos utilizados.

No que pertine à abordagem do problema, este artigo pode ser classificado como qualitativo (RAUPP; BEUREN, 2003), visto que teve por fim identificar parte dos elementos mínimos necessários à validade de operações societárias envolvendo o aproveitamento do ágio, bem assim os reais fundamentos que o viabilizam, por meio da pesquisa exploratória bibliográfica e documental, lastreada em livros especializados na área, revistas, periódicos, bem como buscas de conhecimento na internet.

De acordo com o objetivo, esse artigo se destina a elucidar através de exemplos operações de aproveitamento de ágio interno e externo, perpassando, assim, a pesquisa por meios descritivos. A experimentação permite averiguar uma visão geral acerca de um determinado assunto, a fim de reunir conhecimento sobre o que se propõe a analisar. Enfim, é descritivo, pois se faz necessário relatar as principais características utilizadas para coleta de dados (RAUPP; BEUREN, 2003).

Já, no que diz com os procedimentos técnicos utilizados, a pesquisa foi realizada por meio documental, uma vez que foram analisadas diversas ementas administrativas das Delegacias de Julgamento da RFB sobre ágio, e mesmo, com maior aprofundamento, o inteiro teor de decisões do CARF, onde se buscou levantar a identidade de justificativas/fundamentos que levaram os julgadores a decidir contrária ou favoravelmente aos interesses dos contribuintes, cabendo referir que, para atingir o objetivo proposto, foi realizada a coleta e análise de informações com imparcialidade e a prévia definição de um espaço amostral aleatório contemplando decisões administrativas proferidas durante o período compreendido entre 01.01.2011 a 31.12.2013, sendo as mesmas devidamente catalogadas.

4 ANÁLISE DOS DADOS

4.1 RESULTADOS DE FISCALIZAÇÃO DA RFB

Com o intuito de evidenciar as medidas tomadas pela RFB para reprimir operações envolvendo o aproveitamento de *ágio* e, notadamente, os resultados obtidos, foram analisados os relatórios de 2011, 2012 e 2013 publicados em seu *site* oficial, destacando-se as principais iniciativas tomadas pelo fisco, com vista à programação, aos resultados e à metodologia empregada para o recorde de lançamentos obtidos. De tais relatórios, infere-se a Tabela 1 – Resultados da Fiscalização – a seguir relacionada, onde ano após ano a RFB de fato bateu recordes de arrecadação.

Tabela 1 – Resultados da Fiscalização

Ano	Valor de Crédito Constituído (R\$)	Resumo das Observações
2011	109,6 bilhões	“[...] Recorde de lançamentos. Em relação às operações de Planejamento Tributário Abusivo, foram priorizados os 150 casos mais relevantes, destes 48 são relativos a ágio interno totalizando a quantia de R\$ 10.684.113.323,00. ”
2012	115,8 bilhões	“[...] Novo recorde histórico de crédito tributário constituído. Destacam-se entre as principais infrações tributárias, as operações de reorganização societária que tenham originado ágio interno (dentro do mesmo grupo econômico).”
2013	190,1 bilhões	“[...] Mais um novo recorde histórico de crédito tributário constituído. O crescimento dos números é explicado, entre outros fatores, pelo efetivo combate ao planejamento tributário abusivo, normalmente executado por contribuintes com maior capacidade contributiva. Estão dentre as principais infrações tributárias o planejamento tributário abusivo de ágio interno (dentro do mesmo grupo econômico), totalizando 71 procedimentos fiscais com lançamentos no valor de R\$ 31.175.598.131,00. ”

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa.

Em especial, focam-se as atenções e comentários aos denominados casos de planejamento tributário “abusivo”, onde reside a figura do *ágio interno*. Conforme a RFB, tais operações são praticadas por algumas companhias, por meio da estruturação de negócios de forma artificial, sob a roupagem de institutos consagrados do direito privado. Ainda, são estruturados sem propósito negocial, no qual os fatos não correspondem à realidade da negociação, conduzidos apenas com o objetivo de economizar tributos.

Com o viés de coibir tais práticas, a fiscalização frisa ter desenvolvido ferramentas para identificação dessas operações de forma mais objetiva, estando apta a demonstrar referido artificialismo nos procedimentos de fiscalização. Em seguida, refere, de modo a acautelar os contribuintes, que os julgamentos administrativos e judiciais têm mantido os lançamentos de planejamento tributário, quando a fiscalização tem demonstrado que as operações aconteceram apenas no plano formal. Nada obstante, em extensa pesquisa

bibliográfica e jurisprudencial, não se encontram manifestações das Cortes Superiores do Poder Judiciário sobre a figura do ágio interno. E, perante o CARF, existem algumas decisões em favor de contribuintes, relativamente ao uso de ágio interno, como restará melhor detalhado.

