

Os Motivos e os Fundamentos Econômicos dos Ágios e Deságios na Aquisição de Investimentos, na Perspectiva da Legislação Tributária

Ricardo Mariz de Oliveira

Advogado em São Paulo. Diretor-Secretário do IBDT - USP.

Resumo

Este estudo visa abordar o tratamento tributário devido, perante o imposto de renda da pessoa jurídica e a contribuição social sobre o lucro, aos ágios e deságios pagos na aquisição, por pessoas jurídicas, de participações societárias em sociedades controladas ou coligadas, abordando principalmente as normas para identificar as parcelas dos custos dessas aquisições que sejam definidas como ágios ou deságios e os respectivos fundamentos econômicos. A importância do tema decorre de diversos aspectos suscitados na interpretação das respectivas normas legais, e das alterações nas práticas contábeis brasileiras introduzidas a partir de 2008.

Abstract

This work aims the tax treatment regarding the corporate income tax and the social contribution on corporate profits, to premiums and discounts on equity acquisitions of controlled or associated companies, taking into consideration mainly the legal rules to determine the part of the acquisition costs of such investments which are legally defined as premium or discount and its corresponding economical basis. The importance of such matter derives from several aspects which arise from the interpretation of the law and the alterations at the Brazilian accounting procedures put into effect in 2008.

I - A Vontade da Pessoa e a Motivação dos Atos e Negócios Jurídicos em Geral

Todo ato ou negócio jurídico é um ato de vontade da pessoa que o pratica, assim como de todas as pessoas que o praticam quando se trate de ato ou negócio bilateral ou multilateral.

Sendo ação derivada da vontade da pessoa, o ato ou negócio jurídico também é ato que carrega consigo uma razão ou motivação da pessoa para praticá-lo.

Outrossim, é da essência do ato jurídico a existência da liberdade de praticá-lo ou não. Neste sentido, a livre manifestação da vontade é elemento tão ínsito à validade jurídica do ato ou negócio jurídico que, provada a sua realização sob coação, esta torna o negócio passível de anulação (art. 151 do Código Civil de 2002¹).

¹ “Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.”

A bem da verdade, a voluntariedade faz parte da liberdade que dignifica a pessoa humana desde o início da sua própria existência natural, mas também perante o direito das nações civilizadas, tal como se manifesta no Brasil através da consagração da garantia individual de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (do inciso II do art. 5º da Constituição Federal de 1988).

Dizendo de outro modo, a vontade, por sua própria essência, é naturalmente livre e inerceável, somente podendo ser limitado o seu exercício no âmbito das relações sociais se houver norma legal constitucionalmente válida, e nos estritos termos em que essa norma fixar limitações.

Em última análise, portanto, a disposição do Código Civil Brasileiro, acima referida, é expressão particular do direito individual constitucionalmente assegurado.

Na mesma linha da irrestrita importância da vontade, se houver erro substancial na declaração de vontade, o art. 138 prescreve a anulabilidade do ato porque a vontade não terá sido corretamente observada.²

A vontade é tão relevante que pode superar um erro cometido na sua declaração, a teor do art. 144, segundo o qual “o erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante”.

Por isso mesmo, a lei civil coloca a vontade no círculo de prestígio que lhe assegura prevalência sobre a forma verbal da sua expressão, possivelmente defeituosa e insuficiente para exprimir a vontade real. É o que preceitua o art. 112 do mesmo Código.³

E a codificação civil nos deixa inúmeros exemplos da relevância da vontade das partes de qualquer ato ou negócio jurídico, bem como para a própria condição jurídica da pessoa e dos bens, tal como se pode ver, a título ilustrativo, nos seguintes dispositivos contidos na sua parte geral, entre outros:

- no art. 3º, inciso III, com a prescrição da incapacidade absoluta daquele que não puder exprimir sua vontade;
- no art. 88, com a permissão para que os bens naturalmente divisíveis se tornem indivisíveis segundo a vontade das partes;
- no art. 94, segundo o qual os negócios jurídicos relativos aos bens principais não se estendem às pertencas, salvo manifestação de vontade;
- no art. 107, ao dar validade às declarações de vontade feitas por qualquer forma, salvo quando forma especial seja exigida pela lei;
- no art. 121, ao definir condição como sendo a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto;

² “Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.”

³ “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

- no art. 173, quando, ao tratar da confirmação do ato passível de anulação, para que esta seja evitada e o ato seja salvo, prescreve que o ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo.

Ainda acerca dos requisitos de validade do negócio jurídico, e adentrando nos limites a partir dos quais ele passa para o campo das nulidades, a vontade vem prestigiada como essencial também para que o negócio jurídico seja tido como efetivamente praticado, tanto que a desconformidade entre o ato externo e a vontade subjetiva dos seus praticantes torna-o nulo, segundo a definição de simulação contida no art. 167 do Código Civil.⁴

A força da vontade é tamanha que, mesmo perante a impossibilidade de confirmação do ato nulo ou da sua convalescência pelo andar do tempo (art. 169⁵), “se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”, segundo o art. 170.

Note-se, e grifo para evidenciar o destaque que a Lei dá ao elemento volitivo: “o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido”.

É o querer da pessoa, para o fim visado por ela, que a lei resguarda, mesmo perante uma nulidade!

Ao lado disso tudo, já foi dito acima que o ato ou negócio jurídico, sendo ação derivada da vontade da pessoa, carrega consigo uma razão ou motivação da pessoa para praticá-lo.

Realmente, neste sentido há que se entender que a vontade tem um liame íntimo com o motivo, dado que este impulsiona a vontade. Pode-se dizer que não existe vontade sem motivo, porque a vontade nasce no espírito da pessoa em razão de alguma motivação psicológica que faz a pessoa querer algo.

Mas, como em tudo neste mundo, há limites (no caso, limites legais), pois, inobstante sua alta relevância, a vontade e o motivo das partes não podem modificar as estruturas dos atos jurídicos e dos negócios jurídicos tipificados pela lei, pois estes são o que são segundo a feição e os efeitos que a lei lhes atribui, o que corresponde à causa de cada um deles.⁶

⁴ “Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. Parágrafo 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados. Parágrafo 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.” Onde a inveracidade aludida no inciso II do parágrafo 1º é inverdade em relação à vontade real das partes.

⁵ “Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.”

⁶ José Carlos Moreira Alves assim explica a causa (“As Figuras Correlatas da Elisão Fiscal”, *Revista Fórum de Direito Tributário* n. 1, p. 11): “Para uma compreensão mais clara dos problemas que se apresentam, é preciso, preliminarmente, fazer uma distinção fundamental para o entendimento desses meios jurídicos que diretamente visam à obtenção de um fim, mas que indiretamente permitem que as partes que deles se utilizam alcancem um fim diverso com efeitos mais ou menos amplos. Para isso é preciso desde logo fazer distinção, que é fundamental, entre a causa de negócio jurídico e o motivo dele. A causa de negócio jurídico nada mais é do que a finalidade econômico-prática a que visa à lei quando cria um determinado negócio jurídico. Assim, por exemplo, na

Vale dizer, por exemplo: um negócio jurídico de compra e venda, negócio típico porque especificamente regulado em norma jurídica, produz os efeitos (tem a causa) de transferir a propriedade do objeto e de obrigar ao pagamento do preço porque tal é a sua função econômico-social, isto é, a função prática que é atribuída ao respectivo contrato pelo art. 481 do Código Civil.⁷

Sendo assim, a liberdade das partes contratantes manifesta-se pela vontade de praticar o negócio nos termos em que a lei o regula, e pela discricão que a lei lhes confere para definirem as respectivas cláusulas e condições, tais como o objeto, o preço, o local, a época de entrega e de pagamento etc.

Antes de prosseguir, abra-se um parênteses para dizer que, sendo a fixação do preço um fator de capital importância para o presente estudo (já que é do valor do preço que emerge o ágio ou o deságio), está ela inserida na manifestação de vontade do vendedor e do comprador, cujo acordo de vontades quanto ao preço é um dos requisitos indispensáveis a que o contrato se considere perfeito: é o que diz o art. 482.⁸

Ademais, em sua liberdade, as partes do contrato de compra e venda podem deixar de fixar um preço, preferindo (querendo) transferir a sua determinação para uma das alternativas que são oferecidas pelos arts. 485 a 488.⁹

Fechando o parênteses e voltando aos limites da vontade, a liberdade de contratar, inclusive de fixar os termos e condições de cada contrato, como dito antes, não permite às partes modificar a estrutura e a finalidade do negócio jurídico, no que o art. 421 é preciso ao ditare que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.¹⁰

compra e venda, a causa de negócio jurídico é a troca da coisa pelo dinheiro (preço); no contrato de locação, é a troca do uso da coisa pelo dinheiro (aluguel). Essa causa nada mais é, em última análise, do que uma causa objetiva que traduz o esquema que a lei adota para cada figura típica, como é a compra e venda, como é a locação. Já o motivo, não. O motivo é de ordem subjetiva das partes que se utilizam de determinado negócio jurídico. Por exemplo, uma pessoa pode utilizar-se do contrato de compra e venda para adquirir alguma coisa com - e é o motivo - a finalidade subjetiva de desfazer-se dessa coisa. Enfim, o motivo, as finalidades subjetivas, que não se confundem com aquela causa que é objetiva e que diz respeito ao esquema do próprio negócio jurídico, como é o caso da troca do preço pela coisa em se tratando de compra e venda.”

⁷ “Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.”

⁸ “Art. 482. A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço.”

⁹ “Art. 485. A fixação do preço pode ser deixada ao arbítrio de terceiro, que os contratantes logo designarem ou proferirem designar. Se o terceiro não aceitar a incumbência, ficará sem efeito o contrato, salvo quando acordarem os contratantes designar outra pessoa. Art. 486. Também se poderá deixar a fixação do preço à taxa de mercado ou de bolsa, em certo e determinado dia e lugar. Art. 487. É lícito às partes fixar o preço em função de índices ou parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação. Art. 488. Convencionada a venda sem fixação de preço ou de critérios para a sua determinação, se não houver tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor. Parágrafo único - Na falta de acordo, por ter havido diversidade de preço, prevalecerá o termo médio.”

¹⁰ Considerando que a função social do contrato é a sua causa, ou seja, a função prática que a lei lhe atribui, esta regra não invalida os negócios jurídicos indiretos, exatamente porque nestes as partes adotam livre e efetivamente a causa de um negócio, segundo a norma que o rege, para gerar os efeitos patrimoniais que perseguem (que são desejados segundo a vontade real exercida no âmbito da liberdade individual). Veja-se a explicação doutrinária contida na nota 6, retro.

Por esta razão, passa a ser ilícita a prática de um negócio quando houver evidente excesso ao fim econômico ou social que a respectiva norma lhe atribui, caracterizando-se o que a lei brasileira define como abuso no exercício de direito.¹¹

Neste contexto eminentemente jurídico, e de forma sistêmica com tais preceitos fundamentais, a lei civil se desdobra em certos mandamentos complementares que dizem como a vontade e o motivo se comportam na realização de algum ato ou negócio jurídico.

Realmente, o art. 166 relaciona hipóteses de nulidade do negócio jurídico, destacando-se no presente contexto os seus incisos II, III e VI.¹²

Assim, enquanto os incisos II e VI envolvem a vontade e o motivo das partes de modo indireto, o inciso III o faz de modo frontal, ao fulminar a validade quando as partes tenham alguma motivação comum, determinante para o ato, que seja ilícita. Na hipótese do inciso II, não é o motivo que se apresenta ilícito, mas, sim, o objeto do contrato, o qual, contudo, depende da vontade das partes, e na hipótese do inciso VI o objetivo é fraudar lei imperativa.

Ao lado disso, ao tratar do erro substancial como fator de anulação do negócio jurídico (art. 138, acima referido), o código inclui, como hipótese de erro substancial, o erro de direito quando se constituir no motivo único ou principal do negócio jurídico (inciso III do art. 139).¹³

E a lei civil volta ao motivo, como invalidante da declaração de vontade, se for falso e for expresso como razão determinante para a mesma (art. 140).¹⁴

Também quanto ao encargo nos atos gratuitos, o motivo ilícito considera-se não escrito, salvo se for determinante da liberalidade, mas neste caso ele invalida o negócio jurídico (art. 137¹⁵).

Portanto, a lei valoriza a vontade da pessoa, mas coloca freios no seu exercício, além de que, em regra, não vincula a validade do ato, nem os seus efeitos seguindo a norma que o rege, ao motivo de uma ou de todas as partes.

Destarte, ainda no exemplo do contrato de compra e venda, ele não sofre qualquer modificação na sua validade ou na produção dos seus efeitos porque o comprador quer comprar para ter o objeto da compra, ou para revendê-lo, ou para dá-lo de presente a alguém, ou por qualquer outra razão subjetiva. O mesmo se dá independentemente de a motivação do vendedor ser a necessidade de se desfazer da coisa por estar precisando de dinheiro, ou se ele perdeu a vontade de ter a coisa etc.

Quer dizer, a mola propulsora da vontade, representada pelo motivo para a prática do negócio, não afeta a natureza jurídica do ato, pois a compra e venda de

¹¹ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

¹² “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; (...) VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa.”

¹³ “Art. 139. O erro é substancial quando: (...) III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.”

¹⁴ “Art. 140. O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante.”

¹⁵ “Art. 137. Considera-se não escrito o encargo ilícito ou impossível, salvo se constituir o motivo determinante da liberalidade, caso em que se invalida o negócio jurídico.”

uma casa será sempre compra e venda, tenha o ânimo de comprar nascido do desejo de possuir a casa que foi do avô do comprador, na qual este passou sua infância (motivo meramente sentimental), ou, mesmo que se trate da casa do avô, porque está sendo vendida a um preço barato e o comprador poderá vir a fazer um bom negócio em revenda futura, quiçá após alguns melhoramentos no imóvel (ausência de sentimentalismo, motivo meramente econômico).

Portanto, as únicas ingerências negativas da licitude e da validade dos atos consistem ou (1) em se tratar de motivo ilícito que seja comum e determinante da realização do negócio, ou (2) em haver erro de direito que se constitua no motivo único ou principal do negócio, ou (3) em haver motivo falso colocado expressamente como determinante da declaração de vontade.

Pois bem, esta introdução resumida sobre a vontade e o motivo dos atos e negócios jurídicos em geral tem a ver com o tema específico deste trabalho, pois a aquisição de uma participação societária com o pagamento de um sobrepreço em relação ao seu valor patrimonial contábil (situação de ágio), ou o pagamento de um preço inferior a esse mesmo paradigma (situação de deságio), não passa de um ato de vontade da pessoa adquirente, e a razão pela qual ela paga mais ou paga menos do que o valor patrimonial contábil está indissociavelmente ligada ao motivo pelo qual ela adquire pagando tal preço.

Tal motivo, que corresponde ao fundamento econômico do ágio ou deságio existente no ato, é relevante e válido, posto que não ilícito e desde que verdadeiro, recebendo, em consequência, o tratamento fiscal que a lei lhe confere.

