

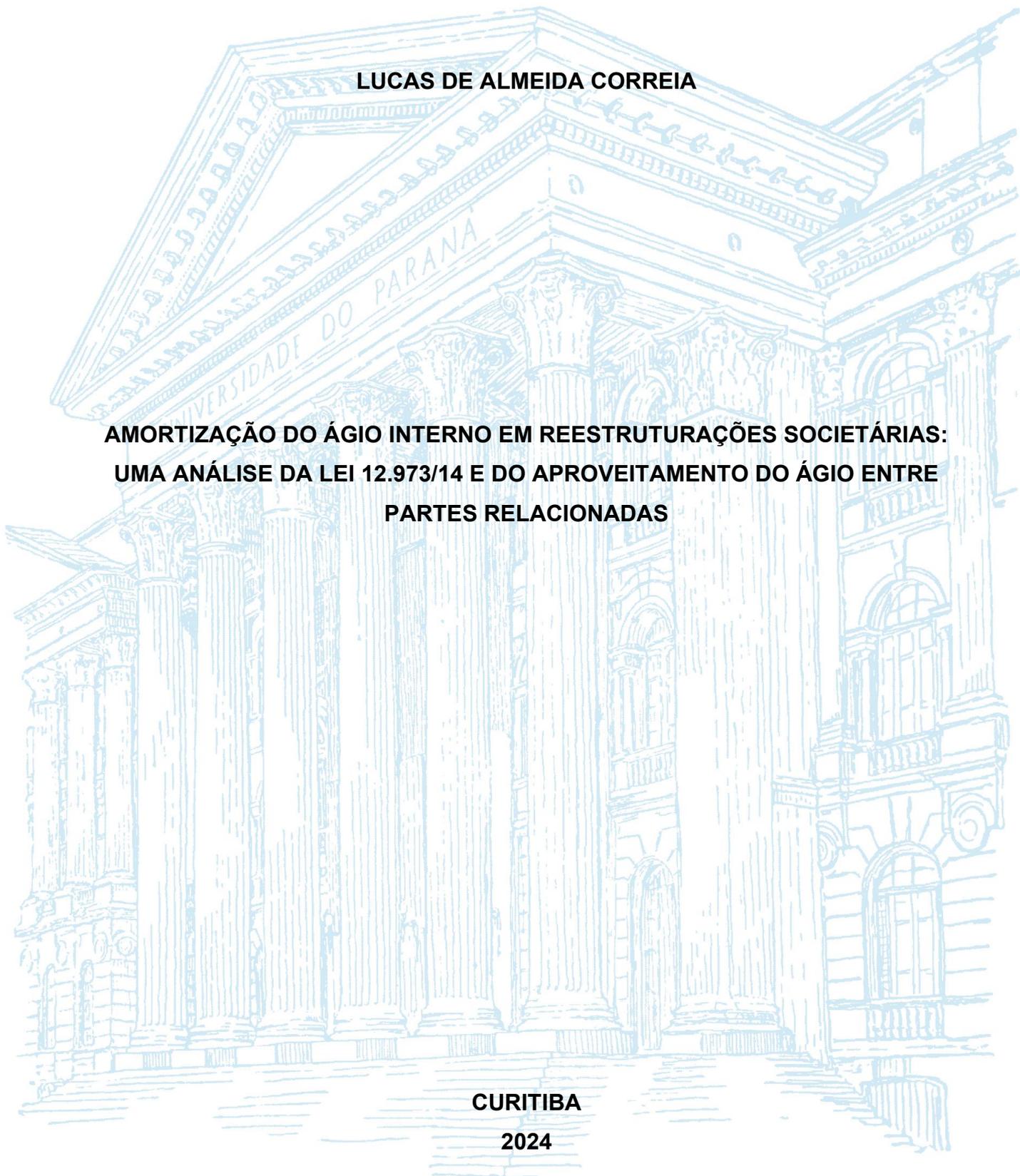
**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

LUCAS DE ALMEIDA CORREIA

**AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO INTERNO EM REESTRUTURAÇÕES SOCIETÁRIAS:
UMA ANÁLISE DA LEI 12.973/14 E DO APROVEITAMENTO DO ÁGIO ENTRE
PARTES RELACIONADAS**

CURITIBA

2024



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

LUCAS DE ALMEIDA CORREIA

**AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO INTERNO EM REESTRUTURAÇÕES SOCIETÁRIAS:
UMA ANÁLISE DA LEI 12.973/14 E DO APROVEITAMENTO DO ÁGIO ENTRE
PARTES RELACIONADAS**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito do Programa de Graduação da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof. Dra. Betina Treiger
Gruppenmacher