Tabela 2 – Evolução dos Créditos Constituídos em Fiscalização

Ano	Valor de Crédito Constituído (R\$)	Crescimento (%)
2010	90.641.081.548,00	
2011	109.634.209.239,00	20,9
2012	115.810.755.011,00	5,6
2013	190.199.395.938,00	63,5

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa.

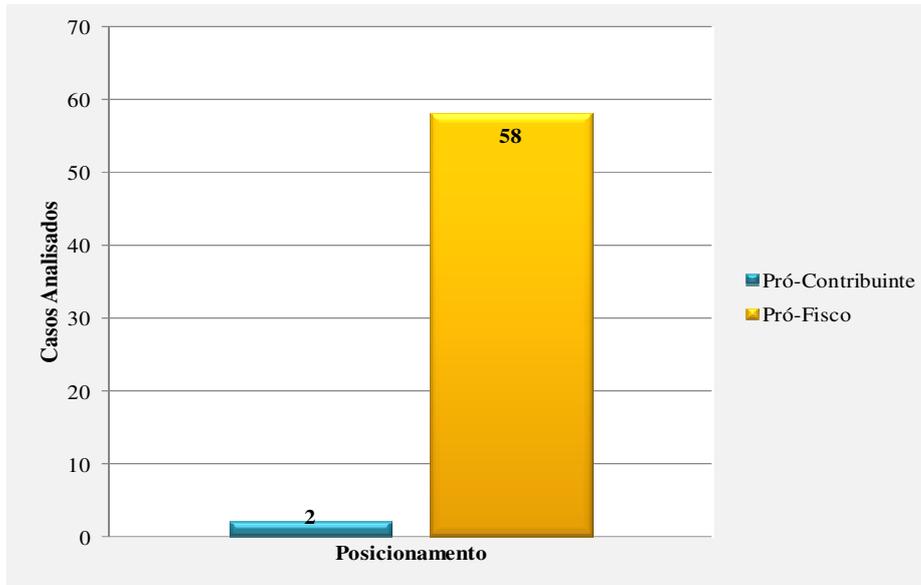
Complementarmente, é possível verificar pela Tabela 2 – Evolução dos Créditos Constituídos em Fiscalização – que nos últimos anos, em especial os últimos dois anos, que o crescimento foi significativo, mais especificamente 63,5% em relação ao ano anterior.

4.2 JUSTIFICATIVAS COMUNS NAS DECISÕES DAS DELEGACIAS DA RFB

Com o objetivo de mapear as decisões que formaram parte do crescente aumento de créditos constituídos com base na atuação de contribuintes, responsáveis pelos recortes de lançamentos, onde teriam praticados os ditos planejamentos tributários “abusivos”, foram analisadas 60 decisões emanadas, globalmente, pelas vinte Delegacias de Julgamento da Receita Federal (DRJs), entre o período de 01/01/2011 e 31/12/2013. Num primeiro momento, como critério de pesquisa, foram selecionadas decisões detentoras em suas ementas das expressões “ágio” e “rentabilidade futura” para, posteriormente, serem segmentadas, com base no seu teor de justificativa, mormente conforme as expressões, idênticas ou similares, quais sejam, “ágio interno”, “ausência de fundamento econômico”, “ausência de propósito negocial”, “empresa veículo” e “simulação”.

Então, levantou-se, como resultado da pesquisa que, das 60 decisões administrativas, apenas duas decisões foram proferidas favoravelmente aos contribuintes, e as restantes 58, em prol da Fazenda Pública. Assim serve o Gráfico 1 – Decisões Pró-Contribuinte e Pró-Fisco na RFB, para representar o resultado.