Não se perdendo de vista essas normas fundamentais de caráter geral, poderemos melhor compreender o trato que a lei tributária, em se sobrepondo ao ato ou negócio jurídico tal como regido pela lei de direito privado, dá aos ágios e deságios na aquisição de investimentos por uma pessoa jurídica.

II - Compreendendo, dentro da Lei, a Existência, os Fundamentos e a Função Fiscal dos Ágios e Deságios

Não é possível haver qualquer manifestação sobre questões envolvendo ágios e deságios na aquisição de investimentos em outras pessoas jurídicas, e seu tratamento fiscal na pessoa jurídica adquirente, sem se partir do regime jurídico no qual aparecem essas duas figuras. E, para tanto, também se impõe, em caráter preambular, ter em conta a história do nascimento das normas jurídicas que as regem.

Neste sentido, a primeira observação a ser feita é de que os ágios e deságios fazem parte do regramento do sistema de avaliação de investimentos permanentes em pessoas jurídicas controladas e coligadas, que se denomina “método da equivalência patrimonial”, usualmente abreviado para MEP.

Esse método surgiu no ordenamento jurídico brasileiro em 1976, com a Lei n. 6.404, de 15 de dezembro daquele ano, mas a verdade é que essa lei limitou-se a determinar os casos em que ele é obrigatório, sem estabelecer normas concretas para a sua execução, o que ainda persiste após as grandes alterações nela introduzidas pelas Leis ns. 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e 11.941, de 27 de maio de 2009.

Realmente, na Lei n. 6.404 não há uma só palavra relativa a ágio ou deságio no MEP, tendo a sua regulação específica ocorrido somente com o Decreto-lei

n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977, o qual, considerando a existência do método na escrituração contábil prescrita por aquela Lei, passou a tratar minuciosamente do mesmo nos arts. 20 e seguintes.¹⁶

Afinal, portanto, ágio e deságio são entes tratados expressa e especificamente pelas leis fiscais, o que tem grande repercussão em face do parágrafo 2º do art. 177 da Lei n. 6.404 e do parágrafo 2º do art. 8º do Decreto-lei n. 1.598, como veremos no devido tempo.

Nesta toada, vejamos, no essencial, como o Decreto-lei n. 1.598 disciplina o assunto:

“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.

Parágrafo 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

Parágrafo 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Parágrafo 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras ‘a’ e ‘b’ do parágrafo 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.” (após grifos para os necessários destaques)

Durante muitos anos, a identificação do fundamento econômico do ágio ou deságio não apresentava relevância prática, eis que, para a pessoa jurídica investidora, a amortização contábil dos ágios ou deságios não integrava, como continua a não integrar, o lucro tributável (art. 25 do mesmo Decreto-lei), nem mesmo no momento da apuração de ganho ou perda de capital em virtude da alienação ou liquidação do investimento (art. 33).

Porém, a partir de 1998, em determinadas circunstâncias, a amortização dos ágios e deságios passou a influir na determinação das bases de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica - IRPJ e da contribuição social sobre o lucro - CSL, dado que o art. 7º da Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997, prescreve o seguinte:

“Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária ad-

¹⁶ Vale observar que o Decreto-lei n. 1.598 trata apenas do lucro real tributável pelo IRPJ. Com a instituição da CSL, as normas referentes ao MEP foram adotadas para a sua base de cálculo, conforme a Lei n. 7.689, art. 2º, parágrafo 1º, letra “c”, ns. 1 e 4. Quanto ao tratamento que depois veio a ser prescrito pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532, também diz respeito à base de cálculo dessa contribuição, tanto que os parágrafos 4º e 5º do art. 7º aludem a “tributos e contribuições”.

quirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea 'a' do parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598, de 1977, 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 a alínea 'c' do parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1.589, de 1977, 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 a alínea 'b' do parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea 'b' do parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

Parágrafo 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

Parágrafo 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

Parágrafo 3º O valor registrado na forma do inciso II do 'caput':

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

Parágrafo 4º Na hipótese da alínea 'b' do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

Parágrafo 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito."

Em seguida, o art. 8º determina:

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

- a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;
- b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.”

Observe-se que, se por um lado o “caput” do art. 7º da Lei n. 9.532 alude à “participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-lei n. 1.598”, aludindo, pois, aos casos em que o MEP é obrigatório, por outro lado a alínea “a” do art. 8º estende o mesmo tratamento previsto no art. 7º para os casos em que não haja obrigatoriedade de avaliação por esse método.

Não obstante, em ambas as situações o cálculo dos ágios e deságios é feito nos termos do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598, e isto nos impõe algumas observações importantes sobre esse dispositivo e os que o sucedem no trato do assunto.

Assim é que, quando o investimento for sujeito obrigatoriamente ao MEP, no momento da sua aquisição também é obrigatório o desdobramento do respectivo custo, face à mandatária redação do art. 20 - “deverá, por ocasião da aquisição” -, e também porque a conta que registrar originariamente a avaliação por equivalência deverá ser depois ajustada pelo mesmo critério quando do encerramento de cada período de apuração posterior, tal como determina o art. 21 do mesmo Decreto-lei. Além disso, a obrigatoriedade é repetida no parágrafo 1º do art. 20.

Igualmente, em virtude do art. 8º, letra “a”, da Lei n. 9.532, o desdobramento se torna obrigatório para os investimentos não sujeitos ao MEP nos casos em que eles passem por processos de reorganização societária submetidos aos arts. 7º e 8º, letra “b”, dessa Lei, a propósito do que mais observações serão feitas adiante.

Sendo assim, o desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial e ágio ou deságio não é uma conveniência do contribuinte, nem uma opção que a lei lhe outorga, pois se trata de uma determinação peremptória para que ele proceda à separação entre o custo avaliado por equivalência e o ágio ou deságio.

Se já era assim em tempos nos quais a amortização era fiscalmente irrelevante, a ordem ganhou força dentro do regime fiscal oriundo da Lei n. 9.532, o qual passou a prescrever consequências posteriores para uma e para outra subconta do investimento, e muito especialmente na dependência do fundamento econômico do ágio ou deságio.

Neste sentido, é imprescindível notar que a hipótese fática contemplada no art. 20 (isto é, na hipótese de incidência, ou antecedente da norma) resume-se simplesmente à situação de avaliação por equivalência patrimonial - “o contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido” -, em cuja situação se desencadeia a disposição normativa (isto é, o conseqüente da norma) - “deverá (...) desdobrar o custo da participação” -, ou seja, a separação obrigatória entre o custo em valor equivalente à participação no patrimônio líquido e o ágio ou deságio.

Pelo que já foi dito até aqui neste segundo capítulo, é possível perceber a relevância do motivo pelo qual a pessoa jurídica adquire a participação pagando mais ou menos do que seu valor patrimonial contábil.

E, tendo em vista o que foi exposto no primeiro capítulo e mesmo neste até aqui, já se percebe que tal motivo não interfere com a natureza jurídica do ato de aquisição, nem com a sua validade, mas passa a ser relevante para o posterior tratamento fiscal à amortização da parcela que a lei classifica como ágio ou deságio.

Embora de menor importância do que a primeira observação, para o tema deste trabalho, uma segunda observação relevante é de que o título jurídico pelo qual o investimento tenha sido adquirido é absolutamente desimportante, podendo a aquisição ter ocorrido por qualquer ato ou negócio jurídico.

Realmente, no art. 20 não há qualquer limitação do seu alcance ao modo de aquisição da propriedade da participação societária sujeita à avaliação pelo MEP.

Ademais, isto é assim por inexistir qualquer razão lógica para a lei distinguir um modo de aquisição de outro, ou de outros, e também porque, em qualquer caso de aquisição onerosa de propriedade, necessariamente há uma contraprestação, e esta representa o custo da aquisição a ser desdobrado de acordo com as regras do art. 20.

Em decorrência, também deve ser notada a irrelevância de a contraprestação da aquisição corresponder a um pagamento em dinheiro ou a qualquer outra obrigação da pessoa jurídica adquirente.

Na realidade, a aquisição não aparece na norma do art. 20 como parte do seu antecedente, onde deveria estar se compusesse a hipótese fática na norma, mas aparece como parte do consequente, ademais para fixar o elemento temporal para a aplicação da norma, pois o comando consequente ao antecedente - “deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição” - tem a sua parte dispositiva propriamente dita na obrigação de desdobramento do custo no momento da aquisição, pouco importando como esta se tenha dado, quer quanto ao tipo de ato, quer quanto à espécie de contraprestação dele derivada.

É por isso mesmo que o método se prolonga com nova avaliação obrigatória em momentos posteriores, nos termos do art. 21.¹⁷

Em suma, o reconhecimento contábil do ágio ou deságio é imposição legal para os investimentos sujeitos ao MEP, ou nas circunstâncias dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532, quaisquer que sejam os atos ou negócios jurídicos pelos quais eles tenham sido adquiridos, e quaisquer que tenham sido os meios de pagamento ou as respectivas contraprestações.

Há mais uma observação relevante, esta muitas vezes simplesmente ignorada por alguns intérpretes ou aplicadores da lei, e pela qual já perpassamos linhas atrás.

Trata-se da finalidade legal do desdobramento do custo de aquisição, com a determinação de ágio ou deságio, que também é obrigatório nos casos de incorporação, fusão ou cisão, ainda que não o fosse antes da ocorrência de um desses atos jurídicos.

Esta consequente obrigatoriedade decorre dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532, não somente porque o art. 7º alude a investimento avaliado por equivalência patrimonial, ou porque há disposição extensiva aos casos não sujeitos ao MEP, con-

¹⁷ “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 n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as seguintes normas: (...).*” (grifei)

forme a alínea “a” do art. 8º, mas também, e principalmente, porque a norma derivada desses dois dispositivos também não é uma norma de adesão facultativa.

Realmente, em geral os arts. 7º e 8º são vistos desavisadamente como simples normas de concessão de vantagens fiscais, e, realmente, quando se trata de determinados ágios, esses dispositivos outorgam um tratamento beneficiado inexistente dentro da sistemática legal regular, como será explicado adiante.

Todavia, quando se trata de deságio, o conteúdo da norma representa uma imposição de amortização tributável.

Por isso, e na verdade, a decomposição é sempre mandatária,¹⁸ ao passo que é facultativa apenas a amortização de ágios¹⁹ e, nos casos dos arts. 7º e 8º, é obrigatória a amortização dos deságios conforme os seus fundamentos.²⁰

Ao lado desta leitura gramatical da lei, é necessário, como em toda boa exegese, atentar para o espírito - a “mens legis” ou “ratio legis” - da norma dos arts. 7º e 8º, que consiste na dedução da amortização do ágio ou na tributação do deságio exatamente em razão da absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio, pela pessoa jurídica adquirente (ou vice-versa), para que o ágio ou deságio seja considerado juntamente com os lucros da atividade a que ele se refere.

O espírito dessa norma é evidente, pois na hipótese de ágio ou deságio cujo fundamento econômico seja a expectativa de resultados futuros da pessoa jurídica cuja participação tenha sido adquirida, é inteiramente justificável que o ágio ou deságio seja considerado através de amortizações na proporção da realização desses resultados, sendo que a amortização corre em consonância com a expectativa dos mesmos, estabelecida na demonstração desse fundamento, embora devendo ser observado o limite máximo ou mínimo anual previsto na lei.²¹

Destarte, para que esse objetivo legal seja atingido, é necessário trazer o lucro para dentro da pessoa jurídica que tenha adquirido a participação societária com a expectativa de rentabilidade da mesma, ou levar o ágio ou deságio para dentro da pessoa jurídica produtora do resultado esperado, o que se faz por incorporação ou cisão de uma delas e absorção pela outra. Ou, ainda, o mesmo objetivo pode ser alcançado levando-se o ágio ou deságio e o lucro para dentro de uma nova pessoa jurídica, o que se faz por fusão das duas pessoas jurídicas, que ficam absorvidas pela nova.

Em suma, no contexto dos arts. 7º e 8º é essencial que haja absorção de patrimônio por via de incorporação, fusão ou cisão, de maneira a reunir ágio ou deságio e lucro numa única pessoa jurídica.

É por isso mesmo - por ser acontecimento inerente ao tratamento objetivado pela lei - que a reunião das pessoas jurídicas é coisa natural e não deve ser vista com a desconfiança que tem caracterizado alguns procedimentos fiscais, a qual é total-

¹⁸ Neste sentido, no art. 7º, os incisos I e II, e os parágrafos 1º e 2º.

¹⁹ Conforme consta claramente do inciso III e alínea “b” do parágrafo 3º, apesar do tom imperativo da letra “a”.

²⁰ Conforme o inciso IV.

²¹ Observe-se, contudo, que se trata de projeção, significando não haver absoluta identidade, em termos proporcionais, entre o valor da amortização em cada período-base fiscal e o lucro nele apurado efetivamente.

mente descabida quando efetivamente tenha ocorrido uma aquisição com ágio, eis que o passo subsequente inevitável, previsto na lei, é a incorporação, fusão ou cisão das pessoas jurídicas investidora e investida.

É ainda por isso que, nestes casos, se torna irrelevante como se processa a reunião das duas pessoas jurídicas, para o que a lei abre inúmeras alternativas, e nem mesmo é prejudicial aos efeitos da lei que essa reunião se tenha realizado em curto ou em longo prazo, podendo mesmo efetivar-se no próprio dia da aquisição do investimento.

Enfim, esta reunião é que interessa para a lei, constituindo-se no seu requisito para que seja possível a dedução do ágio ou a tributação do deságio, que é o seu objetivo. A lei é inequívoca a este respeito, ao dizer: “pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra”, onde o que importa é haver a absorção, estando aí o cerne essencial do antecedente da norma.

Um outro ponto digno de nota, diretamente derivado da “ratio legis”, é que a condição legal de reunião das pessoas jurídicas não é simplesmente formal, vazia de conteúdo racional, pois a absorção, seja por via de fusão ou de incorporação ou de cisão, é verdadeiramente necessária para que se possa dar a reunião do ágio ou deságio e do lucro numa única pessoa jurídica.

Isto traz à tona dois novos aspectos.

O primeiro é que o ágio ou deságio contido no preço pago pela adquirente não corresponde a custo de produção dos lucros derivados das atividades da pessoa jurídica cuja participação tenha sido adquirida, e nem mesmo a uma despesa operacional ou não operacional diretamente ligada à geração desses lucros.

Ao contrário, o ágio ou deságio é parte do custo de aquisição do investimento na contabilidade da pessoa jurídica adquirente, estando originalmente atrelado à sua órbita patrimonial, e não à da pessoa jurídica a que se refere a participação societária adquirida.

Sendo assim, o ágio ou deságio não se atrela necessariamente à vida interna da empresa à qual se refere a participação adquirida, tornando equivocada a generalização, contida em alguns acórdãos administrativos, da afirmação de que o ágio deve ser empregado na produção dos resultados da empresa. Este foi mero argumento empregado para justificar decisões relativas a planejamentos tributários, mas é argumento que, na regência dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532, que trata dos ágios na pessoa jurídica investidora, não tem qualquer procedência, independentemente de o planejamento ter sido elisivo ou evasivo, pois somente tem sentido na disciplina de outro ágio, que é o existente na reserva de capital da pessoa jurídica cujo capital foi aumentado, quando seja fixado um valor de emissão superior ao valor nominal ou à parte do preço que se destinar ao capital (ágio este tratado no art. 182, parágrafo 1º, letra “a”, da Lei n. 6.404 e no art. 38, inciso I,²² do Decreto-lei n. 1.598²³).