**CURITIBA
2024**

TERMO DE APROVAÇÃO

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO INTERNO EM REESTRUTURAÇÕES SOCIETÁRIAS: UMA ANÁLISE DA LEI 12.973/14 E DO APROVEITAMENTO DO ÁGIO ENTRE PARTES RELACIONADAS

LUCAS DE ALMEIDA CORREIA

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

BETINA TREIGER
GRUPENMACHE
R:04978066816

Digitally signed by BETINA
TREIGER
GRUPENMACHER:049780
66816
Date: 2024.12.12 16:24:49
-03'00'

Betina Treiger Grupenmacher
Orientador

Coorientador

Documento assinado digitalmente

 **LAERCIO CRUZ ULIANA JUNIOR**
Data: 12/12/2024 12:02:55-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Laércio Cruz Uliana Junior
1º Membro

ASSINADO DIGITALMENTE
MATHEUS SCHWERTNER ZICCARELLI RODRIGUES
A conformidade com a assinatura pode ser verificada em:
<http://serpro.gov.br/assinador-digital> 

Matheus Schwertner Zicarelli Rodrigues
2º Membro

RESUMO

Palavras-chave: ágio; partes dependentes; exame de proporcionalidade; contabilidade; renda.

O presente artigo aborda o conceito semântico mínimo do que é renda, partindo das primeiras acepções extraídas dos economistas SHS (Schanz-Haig-Simons) e chegando ao princípio da renda líquida. Em sequência, abordam-se aspectos gerais da regra de dedução de custos e despesas do Imposto de Renda, de modo a se demonstrar a necessidade de limitar ao máximo os efeitos da indedutibilidade, sob risco de se tributar a receita ao invés da renda. Assim, é demonstrado a evolução legislativa do aproveitamento fiscal do ágio no ordenamento jurídico brasileiro, como modo de se entender a aproximação entre a ciência contábil e jurídica no instituto. Com isso, após delimitar a diferença entre o ágio artificial e aquele legítimo gerado em operações entre partes dependentes, é colocada a prova a vedação à amortização fiscal do ágio “interno”, trazida no art. 22 da Lei 12.973/2014, por duas razões. Primeiro, pela ausência de compatibilidade com o princípio da renda líquida a vedação de amortizar o custo incorrido em qualquer operação entre partes dependentes. Segundo, pelo não atendimento dos postulados de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito do referido dispositivo, visto que a proibição foi trazida ao Direito brasileiro de forma excessivamente ampla e não representa o mecanismo mais eficiente para resolver as operações artificiais entre companhias do mesmo grupo. De tal modo, a conclusão do presente artigo é no sentido de que houve um equívoco técnico-jurídico por parte do legislador na vedação do aproveitamento fiscal do ágio no art. 22 da Lei 12.973/2014, ao passo que prejudica qualquer operação entre partes dependentes ao invés de prevenir a fiscalização daquelas que, de fato, sejam artificiais e eivadas de simulação.

ABSTRACT

Keywords: goodwill; related parties; proportionality test; accounting; income.

This article addresses the minimal semantic concept of income, starting from the initial definitions provided by the economists SHS (Schanz-Haig-Simons) and progressing to the principle of net income. Subsequently, it discusses the general aspects of the rule regarding the deduction of costs and expenses for income tax purposes, demonstrating the necessity of minimizing the effects of non-deductibility to avoid taxing revenue instead of income. In this context, the legislative evolution of the tax utilization of goodwill in the Brazilian legal system is examined, aiming to understand the convergence between accounting and legal sciences in this context. Following this, after delineating the difference between artificial goodwill and legitimate goodwill generated in transactions between related parties, the prohibition of the fiscal amortization of "internal" goodwill, as set forth in Article 22 of Law No. 12,973/2014, is challenged for two reasons. First, because the prohibition of amortizing the cost incurred in any transaction between related parties is incompatible with the principle of net income. Second, because the measure fails to meet the standards of suitability, necessity, and proportionality in the strict sense, given that the prohibition was introduced into Brazilian law in an excessively broad manner and does not represent the most effective mechanism for addressing artificial transactions between companies within the same group. Thus, the conclusion of this article is that the prohibition of the tax utilization of goodwill in Article 22 of Law No. 12,973/2014 constitutes a technical-legal error by the legislature, as it harms all transactions between related parties rather than focusing on monitoring those that are genuinely artificial and tainted by simulation.

LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

CARF - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

CSLL - Contribuição Social do Lucro Líquido

CTN – Código Tributário Nacional

IR – Imposto de Renda

SHS - Schanz-Haig-Simons

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 CONCEITO DE RENDA.....	3
2.1 CONCEITO ECONÔMICO: TEORIA SHS	3
2.2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE RENDA	5
2.3 CONCEITO TRIBUTÁRIO INFRACONSTITUCIONAL DE RENDA	8
2.4 REGRA GERAL DE DEDUTIBILIDADE	10
3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA LEGISLATIVA SOBRE O ÁGIO	14
4 APROVEITAMENTO DO ÁGIO INTERNO.....	16
4.1 INOBSERVÂNCIA DO QUE É RENDA	18
4.2 EXAME DE PROPORCIONALIDADE ESTRITA, ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE.....	19
5 CONCLUSÃO	20
6 REFERÊNCIAS.....	22

1 INTRODUÇÃO

O Direito Tributário, enquanto campo do conhecimento do Direito, é inerente a inúmeros fenômenos sociais que se manifestam juridicamente. Isto ocorre, basicamente, diante do fato de que, por escolha do legislador, para fins arrecadatórios, há manifestações de riqueza que possuem quota parte destinada aos cofres públicos.

Tal fruto de financiamento da máquina estatal, sobretudo, é uma construção histórica e necessária, a fim de que seja possível o bem-estar social, a própria garantia da propriedade e, acima de tudo, uma estrutura funcional de sociedade. Não obstante, do ponto de vista de legitimação para tanto, é incontestado o fato de que o Estado, enquanto sintetizador das relações sociais, não exerce tal coerção arrecadatória de modo autoritário e sim compulsório.

Logo, do ponto de vista de avanço do debate, não é produtora de contestar a ideia de tributação, já que, desde que a sociedade se organiza como entendemos, este existe. Contudo, embora se reconheça tais pontos, não significa – de forma alguma – que tal tributação é ausente de limitações e de necessidades representativas claras. O próprio princípio da legalidade em matéria tributária, enquanto baliza histórica que o dá origem¹, realça a necessidade de uma receita derivada do contribuinte para o Estado que observe o representante do pagador de impostos por ele lá colocada – sendo essa a figura do legislador.

Já as limitações ao poder de tributar, indo ao encontro do princípio da legalidade em matéria tributária, são fundamentais para que o próprio representante do legislativo, por exemplo, não possua ferramentas para tornar o tributo com efeitos de confisco.

Sob a ótica dessa discussão, parte-se para as ponderações e análises do presente trabalho, no qual se busca, primeiramente, uma análise do conceito de ágio – seja do ponto de vista societário, contábil e tributário – e, mais especificamente, da sua impossibilidade de amortização para o caso de operações societárias entre partes relacionadas.

Para explorar tal tema, de antemão, far-se-á uma digressão da própria ideia do que é renda e, com isso, contemplar, como consequência, as dedutibilidades –

¹ TIPKE, Klaus. **Die Steuerrechtsordnung**, 2. ed. Köln, 2000, p. 473 e ss.

nesse caso amortização – que são passíveis e necessárias para a devida tributação do que é renda. Com tal escopo bem delimitado e, agora, partindo para uma análise histórica legislativa de como o ágio é tratado no ordenamento brasileiro, o trabalho passa por aquilo que é o ponto central do estudo, a Lei nº 12.793/2014.

Nesta, por sua vez, houve a aproximação concreta do Brasil com as normas internacionais de contabilidade, algo que, à primeira vista, poderia não significar muito para o ponto de vista tributário. Entretanto, uma vez que essa é fonte necessária para o funcionamento da fiscalização e, principalmente, do próprio funcionamento da empresa, é evidente que tais alterações levariam a desfechos também tributários.

Sabendo disso, com um olhar crítico para essa intersecção entre o tributário e a contabilidade, que se busca pormenorizar as principais alterações que ocorreram no regime do ágio com a Lei nº 12.793/14. Feitos tais apontamentos gerais, escolhe-se uma operação específica para, do ponto de vista jurídico, problematizar a disposição de vedação da amortização do ágio no art. 22². Trata-se do ágio interno, que é, em síntese, o sobrepreço firmado em uma operação envolvendo partes relacionadas que, em razão de tal condição, não seguem – em teoria – a lógica de mercado.