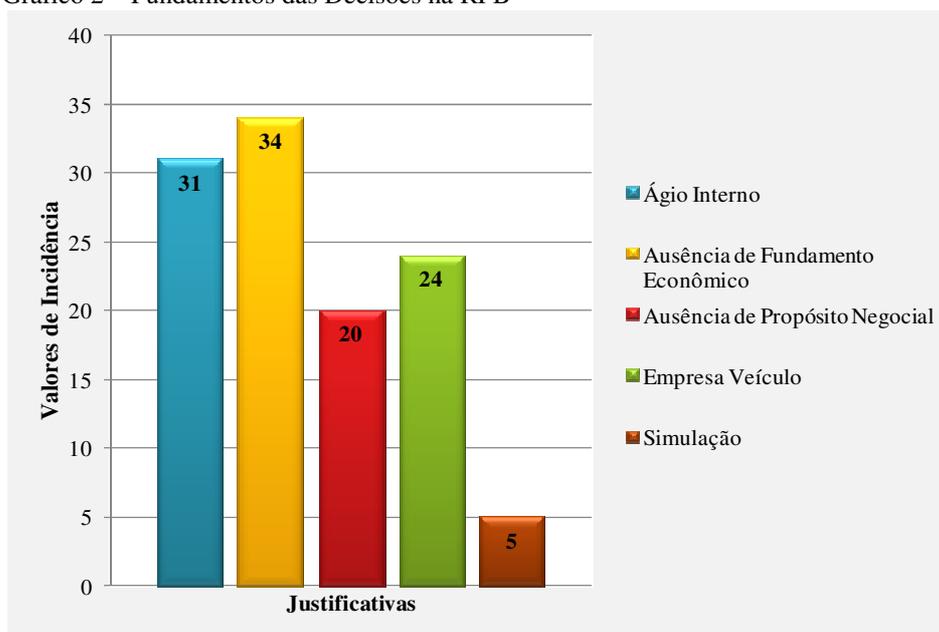
Gráfico 1 – Decisões Pró-Contribuinte e Pró-Fisco na RFB



Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa.

Quanto às justificativas (fundamentações) das decisões (argumentos centrais que formam as razões de decidir), verificou-se a identidade das seguintes entre os julgados: (a) “ágio interno” mencionado por 31 vezes, (b) “ausência de fundamento econômico” por 34 vezes, (c) “ausência de propósito negocial” por 20 vezes, (d) “empresa veículo” por 24 vezes e (e) “simulação” por cinco vezes. A seguir tem-se o Gráfico 2 contendo o resultado da análise das 60 decisões emanadas das DRJs.

Gráfico 2 – Fundamentos das Decisões na RFB



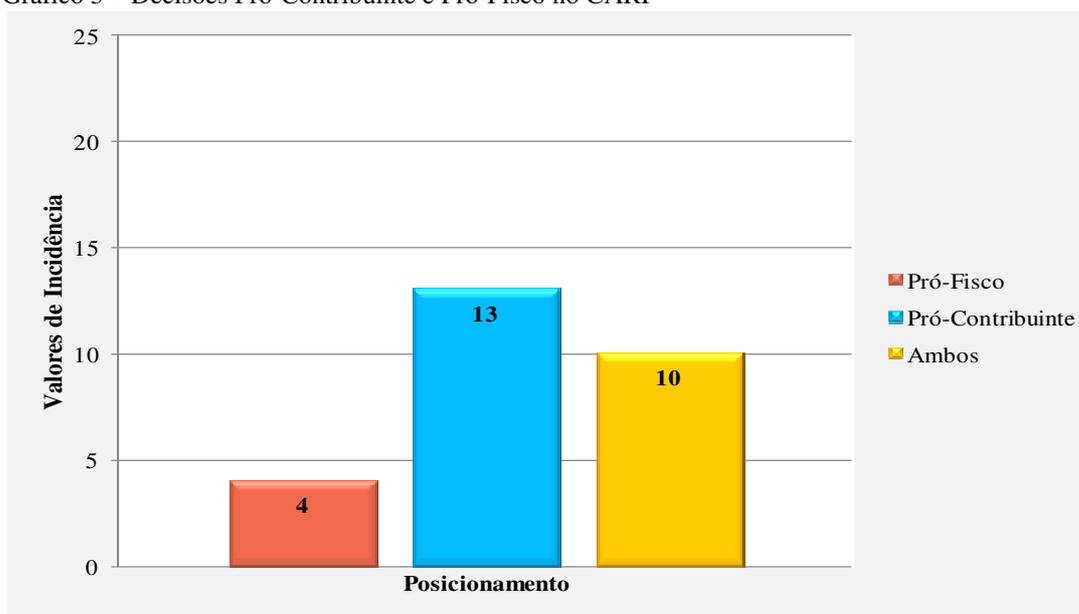
Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa.