²² “Parágrafo 1º Serão classificadas como reservas de capital as contas que registrarem: a) a contribuição do subscritor de ações que ultrapassar o valor nominal e a parte do preço de emissão das ações sem valor nominal que ultrapassar a importância destinada à formação do capital social, inclusive nos casos de conversão em ações de debêntures ou partes beneficiárias.”

²³ “Art. 38. Não serão computadas na determinação do lucro real as importâncias, creditadas a reservas de capital, que o contribuinte com a forma de companhia receber dos subscritores de valores

Ademais, na perspectiva do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598 e dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532, é possível haver ágio em preço de aquisição de participação societária pago ao seu detentor, caso em que o valor correspondente ao ágio sequer entra no patrimônio da empresa. A despeito disso, tal ágio recebe o mesmo tratamento, para a pessoa jurídica adquirente, que o ágio pago por esta a outra pessoa jurídica na subscrição de aumento do seu capital, hipótese em que o valor correspondente ao ágio entra na respectiva empresa.

Que fique clara, também, a distinção entre os dois ágios, o existente na conta de investimento da pessoa jurídica investidora e o existente na conta de reserva de capital da investida, os quais não se confundem por terem identidades distintas e por terem regimes de quantificação diferenciados. É por esta razão que pode haver um desses ágios e não haver o outro, ou pode haver os dois com valores díspares. Também por isso, pode haver deságio na conta de investimento da investidora, mas nunca há deságio na conta de reserva de capital da investida. E as normas legais que vimos abordando aqui somente tratam dos ágios e deságios na conta de investimento.

Esta percepção da verdade da norma legal é necessária inclusive porque a regra é a mesma quando se trata de deságio, de sorte que ela deve ser interpretada cientificamente, e não preconceituosamente, apenas porque em casos pontuais de ágios tenha havido utilização abusiva da norma.

Aliás, o ágio ou deságio aqui tratado existe apenas na perspectiva da pessoa jurídica adquirente, e não da empresa adquirida, ou cujo capital tenha sido adquirido parcialmente, de modo que originalmente nem tem presença contábil nesta.

Outrossim, e por consequência de ser assim, na sua origem o ágio ou deságio não tem qualquer relação com a produção do lucro tributável da pessoa jurídica à qual se refere a participação societária adquirida, e à qual ele se atrela. Tanto é assim que, na sua origem, a amortização do ágio ou deságio ocorre no ativo permanente da pessoa jurídica adquirente, e é debitada ou creditada ao lucro líquido desta,²⁴ enquanto que aquele outro ágio - o do preço de emissão - entra em reserva de capital da pessoa jurídica que aumenta o seu capital, e, do mesmo modo que o valor creditado à própria conta de capital, não é sujeito à amortização e não gera qualquer efeito na apuração do lucro.

Sendo assim, a consideração conjugada dos efeitos fiscais de valores que originalmente não correspondem à formação de um mesmo lucro depende de norma expressa e autorizante (ou determinante) desse efeito, ao contrário dos custos e despesas de uma pessoa jurídica, que, como regra geral, são naturalmente deduzidos dos lucros dessa pessoa, independentemente de norma expressa, porque são necessários para a sua produção, assim como todas as receitas e todos os rendimentos integram, na regra geral, o lucro tributável se não houver disposição legal em contrário.

mobiliários de sua emissão a título de: I - ágio na emissão de ações por preço superior ao valor nominal, ou a parte do preço de emissão de ações sem valor nominal destinadas à formação de reservas de capital.”

²⁴ Amortização esta que, como já mencionado, é fiscalmente neutra em virtude do disposto nos arts. 25 e 33 do Decreto-lei n. 1.598.

É aí, então, que surgem os arts. 7º e 8º, determinando o tratamento para os ágios ou deságios se houver a reunião das duas pessoas jurídicas, para que o ágio ou deságio existente em uma dessas entidades seja considerado na apuração do lucro da outra, cuja expectativa se constituiu no seu fundamento econômico.

A mesma constatação pode ser feita, e tudo quanto foi dito se aplica, para a hipótese em que o ágio seja baseado no valor de mercado dos bens da pessoa jurídica a que se refira a participação adquirida, e às respectivas circunstâncias e regras de cálculo da dedução, eis que neste caso a dedução do ágio se dá por meio de depreciação, amortização ou exaustão dos bens, a cujo custo o ágio se agrega após a incorporação, fusão ou cisão (art. 7º, inciso I e parágrafo 1º). Ou, quando se trata de deságio por este fundamento, o inciso I do art. 7º determina que seja lançado em contrapartida à conta do bem que lhe tenha dado causa, e o tratamento para a sua amortização somente pode ser o do parágrafo 1º, isto é, a redução do custo para fins de depreciação, amortização ou exaustão, inclusive em face do que dispõe a regra excepcional constante da letra “b” do parágrafo 2º.

O segundo aspecto derivado da “ratio legis” decorre do primeiro e da condição legal para a dedução fiscal da amortização do ágio, ou para que a amortização do deságio seja tributável.

Consiste ele na exigência de que a amortização se processe contra os próprios lucros cuja expectativa tenha dado fundamento econômico ao ágio ou deságio, exigência esta que não está expressa na lei, mas decorre de um imperativo lógico que se pode dizer estar implícito nela.

Realmente, a exigência de incorporação, fusão ou cisão não é uma condição vazia de sentido, e isto se explica porque ela não pode ser cumprida apenas formalmente, como, por exemplo, deixando o ágio na investidora e incorporar a ela, por cisão parcial da cindida, uma atividade que não é a geradora de lucro cuja expectativa tenha gerado o ágio.

Não pode ser assim, pois o escopo da lei, ao vincular sua disposição relativa à amortização dos ágios e deságios, é unir o ágio ou deságio e os lucros a que ele se refira numa mesma pessoa jurídica e, portanto, num mesmo lucro tributável. Daí, sendo este o cerne da condição, ser ela manifestada pela exigência de “absorção de patrimônio”.

No caso de se tratar de ágio ou deságio fundamentado no valor de mercado dos bens da pessoa jurídica à qual a participação adquirida se refira, a mesma lógica aplicada ao ágio ou deságio fundado em expectativa de rentabilidade dirá que a amortização deve ser feita contra os lucros para os quais os bens avaliados venham a contribuir, e assim realmente o é segundo a norma geral.

Porém, encontra-se no parágrafo 2º do art. 7º a permissão para tratar diferentemente esse ágio ou deságio no caso de cisão parcial em que os bens que tenham dado origem ao mesmo não tenham sido transferidos ao patrimônio da pessoa sucessora. Neste caso, o ágio deve integrar o ativo diferido da sucessora e ser amortizado na base de 20% ao ano, independentemente de que o seu lucro, do qual será feita a dedução, não tenha tido qualquer relação com a causa econômica do ágio, e independentemente de que essa causa - os bens avaliados para efeito da aquisição - ainda esteja afetando o lucro da sucedida, através das respectivas depreciações, amortizações ou exaustões calculadas sobre seu custo contábil. Isto é, en-

quanto o custo contábil dos bens é depreciado, amortizado ou exaurido contra o lucro da sucedida, o ágio relativo ao valor de mercado desses bens é amortizado contra o lucro da sucessora. O mesmo se dá com a tributação do deságio nesta situação.

Mas esta é uma norma especial e excepcional que, por ter este caráter, não afeta o sentido da norma geral e não pode ser estendida à situações fáticas não correspondentes àquela que descreve.

Em resumo, no quadro legislativo formado pelos arts. 20 e seguintes do Decreto-lei n. 1.598 e pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532, considerando a letra e o espírito das respectivas normas, há obrigatoriedade de desdobramento do custo de aquisição de investimento que deva ser avaliado por equivalência patrimonial, obrigatoriedade esta que, segundo o Decreto-lei n. 1.598, alcança todo e qualquer ato ou negócio jurídico de aquisição, e, conseqüentemente, qualquer que tenha sido a contraprestação da aquisição.

Outrossim, no desdobramento do custo deve ser identificado o fundamento econômico do ágio ou deságio, dentre os três listados taxativamente no parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598.

Além disso, ocorrendo a reunião das pessoas jurídicas investidora e investida, por meio de fusão, incorporação ou cisão, o ágio ou deságio decorrente daquele desdobramento (ou feito ao ensejo deste evento, por não haver obrigatoriedade anterior) recebe o tratamento fiscal previsto na Lei n. 9.532, o qual varia conforme o fundamento econômico do ágio ou deságio.

No regime da Lei n. 9.532, a permissão de dedução dos ágios e a obrigação de tributação dos deságios guardam relação lógica com os respectivos fundamentos econômicos, ou seja, para efeitos fiscais:

- quando o fundamento econômico do ágio ou deságio for a perspectiva de resultados futuros, porque a adquirente foi motivada pela expectativa de tê-los na exploração da empresa à qual a participação adquirida se refere, a sua amortização deve ser feita no curso do tempo dentro do qual tais resultados foram projetados;
- quando o fundamento do ágio ou deságio for o valor de mercado dos bens, porque a adquirente foi motivada pela intenção de realizar tais bens, a sua amortização deve ser feita em função da realização dos mesmos, por depreciação, amortização ou exaustão, ou por alienação ou baixa por outra razão;
- quando o fundamento econômico for qualquer outro, a lei não prescreve sua consideração no lucro tributável antes da baixa do investimento, por não lhes atribuir valor significativo passível de consideração na determinação do lucro tributável de cada período.

III - A Comprovação do Ágio ou Deságio e do seu Fundamento Econômico

Questão importante, que se apresenta em consequência do regime legal descrito no capítulo anterior, é o da comprovação do ágio ou deságio e do seu fundamento econômico.

Para tanto, recordemos que a existência dos ágios e deságios está apenas implícita na Lei n. 6.404, porque faz parte do MEP por ela instituído, mas está expli-

citada e detalhada no Decreto-lei n. 1.598, ou seja, é acontecimento inerente à lei fiscal, disciplinado exclusivamente por ela.

Recordemos, também, que o parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598 listou os fundamentos econômicos que devem ser identificados como justificadores do ágio ou deságio, “in verbis”:

“Parágrafo 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

- a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
- b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;
- c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.”

Ao tratar do assunto, o parágrafo 3º do mesmo art. 20 alude à comprovação do ágio ou deságio apenas quando o seu fundamento for o valor de mercado de bens ou a expectativa de rentabilidade, simplesmente requerendo uma demonstração arquivada como parte da escrituração. É o que diz o parágrafo 3º desse artigo:

“Parágrafo 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras ‘a’ e ‘b’ do parágrafo 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.”

Na história do Decreto-lei n. 1.598 constata-se que a primitiva redação do seu art. 25 previa a dedução fiscal das amortizações dos ágios e a tributação das amortizações dos deságios apenas quando fossem eles baseados em valor de mercado dos bens. A sua exposição de motivos explica que, “devido às dificuldades práticas de fiscalização, o projeto não permite que a amortização dos ágios ou deságios na aquisição de investimento influa no lucro real, salvo quando seu fundamento econômico for a diferença entre o valor contábil e o de mercado dos bens da coligada ou controlada”. Por esta razão, continua a exposição de motivos, “o ágio ou deságio com outros fundamentos econômicos somente é reconhecido para efeitos fiscais na determinação do ganho ou perda de capital, no caso de alienação ou liquidação do investimento”.

Assim, não haveria necessidade de demonstração quando o fundamento econômico fosse outro qualquer, sendo irrelevante até mesmo a distinção, feita na letra “c”, entre fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, pois todos estes motivos recebiam o mesmo tratamento, como se fossem uma só coisa. Não obstante, para os ágios e deságios baseados em expectativa de rentabilidade, a despeito de suas amortizações terem o mesmo tratamento dado para as amortizações dos ágios e deságios da letra “c”, o parágrafo 3º do art. 20 exigia a sua “demonstração”, tanto quanto para ágios e deságios referentes a valores de mercado dos bens.

Aquela norma inicial do art. 25 foi logo modificada pelo Decreto-lei n. 1.730, de 17 de outubro de 1979, passando todas as amortizações a ser neutras fiscalmente, mas, independentemente disto, restou a exigência da “demonstração” daqueles dois primeiros fundamentos (os das alíneas “a” e “b”), nos casos em que eles tivessem existido.

A partir de 1998, a distinção entre as duas primeiras hipóteses de ágio ou deságio (letras “a” e “b”, valor de mercado e expectativa de rentabilidade) e a ter-

ceira (esta em qualquer das suas três vertentes referidas na letra “c”) veio a adquirir relevância com os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532, aplicáveis se as duas pessoas jurídicas - investidora e investida - forem reunidas por fusão, incorporação ou cisão, eis que, neste caso, a amortização dos ágios ou deságios pelos dois primeiros motivos passou a ser fiscalmente considerada no lucro tributável de cada período-base.

Todavia, tanto quanto o art. 20 do Decreto-lei n. 1.598 limita-se a requerer uma “demonstração” dos dois fundamentos, os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532 nada disseram sobre a forma de comprovação dos ágios ou deságios, e alguns atos normativos fazendários que trataram do MEP também não estabeleceram qualquer requisito formal sobre o assunto.²⁵

Acresce que o RIR/99, consolidando as leis em vigor na data da sua promulgação, restringiu-se a tratar do MEP nos arts. 384 e seguintes nos exatos termos do Decreto-lei n. 1.598 e das disposições legais pertinentes, aludindo, no parágrafo 2º do art. 385, à “demonstração” do fundamento econômico dos ágios e deságios, tal e qual se encontra naquele Decreto-lei.

Portanto, não há qualquer outra regra legal nem regulamentar quanto ao meio de comprovação do fundamento do ágio ou deságio, o que deixa a prova para ser feita pelo contribuinte através da “demonstração” preconizada pelo Decreto-lei n. 1.598, sendo-lhe inexigível prova por qualquer outra forma.

Esse dispositivo, fixando determinada forma de comprovação, vem em paralelo a outras normas gerais do ordenamento jurídico, notando-se neste o seguinte:

- de acordo com o Código Civil, art. 22, para os negócios jurídicos a que a lei não imponha forma especial, o fato pode ser provado por confissão, documento, testemunha, presunção ou perícia, configurando-se aquilo que usualmente se diz ser a prova feita por qualquer meio em direito permitido;
- essa diretriz da lei civil tem norma equivalente no Código de Processo Civil, o qual é aplicável subsidiariamente no processo administrativo fiscal federal, em cujo código o art. 332 prescreve que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados nesse código, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa;
- o próprio art. 107 do Código Civil, mencionado no primeiro capítulo, prescreve que são válidas as declarações de vontade feitas por qualquer forma, salvo quando forma especial seja exigida pela lei.

Em suma, a “demonstração” requerida pelo parágrafo 3º do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598, cuja forma e cujo conteúdo não têm regulamentação legal, sendo, pois, livre, é o meio legal de prova e, portanto, válido e necessário.