A nova legislação contábil fiscal brasileira, no que diz respeito ao ágio, tornou a aplicar essa restrição de modo universal, sem ser feita qualquer ressalva ou análise do caso concreto. Por conta disso, através do afastamento do princípio da renda líquida e, por fim, de um exame de adequação, necessidade e

² Art. 22. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com ágio por rentabilidade futura (goodwill) decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes, apurado segundo o disposto no inciso III do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977 , poderá excluir para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subsequentes o saldo do referido ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração. (Vigência)

§ 1º O contribuinte não poderá utilizar o disposto neste artigo, quando:

I - o laudo a que se refere o § 3º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, não for elaborado e tempestivamente protocolado ou registrado;

II - os valores que compõem o saldo do ágio por rentabilidade futura (goodwill) não puderem ser identificados em decorrência da não observância do disposto no § 3º do art. 37 ou no § 1º do art. 39 desta Lei.

§ 2º O laudo de que trata o inciso I do § 1º será desconsiderado na hipótese em que os dados nele constantes apresentem comprovadamente vícios ou incorreções de caráter relevante.

§ 3º A vedação prevista no inciso I do § 1º não se aplica para participações societárias adquiridas até 31 de dezembro de 2013, para os optantes conforme o art. 75, ou até 31 de dezembro de 2014, para os não optantes.

proporcionalidade estrita, que se demonstrará a defeito jurídico decorrente da existência dessa vedação.

Pretende-se, em sede de conclusão, demonstrar o ponto de inexatidão dessa norma para o aproveitamento do ágio interno, tornando possível as empresas, caso se utilizem de tal caminho, amortizar o ágio entre partes dependentes – desde que demonstrem que a formação deste seguiu as lógicas de mercado. Não se pleiteia, de modo algum, afirmar que em todos os casos seria devido o uso fiscal desse ágio, tampouco legitimar planejamentos artificiais e abusivos. Será demonstrado, na verdade, que é dever da fiscalização analisar caso a caso e, em situações que se demonstre o dolo por parte do contribuinte, penalizá-lo tal qual a Lei permite.

2 CONCEITO DE RENDA

De início, é imperioso destacar o que se entende por renda, a fim de, em ato contínuo, elaborar aqueles dispêndios necessários para a persecução da renda e, em vista disso, passíveis de dedução da base de cálculo do próprio Imposto de Renda e da Contribuição Social do Lucro Líquido – CSLL.

2.1 CONCEITO ECONÔMICO: TEORIA SHS

A tarefa de definir o que é renda, sob um olhar histórico, não é simples, tampouco resultou em conclusão incontroversa. A própria ideia de criação de um tributo sobre a renda – olhando para um viés de eficiência – não de justiça – era a de menor interferência possível na economia.

Para alcançar tal efeito, é preciso que você tribute aquele que possui condições de gerar riqueza. Análogo a isso, os economistas do movimento que ficou conhecido como SHS (Schanz-Haig-Simons) entendiam que o melhor imposto seria aquele que fosse capaz de medir o grau de satisfação do indivíduo³. Tal forma de cobrar a exação faria com que se tributasse mais aquele que está possui um bem-

³ SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. **Imposto de Renda e Capacidade Contributiva: a Periodicidade Anual e Mensal no IRPJ**. Revista Direito Tributário Atual, n.47. p. 597. São Paulo: IBDT, 1º semestre 2021. Quadrimestral

estar obtido através da renda, na medida em que a renda seria a exteriorização dessa capacidade de adquirir uma boa condição.

Nessa ideia, o conceito SHS (Schanz-Haig-Simons) busca tributar pela renda os momentos de exteriorizações do bem-estar – de satisfação. Consumir, basicamente, seria um momento de satisfação, sendo este um *proxy* para satisfação⁴.

Além de consumir, outro bem-estar seria a própria possibilidade de poder consumir. Então, consumir ou poder consumir são *proxys* de bem-estar. Renda, portanto, de um ponto de vista econômico, é tudo aquilo que eu consumo mais aquilo que eu não gasto e, por consequência, aumento o meu patrimônio⁵. Aqui, tem-se uma ideia de renda é aquilo que o indivíduo gasta, não aquilo que ele ganha.

O principal avanço dessa teoria, desse modo, reside na superação de um conceito de renda somente pautado na satisfação do indivíduo ou na utilidade que este gerava quando do consumo de bens e serviços⁶⁻⁷. Essa perspectiva da renda do ponto de vista da psique do indivíduo – *psychic income* –, todavia, era acompanhada de grande dificuldade teórica, já que aquilo que gera bem-estar para o indivíduo é dotado de caráter subjetivo e de complexa mensuração⁸.

Ademais, o conceito tributário de renda – como se verá adiante mais detidamente – é igual a renda bruta menos as despesas necessárias para a realização desta. Fazendo uma intersecção com a teoria SHS, não há diferença em dizer que renda é tudo que se consume somado aquilo que é poupado (acréscimo patrimonial), e dizer que renda é aquilo que se ganha menos os gastos necessários,

⁴ Idem, p. 597.