Importante destacar que, as justificativas, em sua maioria, foram encontradas cumulativamente em uma mesma decisão. Da análise dessas, pôde-se observar que a incidência da justificativa “ausência de fundamento econômico” apresenta-se como pressuposto à “ausência de propósito negocial”. Ou seja, se não há fundamento econômico, quiçá se perquirir do propósito negocial. A ocorrência de ambas as justificativas se dá de forma conjunta, em estruturas que envolvem a figura do “ágio interno”, quase sempre; essa é a maior recorrência.

4.3 JUSTIFICATIVAS COMUNS NAS DECISÕES DO CARF

Relativamente ao mesmo período (01/01/2011 a 31/12/2013), examinamos decisões proferidas por todas as câmaras do CARF competentes para o julgamento da matéria objeto de pesquisa, sendo coletados, a título de amostra, 25 acórdãos, selecionados pelo fato de constarem em suas ementas, as expressões “ágio” e “rentabilidade futura”. Apurou-se, como resultado da pesquisa, então, que do total das 25 decisões, quatro foram favoráveis ao fisco, 13 foram favoráveis aos contribuintes e 10 foram parcialmente favoráveis ao contribuinte. A seguir tem-se o Gráfico 3 – Decisões Pró-Contribuinte e Pró-Fisco no CARF –, onde se representa graficamente o resultado.

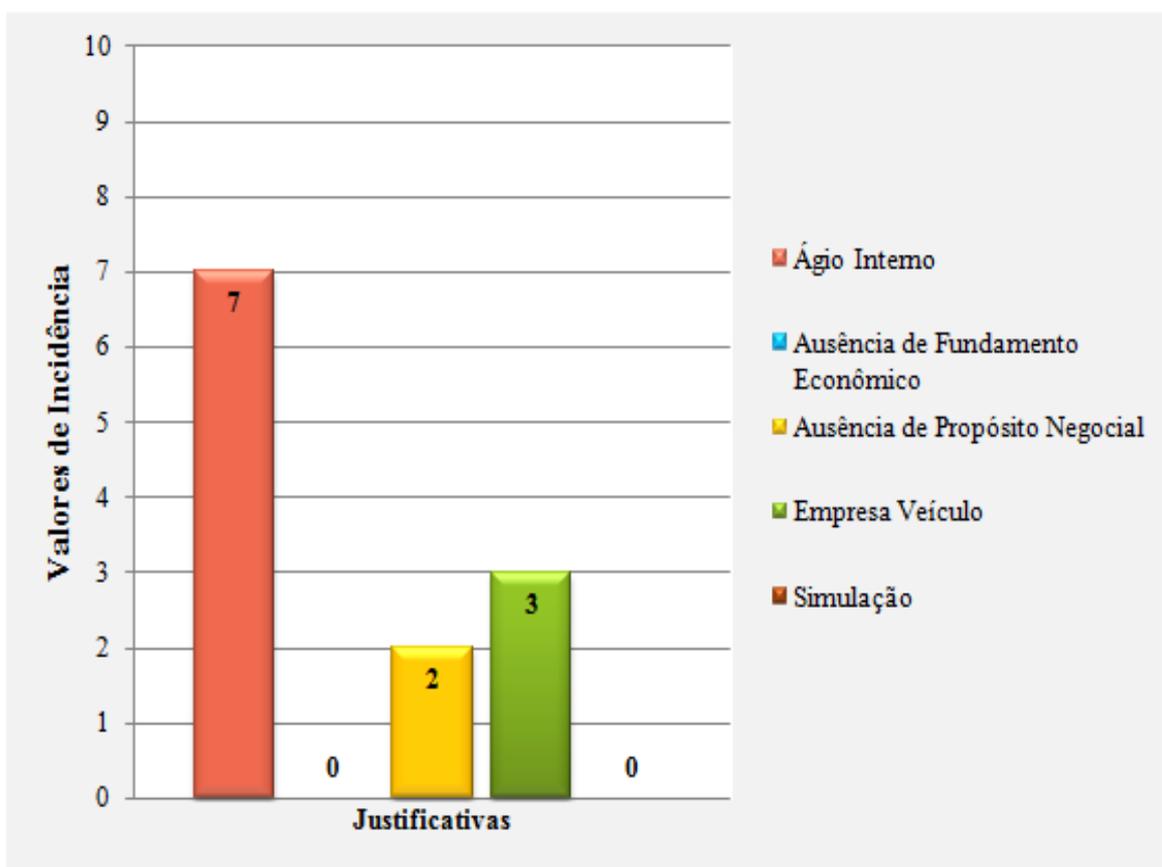
Gráfico 3 – Decisões Pró-Contribuinte e Pró-Fisco no CARF



Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa.