A partir desta premissa, e tendo-se em conta o que foi exposto nos capítulos I e II, pode-se avançar afirmando que, se o fundamento do ágio ou deságio é o

²⁵ Por exemplo, os Pareceres Normativos CSF ns. 78/78 e 107/78 mostraram a preocupação maior quanto aos casos em que o método deve ou pode ser aplicado, sem qualquer cuidado quanto ao aspecto da comprovação dos ágios ou deságios. O mesmo ocorre com a Instrução Normativa SRF n. 11/96, que trata dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532.

motivo que justifica o preço de aquisição que o adquirente quis pagar, ele deve ser encontrado no próprio ato ou negócio jurídico de que se origina a aquisição da participação societária, ou seja, nas condições que eventualmente tenham sido expressamente estabelecidas nesse ato ou negócio, ou sob as quais o adquirente da participação societária tenha desejado e feito a aquisição.

Em nenhuma hipótese o fundamento encontra-se fora desses elementos documentais ou pessoais, até porque, tendo em vista o disposto no inciso II do art. 5º da Constituição Federal, qualquer pessoa tem a liberdade para fazer aquilo que não esteja proibido pela lei, e pode fazê-lo de acordo com a sua escolha e as suas conveniências, desde que respeite as normas de ordem pública eventualmente aplicáveis à demais regras que formam o arcabouço do ordenamento jurídico descrito no capítulo I.

Quando se trata propriamente de negócio jurídico - compra e venda, permuta etc. -, usualmente as partes fixam um preço de pagamento ou outro tipo de contraprestação e estabelecem condições mútuas que podem atuar sobre o respectivo valor, as quais, contudo, não explicam necessariamente a razão econômica do ágio ou deságio.

Assim, por exemplo, há ajustes contratuais que dizem respeito a uma das seguintes circunstâncias:

- previsão do direito de a parte alienante receber um sobrepreço determinado em função dos lucros obtidos em um determinado período futuro, caso em que para o alienante se trata de ajuste para mais no preço de venda, e para o adquirente ajuste para mais no preço de aquisição: nesta hipótese, dependendo das cláusulas contratuais, é possível identificar no próprio contrato que o ágio ou deságio decorre da expectativa de resultados futuros;
- previsão de revisão do preço básico em decorrência da avaliação de bens do ativo da pessoa jurídica em relação a valores de mercado, caso em que, também dependendo das suas cláusulas, o próprio contrato estabelece, acima de qualquer dúvida, a motivação do ágio ou deságio, ou ao menos de parte dele, pois, mesmo após a efetivação da revisão (até cujo limite se trata de ágio ou deságio relacionado a valor de mercado dos bens), pode remanescer uma diferença de preço cuja causa pode ou não estar estabelecida pelo contrato, mas que certamente não é o preço de mercado;
- previsão de revisão do preço básico em virtude de superveniências ou insuficiências ativas ou passivas, que estão mais ligadas ao componente do valor patrimonial do investimento, para quantificação do ágio ou deságio, do que ao seu fundamento econômico.

Na verdade, tais hipóteses dizem respeito ao próprio valor da aquisição, e não ao critério do ágio ou deságio, embora possam indicar qual ele tenha sido. Mas o certo é que, na generalidade dos casos, não há como estabelecer, pelo contrato, o fundamento econômico do ágio ou deságio, porque, embora seja lícito às partes fixar o preço em função de índices ou parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação (art. 487 do Código Civil, retro-transcrito), esta não é uma possibilidade adotada em todos os negócios.

Por outro lado, o mesmo se dá quando a aquisição decorra de um ato jurídico em sentido estrito - subscrição de capital, incorporação de ações, incorporação de pessoa jurídica etc. -, em que a fixação do preço ou valor de cada quota ou ação deve estar previamente estabelecida nos respectivos documentos, mas sendo possível que estes não esclareçam os critérios para a sua determinação, isto a despeito dos requisitos dos laudos de avaliação requeridos pelo parágrafo 1º do art. 8º da Lei n. 6.404,²⁶ ou dos limites impostos pelo parágrafo 1º do art. 170 para a fixação do preço mínimo de subscrição de novas ações,²⁷ o qual é complementado pelo parágrafo 7º desse artigo,²⁸ e também a despeito da exigência de especificação dos critérios de avaliação patrimonial nos casos de incorporação, fusão ou cisão, conforme o art. 224, inciso III.²⁹⁻³⁰

Há uma outra situação na qual o fundamento econômico do ágio ou deságio também pode ser encontrado na documentação emitida em cumprimento à respectiva norma legal.

Trata-se da hipótese do parágrafo 4º do art. 4º, que regula o preço de oferta pública de aquisição de ações negociadas em Bolsa de Valores, com a finalidade de cancelar o respectivo registro na CVM.³¹

Esse dispositivo prevê uma série de critérios para a fixação do preço a ser ofertado, estando, entre eles, o de patrimônio líquido avaliado a preço de mercado (que é diferente de valor de mercado de bens do ativo) e o de fluxo de caixa descontado (que corresponde à avaliação por expectativa de resultados futuros).

²⁶ “Parágrafo 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.”

²⁷ “Parágrafo 1º O preço de emissão deverá ser fixado, sem diluição injustificada da participação dos antigos acionistas, ainda que tenham direito de preferência para subscrevê-las, tendo em vista, alternativa ou conjuntamente: I - a perspectiva de rentabilidade da companhia; II - o valor do patrimônio líquido da ação; III - a cotação de suas ações em Bolsa de Valores ou no mercado de balcão organizado, admitido ágio ou deságio em função das condições do mercado.”

²⁸ “Parágrafo 7º A proposta de aumento do capital deverá esclarecer qual o critério adotado, nos termos do parágrafo 1º deste artigo, justificando pormenorizadamente os aspectos econômicos que determinaram a sua escolha.”

²⁹ “Art. 224. As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá: (...) III - os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores.”

³⁰ Lembrando que a cabeça e o parágrafo 3º do art. 226 rezam: “Art. 226. As operações de incorporação, fusão e cisão somente poderão ser efetivadas nas condições aprovadas se os peritos nomeados determinarem que o valor do patrimônio ou patrimônios líquidos a serem vertidos para a formação de capital social é, ao menos, igual ao montante do capital a realizar (...) Parágrafo 3º A Comissão de Valores Mobiliários estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de fusão, incorporação e cisão que envolvam companhia aberta.”

³¹ “Parágrafo 4º O registro de companhia aberta para negociação de ações no mercado somente poderá ser cancelado se a companhia emissora de ações, o acionista controlador ou a sociedade que a controle, direta ou indiretamente, formular oferta pública para adquirir a totalidade das ações em circulação no mercado, por preço justo, ao menos igual ao valor de avaliação da companhia, apurado com base nos critérios, adotados de forma isolada ou combinada, de patrimônio líquido contábil, de patrimônio líquido avaliado a preço de mercado, de fluxo de caixa descontado, de comparação por múltiplos, de cotação das ações no mercado de valores mobiliários, ou com base em outro critério aceito pela Comissão de Valores Mobiliários, assegurada a revisão do valor da oferta, em conformidade com o disposto no art. 4º-A.”

Portanto, em tese é possível encontrar, nos atos jurídicos em sentido estrito e nos respectivos documentos, o fundamento econômico para cada respectivo ágio ou deságio relativo à aquisição do investimento, mas nem sempre isto ocorre.

Por exemplo, quando o preço de emissão de ações for fixado pela pessoa jurídica emissora em função de expectativa de rentabilidade, não haverá qualquer dúvida quanto ao fundamento do ágio ou deságio, mas em outras hipóteses o preço fixado pode deixar de explicitar o fundamento adotado.

Há mais um dado importante e complicador, que tem muito a ver com a distinção entre os dois ágios - o da emissão de ações ou quotas e o do investimento -, feita no capítulo precedente: o critério de fixação do preço da participação societária pode ser um, mas o motivo pelo qual o adquirente a adquire pode ser relacionado a esse critério.

Neste particular, há que se atentar para que, num aumento de capital, o preço de emissão das ações ou quotas pode ser superior ao seu valor nominal ou ao valor destinado à conta de capital, e isto é assim para que seja justa a “relação de troca”, que representa a essência da norma contida no parágrafo 1º do art. 170 da Lei n. 6.404, retro-transcrito.

Mas o adquirente, neste caso por subscrição do aumento de capital, pode ter uma motivação para participar do ato que seja distinta do critério que foi adotado para fixação do preço de emissão.

Neste caso, como o fundamento do ágio ou deságio do investimento é algo que se situa na perspectiva da pessoa jurídica investidora, e não da pessoa jurídica investida, é ele, fundamento do ágio ou deságio, que deve ser considerado, e não o critério de fixação do preço e o que ele repercute no patrimônio líquido da investida.

Esta é uma exigência inclusive da lógica sistemática da amortização do ágio ou deságio, tão claramente posta no art. 7º da Lei n. 9.532.

Deste modo, os critérios de valoração da participação societária fixados no ato jurídico pelo qual a aquisição se efetiva, assim como negócio jurídico quando for o caso, podem indicar o fundamento do ágio ou deságio, mas nem sempre isto ocorre, ou por silêncio do ato ou do contrato, ou por haver uma razão própria da pessoa jurídica adquirente.

Portanto, em todos os casos o valor do preço e o fundamento de algum ágio ou deságio coincidem com a motivação do próprio adquirente (ou é somente dele ou está nos documentos, mas ele o aceita), que pode ter inúmeras razões para comprar o investimento e pagar o respectivo preço.

Vale estender um pouco esta consideração de que pode ocorrer de o preço ter sido fixado sob determinado critério, que é o critério do alienante ou da emitente da participação societária, mas para a pessoa jurídica adquirente poder haver outro motivo diferente, o que tem grande possibilidade de acontecer quando se tem em conta que ágios e deságios não aparecem nas pequenas aquisições de ações ou quotas de capital, mas apenas nas aquisições de quantidades suficientes a estabelecer vínculo de coligação ou de controle.

Assim, a intenção da adquirente pode realmente ser adquirir por um determinado preço que tenha um certo retorno em um certo número de anos, pois o que ela quer neste caso é explorar o empreendimento econômico realizado através da

pessoa jurídica adquirida. Ou a adquirente pode pagar o preço privilegiando o valor de mercado dos bens do ativo da pessoa jurídica, ou pode ter em conta o fundo de comércio não refletido contabilmente, ou a eliminação de um concorrente etc.

Em suma, haverá situações em que a motivação do ágio ou deságio poderá ser detectada pelo contrato ou pelos atos societários através dos quais se dê a aquisição das quotas ou ações a que eles se refiram, caso em que a prova do respectivo fundamento estará nesses próprios documentos e deverá ser refletida na “demonstração” mantida para efeito de escrituração.

Mas haverá situações em que o fundamento econômico do ágio ou deságio não será conhecida através de tais documentos, e nestes casos ele somente poderá ser dado pela própria pessoa jurídica adquirente, que terá que dizer por qual motivo pagou preço maior ou menor do que o valor patrimonial contábil, e terá que expor os cálculos que tiver adotado para aceitar pagar o montante que pagou, vindo a prova do fundamento do respectivo ágio ou deságio a ser refletida na “demonstração” mantida para efeito de escrituração.

É por isso mesmo que nestes casos a lei não requer uma específica forma de prova além da “demonstração”, e nem sequer é aplicável a esta o requisito de que a prova documental não pode ser feita pela própria pessoa sem o concurso de terceiros. Realmente, se tal requisito é aceitável como uma regra geral do processo, e foi muitas vezes proclamado pela jurisprudência do 1º Conselho de Contribuintes, não o é nos casos em que a razão (fundamento do ágio ou deságio) esteja exclusivamente na vontade do adquirente, porque é motivo seu, e não seja uma condição do ato ou negócio jurídico.

Exatamente por isso o Decreto-lei n. 1.598 não prescreve forma especial e requer apenas uma simples “demonstração”, ao dizer que o fundamento do ágio ou deságio deve ser “baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”.

E não deve causar estranheza que em tal situação esse veículo de comprovação seja suficiente, assim como não deve causar estranheza a afirmação de que o fundamento do ágio ou deságio é encontrado unicamente na vontade do adquirente, quando não estabelecido como critério de valoração do ato ou negócio jurídico, ou a afirmação de que, quando haja critério fixado no ato ou contrato, ainda é critério decorrente da vontade do contribuinte, porque ele o aceita livremente. O mesmo se diga da hipótese em que o critério pessoal do adquirente, isto é, o motivo para a aquisição, divirja do critério de fixação do preço.

Isto é assim porque a vontade do contribuinte faz parte da sua liberdade individual e deve ser respeitada, eis que o seu motivo para a prática do ato ou negócio jurídico é prestigiado pelo Direito brasileiro, embora em regra não seja determinante da validade do mesmo. Neste particular, tenha-se em conta o que o Código Civil dispõe nos artigos abordados no capítulo I.

Ademais, numa situação como esta, como se prova a motivação da pessoa? Por uma espécie de confissão, que é forma de prova segundo o inciso I do art. 212 do Código Civil, sem descartar a prova testemunhal que está prescrita no inciso III e a documental que está no inciso II, ainda que o art. 348 do Código de Processo Civil somente considere como confissão aquela que favorecer a parte adversa.

No caso do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598, o art. 348 não invalida essa espécie de confissão (decorrente da “demonstração”) feita pelo contribuinte, porque a manifestação da intenção do contribuinte não favorece apenas a ele, pois dela o Fisco poderá tirar os elementos que sejam do seu interesse, no mínimo para exercer os atos de fiscalização e de lançamento tributário da obrigação tributária, a qual tem natureza jurídica “ex lege”, e não “ex voluntate”, no sentido de que decorre da lei e não da vontade das partes da relação jurídica tributária.³²

Além disso, como é elementar em Direito Tributário, nele não há confissão da obrigação tributária, mas pode haver confissão dos fatos a que ela se prende, e é disto que a “demonstração” trata.

Há mais um elemento importante, este definitivo: a contabilidade em ordem e lastreada em documentos válidos faz prova a favor do contribuinte, cabendo ao Fisco provar a sua inveracidade. É o que dispõe o mesmo Decreto-lei n. 1.598 nos parágrafos do seu art. 9º,³³ e, ao seu lado, há outras disposições legais que prestigiavam os lançamentos contábeis, elevando-os à condição de meios de prova, contra e a favor do titular dos livros contábeis.³⁴

Destarte, quando o parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598 atribui à “demonstração” a condição de “comprovante da escrituração” do fundamento do ágio ou deságio - “baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração” -, o evento assim documentado e escriturado se enquadra naquilo que o parágrafo 1º do art. 9º do mesmo Decreto-lei considera como “fatos (...) registrados e comprovados por documentos hábeis, (...) assim definidos em preceitos legais”.

Por consequência, o mesmo parágrafo 1º do art. 9º atribui a esse lançamento contábil a condição de prova a favor do contribuinte, a qual, de acordo com o parágrafo 2º, acarreta para o Fisco o ônus de provar o contrário, inclusive notando-se a inexistência de outra forma de comprovação, o que faz da “demonstração” o único meio que se constitui em ônus para o contribuinte, segundo o disposto no parágrafo 3º.