Quanto às justificativas das decisões, constatou-se a identidade das seguintes expressões: (a) “ágio interno” mencionado por sete vezes, (b) “ausência de propósito comercial” por duas vezes e (c) “empresa veículo” por três vezes. Não foram constatadas incidências das expressões “ausência de fundamento econômico” e “simulação”. A seguir representa-se, no Gráfico 4, o resultado da análise das 25 decisões emanadas das câmaras do CARF.

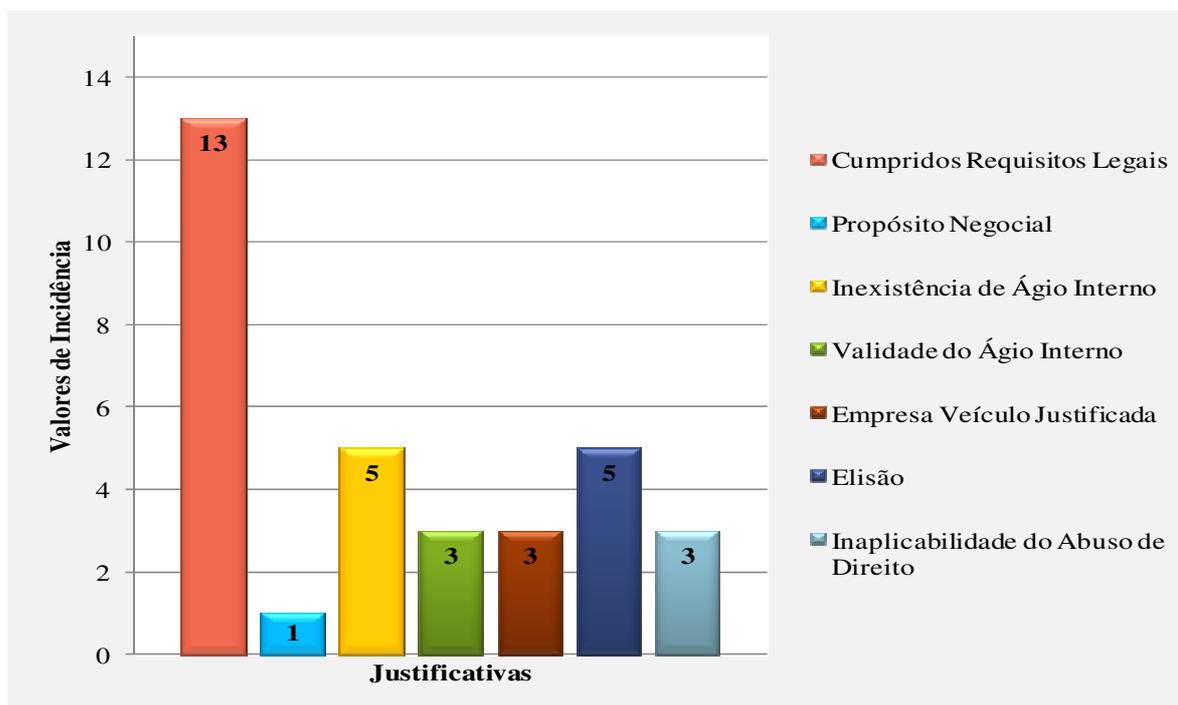
Gráfico 4 – Fundamentos das Decisões na RFB



Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa.

Por outro lado, nas justificativas das decisões em favor dos contribuintes, apurou-se a identidade das seguintes expressões: (a) “cumpridos requisitos legais” mencionada por 13 vezes, (b) “propósito comercial” por uma vez, (c) “empresa veículo justificada” por três vezes, (d) “inaplicabilidade do abuso de direito” por três vezes, (e) “inexistência de ágio interno” por cinco vezes, (f) “validade do ágio interno” por três vezes e, por fim, (g) “elisão” por cinco vezes. Segue representação gráfica do resultado da análise das 25 decisões emanadas das delegacias de julgamento do CARF, no Gráfico 5.

Gráfico 5 – Fundamentos das Decisões na RFB



Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa.

Da mesma forma que na primeira instância administrativa, no CARF as justificativas, seja em prol do fisco seja em prol dos contribuintes, foram encontradas, quase que em sua totalidade, de forma cumulada para um mesmo acórdão.