E é meio de prova do fundamento do ágio ou deságio, porque é meio de prova do fato objeto do lançamento contábil, de cujo fato e de cujo lançamento o fundamento faz parte, dado que o parágrafo 2º do art. 20 determina que “o lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico”.

Por isso mesmo, dentro da sistemática do Decreto-lei n. 1.598, para o art. 20 é suficiente que o fundamento do ágio ou deságio seja “baseado em demonstração

³² A vontade do contribuinte é de adquirir a participação pagando ágio ou tendo deságio por uma determinada razão, mas as obrigações tributárias decorrentes desse ato voluntário não dependem da sua vontade ou da vontade do Fisco.

³³ Art. 9º: “Parágrafo 1º A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais. Parágrafo 2º Cabe à autoridade administrativa a prova da inveracidade dos fatos registrados com observância do disposto no parágrafo 1º. Parágrafo 3º O disposto no parágrafo 2º não se aplica aos casos em que a lei, por disposição especial, atribua ao contribuinte o ônus da prova de fatos registrados na sua escrituração.”

³⁴ Art. 8º do Decreto-lei n. 486, de 3 de março de 1969; art. 226 do Código Civil; arts. 378 e 379 do Código de Processo Civil.

que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”, no que o legislador tributário de 1977 mostrou grande sensibilidade e percepção da realidade que estava disciplinando, por ser uma realidade que se funda em fatores de ordem subjetiva, exclusivamente ou não.

Mas isto não significa que o contribuinte tenha como que uma palavra final e incontroversa sobre a verdade do fato fundamental do ágio ou deságio, pois é sua a vontade de pagar mais ou menos por esta ou por aquela razão econômica (portanto, para estabelecer o fundamento do ágio ou deságio), e ela pertence ao seu mundo interior e subjetivo, mas a sua comprovação no mundo exterior das relações jurídicas, para ser crível e ter validade jurídica,³⁵ depende de demonstração comprobatória.

Daí mesmo o legislador de 1977 ter sido preciso ao adotar expressões como “demonstração” e “comprovante de escrituração”, o que não significa apenas o contribuinte afirmar que adquiriu por este ou por aquele motivo, mas que diga o motivo e o demonstre de forma adequada a servir de prova do lançamento contábil, com todos os efeitos decorrentes.

Mesmo porque, como é inevitável nas relações jurídicas, o contribuinte não está livre de contestação pelo Fisco, não tanto (ou não apenas) quanto à sinceridade da sua afirmação de vontade subjetiva, mas também (ou principalmente) quanto à acuidade dos cálculos para determinação do ágio ou deságio.³⁶

Deste modo, o Fisco tem o direito à conferência do ágio ou deságio e do seu fundamento econômico, da mesma maneira que ele tem direito de conferir tudo o mais que conste da escrituração contábil, o que muitas vezes importa, e indagar aspectos da vontade do contribuinte.

Esse direito não lhe é recusado sequer pelos parágrafos do art. 9º do Decreto-lei n. 1.598, dos quais, neste particular, se sobressai o parágrafo 2º, ao imputar à autoridade administrativa o ônus da prova da inveracidade dos fatos contabilizados com base em documentação hábil, que no caso é a multireferida “demonstração”.

Havendo tal “demonstração”, a contraprova fiscal, que é mais simples quanto ao valor do ágio ou deságio, pois se resume à mera comparação entre o custo da aquisição da participação societária e o seu valor patrimonial contábil, torna-se, contudo, mais complexa quanto à conferência do fundamento econômico do ágio ou deságio, principalmente em virtude dos efeitos fiscais das suas amortizações (inclusive, quando for o caso, das suas depreciações ou exaustões), as quais são efei-

³⁵ É inquestionável que, quando tenham relevância jurídica, os aspectos subjetivos das ações das pessoas também são sujeitos à prova, e, como esta em geral somente pode ser feita por vias indiretas ou indiciárias, aqui ela se faz pela via da “demonstração”.

³⁶ Esta acuidade não significa que o desenrolar dos fatos deva corresponder matematicamente às previsões feitas quanto ao ágio ou deságio, ou seja, no caso de valor de mercado dos bens, não requer que, sendo eles alienados, aquele valor seja efetivamente obtido, ou, no caso de expectativa de rentabilidade, que os lucros efetivamente produzidos correspondam aos que eram esperados. A acuidade significa correlação entre os valores praticados a título de ágio ou deságio e o seu fundamento econômico de acordo com os dados existentes na época da aquisição, isto é, conforme o caso, os valores de mercado nesse tempo ou os lucros razoavelmente previstos de acordo com os elementos técnicos disponíveis na época.

tos derivados da decomposição do custo de aquisição e dependem do verdadeiro fundamento do ágio ou deságio.

Neste aspecto, o Fisco conta com o art. 148 do Código Tributário Nacional - CTN, que lhe garante o direito de discordar dos valores que não mereçam crédito, embora também assegure ao contribuinte o direito de defesa, chegando o tribunal administrativo ou judicial a um veredicto por via de avaliação contraditória.³⁷

Destarte, com base no art. 148 da lei complementar, e também no parágrafo 2º do art. 8º do Decreto-lei n. 1.598, o Fisco pode questionar os efeitos fiscais que vierem a ser gerados pelo ágio ou deságio, o que necessariamente passará pela comprovação da veracidade do fundamento econômico do ágio ou deságio que o contribuinte tiver adotado, e da acuidade dos cálculos que levaram ao esse fundamento econômico, resolvendo-se a controvérsia através de avaliação contraditória se a “demonstração” apresentada não merecer fé.

Isto significa que a “demonstração” a que alude o art. 20 tem de ser precisa e fundada, para poder suportar uma investigação fiscal ou ser sustentada em um processo.

Mas é ela que reina como o primacial elemento de prova.

IV - Critérios Contábeis Distintos dos Critérios da Lei Tributária

É bom dedicarmos um pouco de atenção à possibilidade de haver distinções de critérios entre aqueles previstos na lei fiscal, segundo os dois capítulos precedentes, e os preceitos contábeis que passaram a dever ser observados na escrituração contábil após as Leis ns. 11.638 e 11.941.

Como se sabe, essas Leis alteraram disposições da Lei n. 6.404 relacionadas às demonstrações financeiras, com vistas a harmonizar as práticas contábeis brasileiras com as práticas internacionais.

A finalidade deste texto não é abordar e explicar as alterações introduzidas na contabilidade (ou que fizeram ou fazem parte de projetos de alteração), mas nele se torna necessário detectar a possibilidade da existência de critérios distintos e verificar como tal desconformidade é tratada pelas leis tributárias que vimos abordando aqui.

Neste passo, pode-se afirmar com absoluta certeza que qualquer norma contábil (ainda que derivada de norma legal) que prescrever algum critério para que o ágio ou deságio seja avaliado e seja justificado em seu fundamento, ao ser contabilizado, não alterará a verdade do fato material ocorrido através do ato ou negócio jurídico praticado para a aquisição do investimento.

Assim, não vem ao caso debater aqui a correção ou incorreção de qualquer critério pelo prisma econômico e contábil. Isto, contudo, não impede algumas observações que se integram no escopo deste estudo.

³⁷ “Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrar aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.”

Por exemplo, podemos observar que, mesmo quando os bens do ativo da pessoa jurídica objeto da aquisição (portanto, do investimento com ágio ou deságio) valham mais do que o seu valor contábil (hipótese comum na realidade), uma certa expectativa de rentabilidade do negócio, em seu todo, pode ser o único motivo determinante da fixação do preço pelo vendedor, ou o único motivo determinante do pagamento do custo aceito pelo adquirente.

Neste caso, para o adquirente, a existência dos bens no ativo da pessoa jurídica e a sua capacidade para contribuir para a geração dos lucros esperados são os fatores que realmente importam para explicar o ágio ou deságio, sendo absolutamente irrelevante o valor de mercado desses bens que o adquirente não pretende sejam vendidos, exatamente porque pretende mantê-los empregados nas atividades produtoras dos lucros perseguidos.

Isto é assim tanto quanto a existência de bens intangíveis, contabilizados ou não, é apenas parte do cabedal de meios de produção e formador da empresa com a qual se pretende obter os lucros que justificam o custo pago, sem que o respectivo ágio ou deságio deixe de ser fundamentado na expectativa de rentabilidade.

Nestas circunstâncias, se houver preceito contábil que requeria o registro do valor de mercado dos bens, não afetará o preço realmente praticado, portanto, o respectivo custo efetivo, nem o fundamento econômico do ágio ou deságio a ser reconhecido fiscalmente.

Aliás, se a lei fiscal prevê modalidades distintas de fundamentos de ágios ou deságios, com diferentes tratamentos, é porque admite a possibilidade da existência, em cada caso concreto, de apenas um, ou de mais de um, apesar de que, quando o fundamento seja apenas a expectativa de rentabilidade (como no exemplo), esta depende necessariamente do conjunto dos bens necessários à atuação da empresa, bens estes que são relevantes por serem indispensáveis à geração dos lucros, mas não os seus valores de venda no mercado, que em nada contribuem (os valores) para este fim.

Afinal, parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598 determina a indicação do fundamento econômico do ágio ou deságio “dentre os seguintes”, isto é, dentre qualquer um dos que vêm listados nas suas alíneas “a”, “b” e “c”.

Voltaremos a abordar este aspecto em mais profundidade no capítulo derradeiro deste trabalho.

Porém, há mais a ser dito neste momento de confrontação da lei com a prática contábil. Como a lei fiscal nega efeito às reavaliações de ativo e se lastreia rigorosamente no custo histórico, a aferição do valor contábil de uma participação societária, para fins de determinação da existência e do “quantum” do seu ágio ou deságio, somente pode basear-se naquele custo, e não em qualquer outro valor, inclusive num suposto “justo preço”, ou “valor justo”, como preveem algumas normas contábeis.

Com razão, no aspecto contábil a avaliação a “valor justo” tem efeitos meramente informativos, sem afetar o resultado da pessoa jurídica, eis que a sua contrapartida é feita a débito ou a crédito da conta de ajustes de avaliação patrimonial, algo parecido com a antiga reavaliação de bens do ativo, embora inconfundí-

vel com esta. Sua regulação consta dos arts. 182, parágrafo 3º, e 183, inciso I e parágrafo 1º, com a redação que ficaram tendo após as Leis ns. 11.638 e 11.941.³⁸

Por conseguinte, trata-se de conceito com finalidade específica, nada tendo a ver com o custo real e efetivo de aquisição das participações societárias sujeitas aos arts. 20 do Decreto-lei n. 1.598 e 7º e 8º da Lei n. 9.532, para os quais vale o custo efetivo.

Mesmo porque as participações societárias abarcadas por esses dispositivos fiscais não se sujeitam, na contabilidade, à avaliação pelo critério de “valor justo”, que não consta da determinação do próprio art. 183, incisos III e IV,³⁹ cujo critério é reservado pela lei aos elementos dos ativos circulante e realizável a longo prazo, e não aos elementos do grupo de investimentos no antes denominado “ativo permanente”, as quais têm regras próprias de avaliação, que são o custo de aquisição e o MEP.⁴⁰

³⁸ Art. 182: “Parágrafo 3º Serão classificadas como ajustes de avaliação patrimonial, enquanto não computadas no resultado do exercício em obediência ao regime de competência, as contrapartidas de aumentos ou diminuições de valor atribuídos a elementos do ativo e do passivo, em decorrência da sua avaliação a valor justo, nos casos previstos nesta Lei ou, em normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, com base na competência conferida pelo parágrafo 3º do art. 177 desta Lei (...)” Art. 183. No balanço, os elementos do ativo serão avaliados segundo os seguintes critérios: I - as aplicações em instrumentos financeiros, inclusive derivativos, e em direitos e títulos de créditos, classificados no ativo circulante ou no realizável a longo prazo: a) pelo seu valor justo, quando se tratar de aplicações destinadas à negociação ou disponíveis para venda; (...) Parágrafo 1º Para efeitos do disposto neste artigo, considera-se valor justo: a) das matérias-primas e dos bens em almoxarifado, o preço pelo qual possam ser repostos, mediante compra no mercado; b) dos bens ou direitos destinados à venda, o preço líquido de realização mediante venda no mercado, deduzidos os impostos e demais despesas necessárias para a venda, e a margem de lucro; c) dos investimentos, o valor líquido pelo qual possam ser alienados a terceiros; d) dos instrumentos financeiros, o valor que pode se obter em um mercado ativo, decorrente de transação não compulsória realizada entre partes independentes; e, na ausência de um mercado ativo para um determinado instrumento financeiro: 1) o valor que se pode obter em um mercado ativo com a negociação de outro instrumento financeiro de natureza, prazo e risco similares; 2) o valor presente líquido dos fluxos de caixa futuros para instrumentos financeiros de natureza, prazo e risco similares; ou 3) o valor obtido por meio de modelos matemático-estatísticos de precificação de instrumentos financeiros.”

³⁹ “Art. 183. No balanço, os elementos do ativo serão avaliados segundo os seguintes critérios: (...) III - os investimentos em participação no capital social de outras sociedades, ressalvado o disposto nos artigos 248 a 250, pelo custo de aquisição, deduzido de provisão para perdas prováveis na realização do seu valor, quando essa perda estiver comprovada como permanente, e que não será modificado em razão do recebimento, sem custo para a companhia, de ações ou quotas bonificadas; IV - os demais investimentos, pelo custo de aquisição, deduzido de provisão para atender às perdas prováveis na realização do seu valor, ou para redução do custo de aquisição ao valor de mercado, quando este for inferior.”

⁴⁰ “Art. 179. As contas serão classificadas do seguinte modo: I - no ativo circulante: as disponibilidades, os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente e as aplicações de recursos em despesas do exercício seguinte; II - no ativo realizável a longo prazo: os direitos realizáveis após o término do exercício seguinte, assim como os derivados de vendas, adiantamentos ou empréstimos a sociedades coligadas ou controladas (artigo 243), diretores, acionistas ou participantes no lucro da companhia, que não constituem negócios usuais na exploração do objeto da companhia; III - em investimentos: as participações permanentes em outras sociedades e os direitos de qualquer natureza, não classificáveis no ativo circulante, e que não se destinem à manutenção da atividade da companhia ou da empresa; IV - no ativo imobilizado: os direitos que tenham por objeto bens corpóreos destinados à manutenção das atividades da companhia ou da empresa ou exercidos com essa finalidade, inclusive os decorrentes de operações que transfiram à companhia os benefícios,

Outrossim, no âmbito das relações societárias, o critério do “preço justo” tem aplicação na hipótese do já referido e já transcrito parágrafo 4º do art. 4º, que existia desde a Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001, tendo uma conotação diferente da idéia de uma avaliação a “valor justo”, eis que visa garantir um preço mínimo às ações a serem adquiridas antes do cancelamento do registro de companhia aberta para negociação no mercado, e corresponde a uma amálgama de critérios utilizáveis, inclusive o de patrimônio líquido avaliado a preço de mercado (que é diferente de valor de mercado de bens do ativo) e o de fluxo de caixa descontado (que corresponde à avaliação por expectativa de resultados futuros).

Seja como for, quando aplicável, a exigência de primeiro contabilizar o ágio por um critério distinto do fiscal, por exemplo, em função de um valor teoricamente considerado “justo”, e considerando como ágio apenas o custo que exceda o “valor justo”, e não o custo que exceda o valor patrimonial contábil, será exigência apenas quanto ao modo de contabilizar o valor da aquisição, e não obrigação imposta às partes de um ato ou negócio jurídico para a fixação ou contratação das suas condições.

Isto é assim também porque a realidade é externa à contabilidade, e não feita por esta, cabendo ao lançamento contábil refleti-la fielmente, e essa realidade está nos atos e negócios jurídicos, necessariamente regidos pelo ordenamento jurídico.

Em outras palavras, a fonte e sede do ágio ou deságio está no ato ou negócio jurídico de que ele promana e na respectiva disciplina legal, e não no lançamento contábil.

E mesmo que aquela contabilização tenha que ser adotada por necessária obediência às prescrições da CVM ou de outro órgão regulatório, não afetará o tratamento tributário para o ágio ou deságio, pois a distinção de critérios não altera o tratamento tributário, devendo este ser observado fora da contabilidade, nos termos do parágrafo 2º e do art. 177 da Lei n. 6.404⁴¹ e dos parágrafos 2º e 3º do art. 8º do Decreto-lei n. 1.598.⁴²

riscos e controle desses bens (...) VI - no intangível: os direitos que tenham por objeto bens incorpóreos destinados à manutenção da companhia ou exercidos com essa finalidade, inclusive o fundo de comércio adquirido. Parágrafo único. Na companhia em que o ciclo operacional da empresa tiver duração maior que o exercício social, a classificação no circulante ou longo prazo terá por base o prazo desse ciclo.”

⁴¹ Art. 177: “Parágrafo 2º A companhia observará exclusivamente em livros ou registros auxiliares, sem qualquer modificação da escrituração mercantil e das demonstrações reguladas nesta Lei, as disposições da lei tributária, ou de legislação especial sobre a atividade que constitui seu objeto, que prescrevam, conduzam ou incentivem a utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes ou determinem registros, lançamentos ou ajustes ou a elaboração de outras demonstrações financeiras.”

⁴² Art. 8º: “Parágrafo 2º Para fins da escrituração contábil, inclusive da aplicação do disposto no parágrafo 2º do art. 177 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, os registros contábeis que forem necessários para a observância das disposições tributárias relativos à determinação da base de cálculo do imposto de renda e, também, dos demais tributos, quando não devam, por sua natureza fiscal, constar da escrituração contábil, ou forem diferentes dos lançamentos dessa escrituração, serão efetuados exclusivamente em: I - livros ou registros contábeis auxiliares; ou II - livros fiscais, inclusive no livro de que trata o inciso I do ‘caput’ deste artigo. Parágrafo 3º O disposto no parágrafo 2º deste artigo será disciplinado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.”

Até porque, ao se desconsiderar critérios contábeis na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSL, se está dando irrestrito cumprimento ao princípio da legalidade, que impede, para o estabelecimento e a quantificação das obrigações tributárias principais, qualquer injunção de normas editadas por órgãos do Poder Executivo ou órgãos particulares. Com mais razão ainda quando se trata de alguma diretriz “importada” de praxes contábeis firmadas por órgãos estrangeiros.

Se alguma dúvida restava no espírito de intérpretes menos atentos, antes da Lei n. 11.941, com esta e com o seu Regime Tributário de Transição - RTT, disciplinado pelos arts. 15 a 24, deixou de haver qualquer espaço para discussão quanto aos critérios contábeis distintos dos legais-fiscais, devendo estes, para as pessoas jurídicas submetidas ao RTT, ser observados no livro Controle Fiscal de Transição - FCONT, instituído pela Instrução Normativa RFB n. 949, de 16 de junho de 2009, em atendimento ao previsto no parágrafo 3º do art. 8º do Decreto-lei n. 1.598, com a sua nova redação dada por aquela lei.⁴³

Não obstante, convém expor mais algumas explicações, que inclusive assentam-se na lógica do Direito brasileiro, a qual não é necessariamente a mesma de outras jurisdições das quais provêm as modificações contábeis prestigiadas pelas Leis ns. 11.638 e 11.941 em virtude das repercussões internacionais dos balanços das empresas brasileiras.

Se algo indiscutível pode e deve ser dito quanto a essas praxes contábeis é que, com elas, seguramente não ocorreu qualquer alteração no ordenamento jurídico pertinente a quaisquer atos ou negócios jurídicos, nem na disciplina tributária aplicável aos mesmos.

No nosso sistema legal, presidido pelo princípio da legalidade, somente a lei dá origem ao patrimônio e justifica as modificações no mesmo em decorrência das relações jurídicas das quais o seu titular participe.

Neste sentido, cumpre, antes de qualquer outra afirmação, observar que no Brasil o próprio patrimônio é entidade instituída e regida pelo Direito, entidade esta que, no seu gênero, é denominada “universalidade jurídica”, a teor do art. 91 do Código Civil:

“Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico.”

Portanto, somente relações jurídicas participam do patrimônio, sejam as atributivas de direitos com conteúdo econômico (que na contabilidade e nas demonstrações financeiras, segundo a Lei n. 6.404, figuram no grupo de contas do ativo), ou as atributivas de obrigações com conteúdo econômico (que na contabilidade são agrupadas no passivo).

Consequência disso é que qualquer modificação para mais ou para menos nessa universalidade depende de novas relações jurídicas que a ela se agreguem ou da extinção de relações jurídicas nela existentes e isto somente se dá em conformidade com normas jurídicas.

⁴³ Quando a pessoa jurídica não esteja sujeita às alterações contábeis emanadas das Leis ns. 11.638 e 11.941, sequer há necessidade do FCONT ou de qualquer ajuste, pois sua contabilidade pode ser elaborada nos próprios termos da lei fiscal.

Nem de outro modo pode ser num Estado de Direito, isto é, num mundo regido pela lei, e não pela força, em que a propriedade e tudo o mais somente se obtêm sob a lei do direito, e não pela lei da força bruta.

Transpondo-se tais considerações básicas para o campo da tributação, esta tem por substrato exatamente o conteúdo econômico dos patrimônios e das suas mutações, cujos conteúdos correspondem a índices de capacidade contributiva emanada da concretização do fato gerador de cada tributo incidente sobre tais realidades jurídicas. A este propósito, observe-se que apenas excepcionalmente há tributos que incidem sobre fatos naturais, sem qualquer ocupação com o seu trato legal, como ocorre com o imposto de importação, cuja incidência se dá sobre o simples fato físico do ingresso de mercadoria estrangeira no território nacional.

Essencial, entretanto, mesmo antes da tributação ser cogitada, é a necessária regência das relações interpessoais pelas normas jurídicas, sem as quais, não há patrimônio, nem aquisição de propriedade de bens etc.

Ora, este é o mundo que a contabilidade deve escriturar, ainda que tenha seus critérios de leitura econômica (agora inclusive para satisfazer leitores situados fora do País), critérios, contudo, que somente podem se aplicar a partir da existência de um patrimônio e de qualquer modificação no mesmo.⁴⁴

Destarte, o mundo dos negócios e a respectiva tributação, em cujo mundo e em cuja tributação surgem os ágios e deságios, continuam a girar como antes, sem a interferência das Leis ns. 11.638 e 11.941, e isto também se explica por outras razões.

A primeira razão, talvez a mais essencial, reside em que o objeto das normas das Leis ns. 11.638 e 11.941 resume-se às demonstrações financeiras e aos critérios para o seu levantamento, inclusive aos lançamentos contábeis que tenham que ser feitos no curso do exercício social para propiciar, no seu encerramento, o levantamento dessas demonstrações.

O ordenamento jurídico é um todo formado por normas que não têm uma identidade específica, no sentido de que umas se distinguem das outras para formar ramos específicos. Por isso, muitos afirmam que é meramente didática a separação entre Direito Civil, Direito Societário, Direito do Trabalho, Direito Penal, Direito Tributário e outros.

Entretanto, distinguem-se os seus objetos, e isto é que leva à separação dos ditos ramos. E se distingue o objeto de cada norma mediante a verificação da descrição hipotética do fato que ela rege (isto é, o antecedente da norma, ou sua hipótese de incidência) e da prescrição jurídica que ela atribui a esse fato (isto é, o conseqüente da norma, ou sua prescrição dispositiva).

Assim, por esses dois elementos da norma, mas principalmente por sua parte dispositiva, se sabe qual o seu objeto, e, aí sim, pode-se identificar se este é societário, tributário, penal ou qualquer outro.

⁴⁴ Mesmo após as duas novas leis, o “caput” do art. 176 da Lei n. 6.404 ainda continua a dizer: “Art. 176. Ao fim de cada exercício social, a diretoria fará elaborar, com base na escrituração mercantil da companhia, as seguintes demonstrações financeiras, que deverão exprimir com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício.” (grifei)

Mais ainda, no que diz respeito às normas tributárias, a doutrina costuma dizer que são normas de sobreposição, porque elas se aplicam sobre fatos geralmente já regulados por outras normas, às quais aquelas se sobrepõem no sentido de tomar, como substrato sobre o qual o tributo deve repousar, o fato já regido juridicamente para outro efeito, e assim o considerar na sua hipótese de incidência com objetivo tributário.⁴⁵

Tendo isto em mente, verifica-se sem dificuldade que o objeto das normas contidas na Lei n. 11.638, inclusive com as alterações da Lei n. 11.941, é exclusivamente a contabilidade e as demonstrações financeiras, não se imiscuindo na regulação dos atos ou negócios jurídicos cujos movimentos econômicos sejam contabilizados e muito menos na sua tributação.

Melhor dizendo, é verdade que a Lei n. 6.404 contém regras atinentes às relações jurídicas privadas no âmbito das companhias, mas também contém regras pertinentes exclusivamente às demonstrações financeiras, tendo sido estas as alteradas pelas Leis ns. 11.638 e 11.941.

Tanto é que, quando o art. 176 da Lei n. 6.404 dá início às normas legais pertinentes exatamente às “Demonstrações Financeiras” - título da seção II do seu capítulo XV - deixa denunciado que o seu objeto é apenas a contabilidade das companhias, de modo a exprimir o patrimônio de cada uma e suas mutações (que dependem e derivam do direito).

A própria ementa da Lei n. 11.638 alude à alterações e revogações nas Leis ns. 6.404 e 6.385 e acrescenta que “estende às sociedades de grande porte disposições relativas à elaboração e divulgação de demonstrações financeiras”.

As ementas e os títulos de capítulos e seções das leis não fazem parte do seu corpo normativo. Mas, como o art. 3º, inciso I, da Lei Complementar n. 95, de 26 de dezembro de 1998, determina que a ementa enuncie o objeto da lei e faça indicação do âmbito de aplicação das suas disposições normativas, no mínimo não é absurdo jurídico dar à ementa da Lei n. 11.638 algum valor para a sua interpretação, no sentido de identificar o seu objeto, principalmente porque as normas contidas nessa lei inequivocamente confirmam a sua ementa.

E se alguma dúvida ainda restasse quanto ao caráter de normas exclusivamente sobre contabilidade, bastaria, para afastá-las, ler o art. 3º dessa Lei, segundo o qual “aplicam-se às sociedades de grande porte (...) as disposições da Lei n. 6.404 (...) sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras”.

Portanto, após aquelas duas novas Leis, as relações jurídicas da pessoa titular da contabilidade continuaram sob a regência das normas jurídicas que as previam e continuam prevendo em suas disposições, assim como continua a ocorrer com o tratamento tributário devido a essas relações ou aos seus efeitos.

Isto quer dizer que são as normas jurídicas, e não as regras contábeis, que dirigem as relações econômicas entre pessoas, capazes de criar-lhes direitos e obrigações, inclusive dando existência ao patrimônio da pessoa e produzindo mutações no mesmo.

⁴⁵ O CTN põe este caráter de sobreposição à mostra, nos seus arts. 109, 110, 116, inciso II, e 117.

Em outras palavras, a causa de todo e qualquer ato ou negócio jurídico, assim entendida a sua função prática geradora de efeitos jurídicos, não é afetada pelos lançamentos contábeis feitos pelas pessoas jurídicas que dele estejam participando. Ao contrário, são os assentamentos contábeis que devem adequar-se à realidade jurídica.

Hoje em dia, está claro que a Lei n. 11.638, inclusive com as subseqüentes modificações introduzidas pela Lei n. 11.941, somente tratou de contabilidade e de demonstrações financeiras, não de atos ou negócios jurídicos, nem muito menos de tributos, ainda que incidentes ou relacionados a fatos submetidos à contabilização segundo as regras dessa Lei.

Realmente, é o que se lê no parágrafo 2º do art. 177 da Lei n. 6.404, apesar das duas modificações que sofreu com essas Leis, e, no particular do lucro real tributável pelo IRPJ e da base de cálculo da CSL, os diferentes critérios para a sua apuração, em relação aos critérios da Lei n. 6.404, inclusive com as alterações das Leis ns. 11.638 e 11.941, constam de normas próprias desses tributos, ou seja, do art. 6º do Decreto-lei n. 1.598 (complementado pelo art. 8º), e do art. 2º da Lei n. 7.689, de 15 de dezembro de 1988, dispositivos estes que não sofreram qualquer revogação ou alteração em virtude daquelas novas leis, salvo a possibilidade de apuração das bases de cálculo tributárias fora da contabilidade destinada ao mercado, mas dentro da contabilidade lançada no FCONT.⁴⁶

Em síntese, neste cenário legislativo, ágios e deságios são decorrências de elementos dos atos ou negócios jurídicos, tal como regulados pelos respectivos dispositivos legais ou contratos, dado que se unem umbilicalmente aos preços dos mesmos e aos motivos para a sua realização e pagamento.

E, ainda neste cenário, os critérios do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598, para quantificação e identificação dos fundamentos dos ágios e deságios, e suas implicações para os fins dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532, inequivocamente continuam em pleno vigor, independentemente do que as Leis ns. 11.638 e 11.941 prescrevam para a contabilidade, ou do que prescrevam normas contábeis de órgãos regulatórios.

Mesmo porque, com o RTT instituído pela Lei n. 11.941, verdadeiramente há duas contabilidades antes de se chegar ao lucro tributável demonstrável no Lalur.

V - Derradeiras Considerações sobre os Fundamentos Econômicos dos Ágios e Deságios

Verifica-se ultimamente uma tendência de setores mais fiscalistas procurarem meios para impugnar a dedução fiscal da amortização de ágios lastreados em expectativa de lucros futuros, o que em grande parte se deve a que no passado houve casos de abuso na utilização da norma legal permissiva dessa dedução.

Mas o intérprete da norma pura não deve se deixar arrastar pelos erros ou abusos na prática do direito, os quais devem ser combatidos de acordo com as res-

⁴⁶ Lembrando-se, inclusive, que a revogação deveria ter sido expressa, segundo o que exige o art. 9º da Lei Complementar n. 95, e que qualquer alteração somente pode se dar por uma das modalidades previstas no art. 12 dessa Lei Complementar.

pectivas circunstâncias fáticas e com base nas prescrições legais que lhes sejam adequadas, sem desvirtuamento da norma e da sua correta interpretação.