Em suma, por meio da análise dos dados pesquisados, pode-se concluir que as decisões proferidas pelas DRJs, com a aplicação de argumentos baseados nas teorias alemãs de interpretação econômica, em boa parte foram reformadas pelas câmaras do CARF, não sendo, portanto, totalmente verídica a informação constante dos relatórios de fiscalização, de que os julgamentos administrativos têm mantido os lançamentos de planejamento tributário entendidos pela RFB como abusivos. Aqui, cumpre-se referir que as decisões majoritárias ainda entendem o princípio da legalidade como o marco fundamental a permitir a elisão fiscal, rechaçando a introdução das teorias alemãs de interpretação econômica ao ordenamento vigente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em decorrência deste artigo, pôde-se inferir que os planejamentos tributários e o aproveitamento de ágio encontram respaldo no sistema legal brasileiro, tratando-se de evidente elisão fiscal, inclusive nas operações com ágio interno, as quais possuem

predominância de validade no período pesquisado junto ao CARF. Nesse último caso, não se pode negar que do ponto de vista contábil (econômico) o ágio interno é questionável, principalmente frente à ausência de condições mercadológicas a determiná-lo. Sob a ótica jurídica, que deve prevalecer *in casu*, ele pode ser instrumento de elisão fiscal não vedado pela legislação; ao menos até a plena entrada em vigor da Lei nº 12.973, de 13.05.2014.

Nesse passo destaque-se que, embora o Brasil não adote a prevalência da substância econômica sobre a forma jurídica, não sendo acolhidas, nesse tocante, as teorias alemãs de interpretação econômica, voltadas à exigência de tributos, o único apego às formalidades legais para a busca de exclusiva economia tributária, em reorganizações societárias desta natureza, poderá trazer discussões jurídicas e subsequentes prejuízos econômicos (gastos com advogados, severas multas administrativas e sanções judiciais) aos contribuintes, devendo os operadores das ciências contábeis, no afã de salvaguardar os interesses de seus clientes, verificarem nos planejamentos tributários adotados a real existência de um propósito negocial (uma substância econômica) que justifique sua realização. Assim, para ser obtida maior certeza quanto ao reconhecimento da validade de planejamentos tributários com ágio no CARF, quer externo quer interno, torna-se aconselhável cautela e observação às justificativas de abuso de direito, de necessidade fundamentação econômica e de propósito negocial, como requisitos essenciais à legitimidade da elisão, mesmo que tais fundamentos não estejam endossados pela lei brasileira.

Portanto, resta patente que o tema é de complexidade ímpar, notadamente pelo subjetivismo e ausência de segurança jurídica na avaliação de planejamentos tributários envolvendo os benefícios da amortização de ágio. Logo, torna-se necessário o aperfeiçoamento na hermenêutica da legislação, para encontrar o discernimento entre operações que envolvam elisão induzida ou instrumentos de elisão fiscal, daquelas criadas artificialmente com os vícios da simulação, caracterizadoras da evasão fiscal repreensível por nosso ordenamento. Para tanto, dada à interdisciplinaridade que abarca temas desta natureza, o contador pode se respaldar em outros profissionais tais como, mas não se limitando, a advogados, a economistas, etc..

Ao fim, percebe-se que a pesquisa bibliográfica, proporcionalmente mais extensa nesse artigo que a coleta e seleção de julgados no âmbito da jurisdição administrativa (DRJs e CARF), elucidou os conceitos eminentemente subjetivos e estranhos à rotina contábil. Sugere-se, além disso, em razão da grande diversidade e rotatividade de julgadores, especialmente do CARF, que a pesquisa jurisprudencial realizada seja refeita de tempos em tempos, modo a refletir a preponderância das decisões em prol dos contribuintes.

REFERÊNCIAS

BOZZA, Fábio Piovesan. “Tratamento fiscal do ágio na aquisição de investimentos”. **Revista Dialética de Direito Tributário** nº 178. São Paulo: Dialética, 2010, p. 54-68.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 22 abr. 2014.

_____. _____. **Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999**. Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3000.htm>. Acesso em: 22 abr. 2014.

_____. _____. **Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977**. Altera a legislação do imposto sobre a renda. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1598.htm>. Acesso em: 22 abr. 2014.

_____. _____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 22 abr. 2014.

_____. _____. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm>. Acesso em: 22 abr. 2014.

_____. _____. **Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997**. Altera a legislação tributária e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9532.htm>. Acesso em: 22 abr. 2014.

_____. _____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 abr. 2014.

_____. _____. **Lei nº 11.637, de 28 de dezembro de 2007**. Dispõe sobre o programa de qualificação dos serviços turísticos e do Selo de Qualidade Nacional de Turismo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11637.htm>. Acesso em: 22 abr. 2014.

_____. _____. **Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009**. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11941.htm>. Acesso em: 22 abr. 2014.

_____. _____. **Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014**. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L12973.htm>. Acesso em: 12 jun. 2014.

CARVALHO, L. Nelson; LEMES, Sirlei; COSTA, Fabio Moraes da. **Contabilidade internacional**. São Paulo: Atlas, 2006.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. **Resolução nº 1.110/07, de 29 de novembro de 2007**. Aprova a NBC T 19.10 - Redução ao Valor Recuperável de Ativos. Disponível em: <http://www.cfc.org.br/sisweb/sre/docs/RES_1110.doc>. Acesso em: 22 abr. 2014.

DERZI, Misabel Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Direito tributário aplicado: estudos e pareceres**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

DIAS, Karem Jureidini. “O ágio e a intertextualidade normativa”. In: Roberto Quiroga Mosquera e Alessandro Broedel Lopes (coords.), **Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)**, 2º vol., São Paulo: Dialética, 2011, p. 86-106.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento fiscal e interpretação da lei tributária**. São Paulo, Dialética, 1998.

LATORRACA, Nilton. **Direito tributário, imposto de renda das empresas**. Atualizado até 31.12.1999, por Rutnéa Navarro Guerreiro e Sérgio Murilo Zalona Latorraca, 15. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

LODI RIBEIRO, Ricardo. "Planejamento Fiscal: Panorama Sete Anos Depois da LC nº 104/01". **Revista Dialética de Direito Tributário** nº 159, São Paulo: Dialética, 2008, p. 89-106.

MALKOWSKI, Almir: **Planejamento tributário e a questão da elisão fiscal**. São Paulo, Editora de Direito, 2000.

MARTINS, Eliseu; IUDÍCIBUS, Sérgio de. “Ágio interno – É um mito?” In: Roberto Quiroga Mosquera e Alessandro Broedel Lopes (coords.), **Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)**, 4º vol., São Paulo: Dialética, 2013, p. 83-103.

_____. “Intangível – Sua relação Contabilidade/ Direito – Teoria, estruturas conceituais e normas – Problemas fiscais de hoje” In: Roberto Quiroga Mosquera e Alessandro Broedel Lopes (coords.), **Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)**, 2º vol., São Paulo: Dialética, 2011, p. 69-85.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Finanças e demonstrações financeiras da companhia - conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PENTEADO, João Caio Goulart; MARAFON, Plínio José. Elisão e Evasão fiscal. **Caderno de Pesquisas Tributárias**, São Paulo: Resenha Tributária, v. 13, 1988.

PRETZEL, G. C. **Planejamento tributário em preços de transferência**. 2005. 68 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação *lato sensu* em Finanças) – Programa de Pós-Graduação em Administração. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

RAUPP, F. M.; BEUREN, I. M. Metodologia da pesquisa aplicável às ciências sociais. In: BEUREN, Ilse Maria. (org.) **Como elaborar trabalhos monográficos em contabilidade**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 76-87.

SCHNEIDER, Leopoldo. **Pós-Graduação em Finanças – 2004**. Disciplina: Planejamento Fiscal. Porto Alegre: UFRGS, Set. 2004.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

TAKATA, Marcos Shiguelo. “Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções Necessárias.” In: Roberto Quiroga Mosquera e Alexandro Broedel Lopes (coords.), **Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)**, 3º vol., São Paulo: Dialética, 2012, p. 194-214.

TORRES, Heleno Taveira. **O ágio fundamentado por rentabilidade futura e suas repercussões tributárias**. Disponível em: <<http://www.fiscosoft.com.br/a/5wy8/o-agio-fundamentado-por-rentabilidade-futura-e-suas-repercussoes-tributarias-helena-taveira-torres>>. Acesso em: 22 abr. 2014.