Outrossim, nesta questão dos ágios ou deságios, o intérprete ou aplicador idôneo da lei deve guardar a lembrança de que os critérios legais a serem considerados são sempre os mesmos para a sua quantificação e justificação econômica, independentemente de resultarem em ágio (teoricamente favorável ao contribuinte e desfavorável ao Fisco) ou em deságio (teoricamente favorável ao Fisco e desfavorável ao contribuinte).

Neste passo, mesmo casos de erro ou abuso podem e devem ser enfrentados segundo as diretivas legais expostas nos capítulos precedentes.

Principalmente, não é necessário buscar argumento em regras que não constam das normas legais, ainda que a pretexto de interpretar as normas nele existentes. Neste sentido, nunca é demais lembrar a advertência perpétua de Carlos Maximiliano, adotada em vários acórdãos do Supremo Tribunal Federal ao lado de apropriada menção a Celso Antonio Bandeira de Mello:⁴⁷

“Atente-se para a advertência de Carlos Maximiliano, isto ao dosar-se a carga construtiva, cuja existência, em toda interpretação, não pode ser negada:

‘Cumprir evitar não só o demasiado apego à letra dos dispositivos, como também o excesso contrário, o de forçar a exegese e deste modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais se apaixonou, de sorte que vislumbra no texto ideias apenas existentes no próprio cérebro, ou no sentir individual, desvaído por ojerizas e pendores, entusiasmos e preconceitos.’ (‘Hermenêutica e Aplicação do Direito - Ed. Globo, Porto Alegre - segunda edição, 1933 - página 118’)

E realmente assim o é. Conforme frisado por Celso Antônio Bandeira de Mello, não cabe, no exercício da arte de interpretar, ‘inserir na regra de direito o próprio juízo - por mais sensato que seja - sobre a finalidade que ‘conviria’ fosse por ela perseguida’ - parecer inédito.” (Os vários grifos foram apostos proposadamente)

Realmente, a busca de argumentos tem levado alguns setores a enxergar no parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598 coisas que nele não estão contidas, nem expressa nem implicitamente, as quais, portanto, não podem ser afirmadas nem mesmo a título de exegese, principalmente porque podem até resultar em consequências inconsistentes com as consequências que devem emanar naturalmente da norma legal.

A interpretação finalística, teleológica, racional, sistemática ou por qualquer critério recomendável, sem viés fiscalista ou ideologia preconcebida, deflui do conteúdo do referido parágrafo 2º, associado o art. 7º da Lei n. 9.532, cuja compreensão foi procurada nos itens anteriores deste estudo, sem pretensão de esgotar o tema nem de ditar verdade, e que, mesmo podendo ter sido insuficiente, procurou ser fiel à lei posta no ordenamento jurídico e coerente com esta e com a realidade do mundo dos negócios por ele regulado.

⁴⁷ Recursos Extraordinários ns. 166.772-9-RS, Pleno, 12 de maio de 1994; 153.777-9-MG, 30 de junho de 1994, 2ª Turma; e 145.758-9-DF, 2ª Turma, 30 de junho de 1994.

Pois bem, uma diretriz não escrita no parágrafo 2º do art. 20 é a que reclama a prevalência de um fundamento sobre outro, ou de uma ordem de prioridade dos fundamentos, o que, na verdade, visa sempre atribuir o último lugar a um determinado fundamento indesejável para o Fisco - o da expectativa de rentabilidade futura -, um lugar com tom de resíduo e sem a mesma igualdade legal (e importância na realidade negocial) dos demais.

Mas não é assim, a começar pelo fato de que a norma legal reconhece três fundamentos de ágio ou deságio, colocando-os em igual patamar, embora dê relevância fiscal, para deduções periódicas de suas amortizações (inclusive, quando for o caso, depreciações ou exaustões), a apenas dois deles. Porém, esta última distinção, ela sim, e somente ela, consta expressamente da lei.

Esses fundamentos, sejam os três que compõem a totalidade, sejam os dois que permitem amortizações, depreciações ou exaustões dedutíveis, não se sobrepõem nem se excluem. Eles existem simultaneamente em igualdade de condições perante a lei, sem que qualquer deles tenha precedência sobre os outros, ou fique na dependência da inaplicabilidade dos demais para poder ser aplicado.

Nem a hipótese das “outras razões econômicas”, a que alude a letra “c” do parágrafo 2º, tem caráter residual, pois a sua previsão destina-se a abranger qualquer outro motivo que não esteja mencionado expressamente no parágrafo, mas que também pode ter-se apresentado isoladamente ou, principalmente, na fundamentação do ágio ou deságio de um determinado negócio.

Assim, a existência ou não de um ou mais fundamentos, e o grau de importância de cada um, quando forem dois ou mais, depende fundamental e exclusivamente das circunstâncias verificadas em cada aquisição.

Realmente, recorde-se que o parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598 determina que “o lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, *dentre os seguintes*, seu fundamento econômico” (destacamos a entrelinhas para ressaltar a absoluta inexistência de prevalência de qualquer dos fundamentos).

É assim mesmo que se apresenta a norma jurídica abstrata, porque é assim mesmo que ocorre na dinâmica da vida real, cuja realidade não é criada por lei.

Não há, pois, na norma do parágrafo 2º do art. 20, uma disposição, como existe em outras normas legais, que diga que a aplicação de cada fundamento se deva dar por qualquer sistema de adoção vinculada, ou pela ordem sucessiva do seu relacionamento nas letras “a”, “b” e “c”, ou qualquer outro.

No contexto do parágrafo 2º do art. 20, muito menos ainda pode o intérprete afirmar que primeiro vem o fundamento da letra “a”, depois um dos da letra “c”, e somente no final, se restar espaço para ele, o da letra “b”.

Para se ter noção da distância entre o que dispõe o parágrafo 2º do art. 20 e a hipótese em que esse tipo de leitura teria procedência, veja-se o quão diferente esse parágrafo é em relação ao art. 163 do CTN (aponto vários grifos para chamar atenção sobre este aspecto):

“Art. 163. Existindo simultaneamente dois ou mais débitos vencidos do mesmo sujeito passivo para com a mesma pessoa jurídica de direito público, relativos ao mesmo ou a diferentes tributos ou provenientes de penalidade pecuniária ou juros de mora, a autoridade administrativa competen-

te para receber o pagamento determinará a respectiva imputação, *obedecidas as seguintes regras, na ordem em que enumeradas:*

I - *em primeiro lugar*, aos débitos por obrigação própria, e *em segundo lugar* aos decorrentes de responsabilidade tributária;

II - *primeiramente*, às contribuições de melhoria, *depois* às taxas e por fim aos impostos;

III - *na ordem crescente* dos prazos de prescrição;

IV - *na ordem decrescente* dos montantes.”

Ou seja, se no parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598 houvesse a mesma técnica legislativa empregada no art. 163 do CTN, não haveria qualquer margem à dúvida. Mesmo assim, a sequência “a”, “c” (no todo ou em parte) e “b”, ao invés de “a”, “b” e “c”, deveria estar exprimida na norma legal.

Não se questiona a possibilidade de as normas serem escritas por mais de uma maneira linguística, isto é, um único mandamento normativo pode ser verbalizado por mais de uma forma de expressão.

Mas as diferenças redacionais entre aquelas duas normas confrontadas põe à calva a profunda distância existente entre os seus mandamentos, bem como evidencia às claras o afastamento da aludida interpretação - a da ordem sequencial “a”, “c” e “b” - em relação à verdadeira norma escrita no parágrafo 2º do art. 20, tal como escrita nesse parágrafo - onde a já destacada entrelinhas “dentre os seguintes” exerce papel fundamental -, e tal como interpretada mediante o emprego dos métodos de exegese cabíveis, “in casu” principalmente o racional que atente para a lógica legal das amortizações.

Curioso que, ao defender a prevalência do fundamento da letra “c” sobre o da letra “b”, quem assim o faz se olvida que a prova do ágio ou deságio, através da “demonstração” a que alude o parágrafo 3º do art. 20, não abrange o fundamento da letra “c”, isto é, a prova do ágio ou deságio passaria a ser outra que não a preconizada pela norma legal específica.

Sim, porque um fundamento de ágio cuja prova não é requerida pela lei passaria a ter que ser provado para ser possível a prova que a lei requer para outro fundamento.

Ao mesmo tempo, essa postura equivocada parece não perceber que, quando a lei quis tratar diferentemente os fundamentos dos ágios ou deságios, ela o fez expressamente na norma de transição contida no art. 26 do Decreto-lei n. 1.598.⁴⁸

Essa regra aplicou-se exclusivamente no primeiro período-base após a introdução do MEP, tendo por escopo resolver o procedimento de passagem do crité-

⁴⁸ “Art. 26. No balanço de abertura do período-base que se iniciar no ano de 1978, o contribuinte que tiver o dever legal de avaliar investimento em coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá proceder, nos termos do artigo 21, à primeira avaliação, e a diferença entre esse valor e o custo de aquisição que estiver registrado na contabilidade terá o seguinte tratamento: I - o valor de patrimônio líquido que exceder do custo de aquisição não será computado na determinação do lucro real desde que creditado à conta de reservas de lucros, como ajuste especial de exercícios anteriores; II - o custo de aquisição que exceder do valor de patrimônio líquido será registrado como ágio: a) nos termos da letra ‘a’ do parágrafo 2º do artigo 20, se tiver fundamento no valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada; b) nos termos da letra ‘c’ do parágrafo 2º do artigo 20, o que exceder o valor de que trata a letra ‘a’.”

rio de avaliação pelo custo de aquisição (o único até então existente) para o de equivalência patrimonial (o novo que passou a ser obrigatório nos casos do art. 20). Para isto, entre outras prescrições, o art. 26 determinou o reconhecimento do ágio, quando fosse o caso, em ordem sucessiva de fundamentos, vindo primeiro o fundamento da letra “a” e depois, pelo excesso constatado, o da letra “c”, não sendo previsto, naquele momento e para aquele fim, o fundamento da letra “b”.⁴⁹

Um outro detalhe que demonstra a excepcionalidade do art. 26, é a determinação de critérios de modo rígido e geral, sem reconhecer um dos reais fundamentos que pudessem ter existido nos casos dos investimentos que deveriam passar para o regime do MEP.

Dispondo assim, a norma de transição de certo modo se aproximou da regra permanente do art. 25, a qual, àquela altura, somente admitia a dedução da amortização dos ágios baseados no valor de mercado dos bens. Porém, além do seu alinhamento com o art. 25 neste aspecto, essa diretriz teve uma razão lógica para ser como foi, pois tratou de investimentos já existentes e mantidos por seu custo histórico desde a sua abertura, cujo custo repentinamente teve que ser comparado com o valor patrimonial contábil naquele momento, que não era mais o valor patrimonial contábil na data da aquisição.

Sendo assim, a lei teve que ditar uma regra específica que possibilitasse a transição, na qual pareceu ao legislador ser necessário abandonar a expectativa de rentabilidade futura como uma das possibilidades para a difícil explicação do ágio a ser constatado pela primeira vez já no meio da vida do investimento, inclusive, entre outras considerações, uma expectativa de rentabilidade desconectada com a que poderia ter sido projetada quando da aquisição.

Daí o tratamento prioritário e privilegiado (em termos de efeitos fiscais) ao ágio relacionado a valor de mercado, ainda assim se este fosse o fundamento (“se tiver fundamento no valor de mercado”).

Seja como for, o art. 26 evidencia como uma norma aplicável apenas em situação de transição diferenciou-se da norma que passou a vigor em caráter permanente para regular as futuras aquisições, em cujos momentos a realidade de cada ágio ou deságio pode ser devidamente demonstrada.

E também se constitui num exemplo de disposição que expressamente determina a aplicação de critérios sucessivamente, um depois do outro, diferentemente do que ocorre com a norma permanente.

Destarte, quando no mesmo diploma legal se encontra o parágrafo 2º do art. 20 não dispondo deste modo - na verdade, dispondo de modo radicalmente diverso, inclusive com a sua alocação “dentre os seguintes” -, obtém-se a confirmação de que, para este, não há sucessividade ou predominância de critérios.

⁴⁹ Sem atribuir importância decisiva ao Parecer Normativo CST n. 17, de 21 de maio de 1980, e sem concordar com outras afirmações do mesmo, deve-se, contudo, observar que ele não admitiu, em casos futuros, a aplicação do art. 26 nas situações em que um investimento, antes avaliado pelo custo por não preencher os requisitos que obrigam ao MEP, passe a esse método no curso da existência do mesmo, e a partir do momento em que esses requisitos passem a existir. A razão para a objeção fiscal à extensão do art. 26 a esta situação resume-se a ter-se tratado de norma transitória vigente apenas na época de implantação do MEP, que não poderia ser aplicada em qualquer outro tempo posterior.

Portanto, não há como relegar a plano residual logo um fundamento para o qual a Lei n. 9.532 atribui relevância na apuração do lucro tributável periódico, e que na realidade dos negócios provavelmente seja o fundamento mais levado em consideração.

Não há, mesmo, espaço para qualquer forma de enumeração qualitativa e sequencial de fundamentos que têm existência na lei como alternativas independentes umas das outras, e que devem ser aplicados de acordo com a realidade de cada caso e a motivação da pessoa adquirente em cada caso.

Fazer eleição de ordem de fundamentos é enxergar, indevidamente, uma ordem estática que supostamente emanaria da lei, ignorando que o fundamento econômico é dinâmico porque corresponde ao motivo da pessoa, e varia de caso para caso.

Isto é, não existe uma pauta legal de fundamentos, preordenada de modo a ser aplicada por igual em todos os casos, não somente porque isto não se encontra minimamente na norma legal, como também porque, como vimos à saciedade nos capítulos precedentes, o fundamento do ágio ou deságio é encontrado nos atos ou negócios de aquisição das participações societárias, tendo a lei apenas disposto quais os critérios que o contribuinte deve demonstrar em seu caso específico, dentre os indicados por ela.

Demonstrados, sim, dentre os citados na lei, pois todo e qualquer motivo real possível ou imaginável, e praticado em todo e qualquer caso, cabe em alguma das três hipóteses do parágrafo 2º do art. 20.

Realmente, a rigor são três as categorias de fundamentos possíveis na lei fiscal, para que um determinado tratamento legal seja aplicado ao ágio ou deságio: (1) valor de mercado dos bens, (2) expectativa de rentabilidade futura e (3) quaisquer outros, quanto aos quais sendo irrelevante, por haver tratamento idêntico entre eles, a menção explícita neste terceiro item a dois deles (uma denominação meramente ilustrativa, eis que sem consequência prática), que são o fundo de comércio e intangíveis, tratados do mesmo modo que o ágio ou deságio por “outras razões econômicas”, onde cabem todos os demais motivos não referidos nominalmente tanto na letra “c” quanto nas outras alíneas.

Assim, o verdadeiro fundamento está fora da lei fiscal, é o que se pratica em cada caso, e ele receberá o tratamento tributário conforme se enquadrar numa das três hipóteses previstas hipoteticamente nessa lei.