_____. **Direito Tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

APÊNDICE A – Argumentos no CARF para o Ágio Interno

Julgados		Excerto das Decisões
Pro Fisco	Acórdão nº 1103-00.501 3ª Tur/1ª Câm/1ª Seção	“(…) o ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o fisco, deve decorrer de atos econômicos efetivamente existentes. A geração do ágio de forma indireta, ou seja, dentro de um mesmo grupo econômico, sem a alteração do controle das sociedades envolvidas, sem qualquer desembolso e com a utilização de empresa inativa, ou de curta duração (sociedade veículo) constitui <u>prova da artificialidade</u> do ágio e torna inválida a sua amortização. (...)”
	Sessão de 30.06.2011	
	Acórdão nº 1202-00.753 2ª Tur/2ª Câm/1ª Seção	“(…) A criação de ágio por meio de reorganização societária entre empresas do mesmo grupo econômico, pautada em fortes indícios, além de prova direta de simulação <u>revela-se artificial</u> e não gera direito a dedução das respectivas despesas de amortização. (...)”
	Sessão de 12.04.2012	
	Acórdão nº 1402-001.753 2ª Tur/4ª Câm/1ª Seção	“(…) o Conselheiro Antônio José Praga de Souza, relator designado do voto vencedor, entendeu não estar presente duas ou três premissas que elegeu como básicas para o reconhecimento da amortização do ágio, dentre elas a “realização das operações originais entre partes não ligadas”. O Conselheiro Relator, Carlos Pelá, apesar de considerar a redução da carga tributária como um possível propósito negocial, afirmou ser <u>necessária uma “troca de riquezas”</u> (...)”.
	Sessão de 03.10.2012	

Julgados		Excerto das Decisões
Pro Contribuinte	Acórdão nº 1101-00.708 1ª Tur/1ª Câm/1ª Seção	“(…) Vale destacar que <u>não existe nenhuma restrição na legislação fiscal às operações dentro do mesmo grupo</u> , de sorte que a alegação de que operações dentro do grupo não tem fundamento econômico viola a lei. (...)”
	Sessão de 11.04.2012	
	Acórdão nº 108-09.529 8ª Câm/1º CC	“(…) O Fisco não pode impedir que o contribuinte realize atos negociais, cujos propósitos relacionam-se diretamente com suas operações, e que são habitualmente praticados por outras pessoas jurídicas <u>somente porque tais atos geram algum tipo de vantagem fiscal</u> (...)”
	Sessão de 23.01.2008	
	Acórdão nº 1101-000.841 1ª Tur/1ª Câm/1ª Seção	“(…) 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. (...) <u>Não existe regra federal ou nacional que considere negócio jurídico inexistente ou sem efeito se o motivo de sua prática foi apenas economia tributária</u> . Não tem amparo nos sistema jurídico a tese de que negócios motivados por economia fiscal não teriam “conteúdo econômico” ou “propósito negocial!” e poderiam ser desconsiderados pela fiscalização. (...)”
	Sessão de 06.12.2012	

APÊNDICE B – Argumentos no CARF para Empresa Veículo

Julgados		Excerto das Decisões
<i>Pro Fisco</i>	Acórdão nº 103-23.290 3ª Câm/1º CC Sessão de 05.12.2007	“(…) <u>Não produz efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica</u> , em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, <u>sem qualquer finalidade negocial e societária</u> (…)”
	Acórdão nº 101-96.724 3ª Câm/1º CC Sessão de 28.05.2008	“(…) Nada do que foi trazido no recurso sensibiliza meu espírito a ponto de produzir dúvida quanto à inexistência de fato da ZBT, que foi <u>constituída exclusivamente para possibilitar a formação de um ágio</u> , passível de gerar despesa de amortização. (…)”

Julgados		Excerto das Decisões
<i>Pro Contribuinte</i>	Acórdão nº 1301.000.711 1ª Tur/3ª Câm/1ª Seção Sessão de 19.10.2011	“(…) No contexto do programa de privatização das empresas de telecomunicações, regradas pelas Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto nº 2.546/97, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante <u>a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo</u> e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco. (…)”
	Acórdão nº 1201-00.659 1ª Tur/2ª Câm/1ª Seção Sessão de 15.03.2012	“(…) Contudo não vislumbro que tais atos sejam ilícitos e simulados. Vejo que estamos diante de planejamento tributário lícito e fundado em operações indiretas que buscou através do planejamento fiscal economia tributária respaldada em autorização legal em relação a dedutibilidade do ágio. <u>É notório nos autos que o contribuinte não esconde se tratar de uma empresa com fins específicos. Tal operação societária desde o início teve seus objetivos e impactos fiscais reconhecidos</u> , como o ocorrido no caso da autuação da Cooperativa, permitindo afirmar que estamos diante de uma operação transparente de aproveitamento de ágio (…)”
	Acórdão nº 1402-001.077 2ª Tur/4ª Câm/1ª Seção Sessão de 13.06.2012	“(…) Também <u>restou justificada a utilização de empresa veículo dada a peculiaridade do caso</u> , inclusive em razão da existência de interdito no quadro societário das empresas adquiridas. Por fim, a utilização de empresa veículo em nada alterou o direito à amortização do ágio pago pelos investidores (…)”