Em suma, a lei limita-se a relacionar três hipóteses de fundamentos, com três tratamentos distintos, nas quais cada caso concreto deve e consegue se enquadrar, sem haver na lei o ditado de um regime obrigatório e imutável para fundamentar todos os ágios ou deságios de todos os casos.

Com efeito, o que a lei determina imperativamente é o desdobramento do custo de aquisição, para refletir o valor patrimonial contábil da participação adquirida e o respectivo ágio ou deságio, cujo motivo (fundamento econômico) ela não prescreve mandatoriamente deva ser este ou aquele, ou primeiro este, depois este outro e ao fim mais um outro.

A lei fiscal não faz isto porque a origem do ágio ou deságio, inclusive do respectivo fundamento, decorre do ato ou negócio jurídico efetivamente ocorrido,

cabendo-lhe apenas determinar o tratamento tributário, na linha do que dispõe o art. 109 do CTN.

A lei não faz isto também porque tem a sabedoria de reconhecer que o motivo é de ordem subjetiva e inerente à liberdade das pessoas na condução dos seus negócios. Por isso, a lei sabe que lhe cabe apenas dar tratamento tributário ao fato real.

A lei também sabe e reconhece que o motivo varia sempre de caso para caso, até mesmo podendo haver motivos diferentes entre as pessoas participantes de um mesmo ato.

Com razão, alguém pode pretender vender uma empresa porque não deseja mais continuar a sua exploração, e pode fixar um preço mínimo que lhe seja conveniente, inclusive levando em conta o valor que poderia obter pela venda de cada bem do ativo da empresa, se decidisse desmantelá-la para fazer vendas coisa a coisa, sendo que esta poderia ser outra conduta do vendedor, quiçá mais lucrativa para ele, porém de concretização mais incerta e mais complexa.

Já o comprador, tomando conhecimento da intenção do vendedor quanto a vender a empresa e do preço desejado por ele, pode fazer seus cálculos quanto às possibilidades de recuperação do capital investido na aquisição, recuperação esta a ser obtida através dos resultados que a empresa a ser adquirida pode gerar dentro de um tempo que lhe pareça razoável para o seu investimento, em comparação com outros negócios ou o mesmo negócio se tivesse sido estruturado de outro modo.

Neste quadro, em que o objeto da aquisição é a pessoa jurídica, ou melhor, a empresa, para o adquirente não são importantes os valores de mercado dos vários bens que compõem o ativo da empresa, pois não pretende vendê-los. Pelo contrário, estando por adquirir uma empresa em funcionamento e desejando mantê-la em funcionamento, precisa conservar aqueles bens como meios para a produção dos lucros que se constituem no seu único motivo para comprar o negócio.

Ademais, para o comprador não se trata apenas de adquirir bens produtores de lucros, pois, estando adquirindo o controle da empresa, também vêm com ela os ônus das suas obrigações.

Nestas circunstâncias, o comprador não se interessa por bens isolados, pois visa a universalidade patrimonial, não apenas na sua concepção jurídica de patrimônio (universalidade jurídica), mas também e principalmente no seu aspecto físico e utilitário, tendo ele interesse real na universalidade de fato composta pelos bens materiais ou imateriais que são os objetos das relações jurídicas componentes do patrimônio da pessoa jurídica adquirida.

Aliás, neste aspecto, não se deixe passar despercebido um detalhe importante: a letra “a” do parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598 alude a “*valor de mercado de bens* do ativo da coligada ou controlada”, e não a “*patrimônio líquido avaliado a preço de mercado*”, como consta do parágrafo 4º do art. 4º da Lei n. 6.404, retrotranscrito, ao mencionar os critérios que podem ser adotados para avaliar ações que sejam objeto de oferta pública com vistas ao cancelamento de registro de companhia aberta com ações em Bolsa.

Acontece que, no caso do art. 20, o paradigma de valor de mercado é o de cada bem, por várias consequências que a lei fiscal prescreve, como, por exemplo, as do

art. 24 do mesmo diploma legal.⁵⁰ Também é o que se dá com os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532, perante os quais, quando este for o fundamento econômico do ágio ou deságio, as diferenças entre os valores contábeis e os de mercado devem ser apuradas item a item, para que sejam debitadas ou creditadas ao custo de cada um de *per se*, com vistas às respectivas depreciações ou exaustões (ou mesmo amortizações), ou ainda à apuração de ganho ou perda de capital na baixa de cada um deles.

Também por isto se percebe que não faz qualquer sentido, perante o parágrafo 2º do art. 20 e os arts. 7º e 8º, a afirmação de que em todos os casos o primeiro ágio a ser considerado é o fundado no valor de mercado dos bens, pois inúmeros são os casos concretos em que esse elemento é irrelevante, ou tem menor importância, para o negócio efetivado pelo adquirente.

Assim, nos casos em que o adquirente compra o controle da pessoa jurídica com o intuito de explorar a respectiva empresa, na sua perspectiva - e ágios e deságios são coisas que dizem respeito unicamente ao adquirente -, trata-se de ágio fundado tão-somente na projeção de lucros futuros, sendo tal motivo um motivo exclusivamente seu, do qual o vendedor não participa e em relação ao qual mantém total desinteresse. Até mesmo a motivação do vendedor é diferente, mas não interfere com o negócio, pois o motivo lícito não invalida a sua concretização nem altera a sua função prática.

Outra seria a fundamentação do ágio se o adquirente não tivesse em mente a exploração da empresa a ser adquirida, como um todo, mas, por exemplo, visasse algum bem isolado, integrante do seu ativo.

Suponhamos que o motivo para a aquisição seja a utilização de um imóvel do ativo da pessoa jurídica a ser adquirida, para ser vendido no estado em que se encontra no momento da aquisição, ou para ser objeto de uma incorporação imobiliária com a intenção de venda das suas unidades.

Neste caso, o valor de mercado do imóvel certamente é fator decisivo para a compra, e o ágio terá por fundamento o valor de mercado, ao menos no tocante, e até o limite, em que o preço da aquisição da empresa tiver relação com o referido bem e o seu valor de mercado no estado em que se encontra quando da aquisição.

Já naquela primeira hipótese, em que o adquirente visa a exploração do negócio sem intenção de alienar os bens que o compõem, toda a lógica sistemática aponta para que, se houvesse alguma ordem de prioridade entre os fundamentos referidos na lei, o primeiro lugar deveria ser atribuído à expectativa de rentabilidade, podendo depois vir outras razões acaso existentes, ao invés do ágio fundamental ser colocado em plano residual, posterior às razões que inexistiram na realidade do negócio.

⁵⁰ “Art. 24. A contrapartida do ajuste por aumento do valor do patrimônio líquido do investimento em virtude de reavaliação de bens do ativo da coligada ou controlada, por esta utilizado para constituir reserva de reavaliação, deverá ser compensada pela baixa do ágio na aquisição do investimento com fundamento no valor de mercado dos bens reavaliados (art. 20, parágrafo 2º, *a*). Parágrafo 1º O ajuste do valor de patrimônio líquido correspondente a reavaliação de bens diferentes dos que serviram de fundamento ao ágio, ou a reavaliação por valor superior ao que justificou o ágio, deverá ser computado no lucro real do contribuinte, salvo se este registrar a contrapartida do ajuste como reserva de reavaliação.”

Na mesma lógica, não havendo outra motivação para o ágio além da expectativa de rentabilidade, a totalidade do mesmo deve (não se trata de poder, mas de dever) ser atribuída a este fundamento.

Neste caso, como em qualquer outro, segundo a mesma lógica das regras de amortização contidas no art. 7º da Lei n. 9.532, é plenamente coerente que a amortização do ágio seja processada em função do tempo de expectativa dos resultados, ao passo que os bens da pessoa jurídica adquirida devem continuar a ser depreciados ou exauridos por seu custo histórico, como seriam se não tivesse havido a aquisição da participação societária e a reunião das pessoas jurídicas.

Isto é assim porque, como explicado no capítulo II, os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532 interferem no regime de apuração do lucro tributável das pessoas jurídicas para nele introduzir um elemento originalmente estranho (a amortização do ágio ou deságio), razão pela qual a única alteração nesse regime fiscal deve ser sobre o valor do ágio, de acordo com sua motivação econômica. Assim, quando tal motivação não for o valor de mercado dos bens, a depreciação destes não tem qualquer correlação com aquele elemento estranho, e deve prosseguir como se este não existisse.

Se assim não fosse, a obrigatoriedade de seguir regras herméticas e imutáveis que enfileirassem os fundamentos econômicos do ágio ou deságio redundaria em consequências inconsistentes com as razões que levam os arts. 7º e 8º a admitir ou determinar os efeitos fiscais das amortizações, uma vez que boa parte do ágio poderia ser atribuída a valor de mercado dos bens, passando esta parte a ser depreciada sem qualquer sintonia com a efetiva expectativa de rentabilidade da empresa, que não depende do valor de mercado dos bens, e sem qualquer sintonia com o tratamento que as depreciações deveriam continuar a ter.

Pior ainda, para efeitos de amortização fiscal poderia não haver ágio fundado em expectativa de rentabilidade, sendo o ágio depreciado num período de tempo maior ou menor, porém distinto do tempo de recuperação do capital investido, tempo este que foi considerado negocialmente para justificar o preço.

Antes de encerrar, vale consignar que Luís Eduardo Schoueri, em texto intitulado “Tratamento Tributário do Ágio: Considerações sobre o seu Fundamento”, publicado na *Revista de Direito Tributário* n. 100, p. 167, analisa com proficiência as questões ora abordadas, e segue em linha de pensamento equivalente à exposta aqui.

Mais do que linha meramente equivalente, há plena coincidência quanto a muitos pontos, como quanto ao aspecto subjetivo da motivação do adquirente, a propósito do que ele afirma:

“A diferença nos preços de mercado justifica-se em função do ponto de vista subjetivo do comprador, e não do vendedor. Não interessa, para efeitos legais, a razão pela qual o vendedor concordou com o preço, mas apenas o porquê de o comprador se dispor a pagar tal montante. Afinal, o ágio será contabilizado pelo último, e, portanto, é a característica subjetiva do momento da aquisição que será relevante para a fundamentação do ágio.

Deste modo, conclui-se que os fundamentos do ágio se baseiam nos possíveis motivos determinantes da fixação do preço de compra das participações societárias em outras empresas.”

Há coincidência também quando Schoueri analisa os dois fundamentos que produzem efeitos fiscais sobre as amortizações:

“Portanto, é possível concluir que no fundamento do ágio exposto no inciso I do parágrafo 2º do art. 385 do RIR é considerado o potencial ganho que se possa auferir na realização de um bem. O ‘motivo determinante’ que leva o comprador a pagar o ágio consiste no reconhecimento de que os bens do ativo da coligada ou controlada estão subavaliados.

Já no caso do inciso II, que tem por fundamento a rentabilidade futura da coligada ou controlada, percebe-se que o pressuposto adotado pelo legislador é o auferimento de lucros em momentos sucessivos, sem uma limitação no tempo.

Nessa situação, a empresa investidora paga o ágio porque espera ter um retorno sobre seu investimento. Em outras palavras, estima-se que o investimento continue a render lucros por um determinado período, já que não é razoável estimar que se vá auferir lucros infinitamente.

Nos casos em que o comprador paga o ágio com o fundamento na rentabilidade futura da investida não se cogita de investigar o valor que poderia receber ao alienar um ou outro bem da empresa. Pelo contrário, tal fundamento pressupõe que o investimento não será desfeito, já que o lucro será obtido não com sua realização, mas com a rentabilidade futura da investida.”

E mais:

“No presente caso, os bens do ativo da controlada ou coligada já não mais são considerados a partir de seu valor isolado, como na hipótese do inciso I, mas enquanto partes de um empreendimento, possuindo, portanto, um valor por conta dos resultados que eles proporcionam, inseridos no conjunto (*Teilwert*).”

Ou ainda, sobre a lógica das amortizações dentro da Lei n. 9.532:

“A Lei 9.532/1997 introduziu sistemática segundo a qual após a incorporação entre pessoas jurídicas apenas poderia ser deduzido do lucro real o ágio que fosse considerado realizado. Mas como e quando se dá a realização do ágio?

Essa questão é o cerne do entendimento que este estudo apresenta, e dependerá justamente da fundamentação econômica do ágio pago.

(...)

Não seria razoável que se contabilizasse uma receita sem que a despesa que a originou fosse a esta contraposta; caso contrário se verificariam valores absolutamente fictícios, com resultados negativos no período em que se contabilizasse a despesa e positivos no período em que se escriturasse a receita, quando, em verdade, esses valores contrapostos acarretariam um resultado global neutro.

(...)

Entendeu-se que o momento da dedutibilidade fiscal do ágio deveria estar estritamente vinculado ao momento em que as receitas que acarretaram seu pagamento fossem auferidas, isto é, o momento em que o ágio fosse considerado realizado.

Ora, qual o motivo de se ter pagado um montante superior ao valor de patrimônio líquido de uma pessoa jurídica para adquiri-la?

A expectativa de auferir resultados positivos futuros em decorrência desse ágio pago é a resposta.

Se resultados positivos futuros tiveram sua origem em despesa com ágio ocorrida no passado, nada mais correto que registrar esse ágio em ativo para que apenas seja considerado em conta de resultado quando os referidos resultados positivos futuros forem auferidos. Eis onde o legislador acertou ao editar a regulamentação do ágio ora em vigor.”

Em conclusão, as considerações que ora se encerram mostram que está em cada caso e na motivação para cada aquisição o verdadeiro fundamento do respectivo ágio ou deságio, o qual se calcula pela diferença entre o custo total e o valor patrimonial contábil da participação.

Por isso, pretender que primeiro deva ser atribuído ao custo de aquisição um valor supostamente justo, e ser determinado o ágio ou deságio em relação a ele, ou que ao ágio ou deságio deva ser atribuído primeiramente fundamento em valor de mercado dos bens da empresa, depois nas outras razões econômicas (ou em uma delas, especificamente considerada), e somente depois dizer que há ágio ou deságio relativo à expectativa de rentabilidade, desde que ainda haja espaço para este, tal pretensão na prática corresponde a adotar parcialmente, para efeitos fiscais, critérios que não existem na lei tributária mas podem vir a existir na contabilidade (somente nela), além de ser postura que equivale a fazer uma nova norma legal distinta das normas inscritas no ordenamento jurídico, descritas e comentadas nos capítulos anteriores.

É em face de tudo isto que, mesmo após as Leis ns. 11.638 e 11.941, continua remanescendo a obrigação da pessoa jurídica adquirente efetivar a “demonstração” do ágio ou deságio, contendo o respectivo valor e o respectivo fundamento, ou, quando houver mais de um, os respectivos fundamentos, que sejam reais em cada operação.

Outrossim, como tais fundamentos derivam do ato ou negócio jurídico de aquisição, é necessária a comprovação da sua efetividade, através daquela “demonstração” que a lei erige em meio de prova para a escrituração do ágio ou deságio, sob pena de a fiscalização poder contraditar tais fundamentos com esteio no art. 148 do CTN e no parágrafo 2º do art. 8º do Decreto-lei n. 1.598.