⁵ SCHANZ, George van. **Der Einkommensbegriff und die Einkommensteuergesetz**. In: Finanz-Archiv n. 1. Tübingen: Mohr Siebeck, 1896, p. 1-87.

⁶ Ressalta-se - apesar de não se aprofundar nesse trabalho, por conta do próprio tema deste - a renda imputada como parte da teoria SHS, sendo tal conceito uma inclusão das oscilações de determinados bens – tanto positivas como negativas – para a concepção do que é renda, porquanto integram o resultado líquido patrimonial. A adesão completa de tal corrente possibilitaria um auferimento da renda antes da realização do próprio ativo, por exemplo. (SIMONS, Henry C. *Personal income taxation: the definition of income as a problem of fiscal policy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1955, p. 49-50)

⁷ Ainda na ideia de renda imputada, há aqueles que a defendam como uma busca pela promoção de equidade entre indivíduos, visto que aquele que possui um determinado bem tem vantagem em relação ao que necessita gastar com consumo para ter o acréscimo líquido que o detentor já auferiu. (ROXAN, Ian. **Imputed income (including deductible costs)**. In: ESSERS, Peter; e RIJKERS, Arie (org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 249.)

⁸ HOLMES, Kevin. **The concept of income: A multi-disciplinary analysis**. The Netherlands: IBFD, 2000, p. 6.

já que o resultado do segundo exemplo é exatamente o montante que o indivíduo possui para chegar na soma do primeiro exemplo trazido⁹.

Tal discussão é essencial para entender a ideia de renda tributável tal qual existe hoje, na qual um gasto necessário para a persecução da renda – contemplado na renda bruta – não é passível de composição da renda final alvo de tributação. No fim, a discussão é se esse gasto caracteriza consumo, ou, na verdade, se gasto é essencial para a obtenção daquela minha renda.

2.2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE RENDA

Delimitada a base histórica para a formação do conceito histórico de renda de um ponto de vista econômico, busca-se entender como o Direito Tributário brasileiro a definiu.

De início, temos a discussão se a Constituição, em seu art. 153, inciso III, § 2¹⁰, definiu o que é renda, trazendo um conceito suficiente desta, ou, por outro lado, incumbiu totalmente essa tarefa ao legislador complementar. O conflito entre essas correntes, entretanto, parece resolvido, de modo que, na seara do Imposto de Renda, a Constituição trouxe um conteúdo mínimo semântico do que é renda e, somado a isso, de fato, gerou a tarefa de o legislador complementar a definir.¹¹ Isto ocorre, pois exclusivamente pelo texto constitucional não é possível compreender qual a teoria de renda adotada – seja renda produto, renda acréscimo ou, embora já rechaçada, renda como definição legal. Tampouco, ainda, temos a ideia de quando há a consumação dessa renda.

No que diz respeito a presença, ao lado de renda, de proventos de qualquer natureza no inciso III do art. 153, cabe remeter ao contexto histórico à época, em que existia a discussão acerca da tributação dos proventos de servidores públicos, principalmente de aposentadoria, posto que os consideravam como proventos.¹²

⁹ HOLMES, Kevin. **The concept of income: a multi-disciplinary analysis**. Amsterdã: IBFD, 2001, p. 35-36.

¹⁰ Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: (...) III - renda e proventos de qualquer natureza; (...) § 2º O imposto previsto no inciso III: I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei; (...)

¹¹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do imposto de renda**. São Paulo: IBDT, 2020, p. 203-206.

¹² MARIZ, Op. Cit., p. 207.

Neste interim, apesar de o CTN ter disciplinado o tema de modo relevante para o sistema – como se verá adiante – faz-se essa ressalva da origem do termo.

Em que pese a ausência de esgotamento do conceito de renda pelo texto da Constituição, não se nega que, por uma própria questão hierárquica normativa, seja necessária a observância dos princípios ali estatuídos – generalidade, universalidade e progressividade –, já que a inobservância de um princípio é mais inoportuna juridicamente do que de uma norma, porquanto ferir aquele seria atentar contra o sistema jurídico como um todo¹³.

Ademais, a aplicabilidade de tais princípios não é facultativa, uma vez que a presença do vocábulo “será” corrobora tal tese. Ao encontro da análise feita, rebate-se o possível argumento de que a condição de “na forma da lei” seria o bastante para dar o caráter programático aos princípios do Imposto de Renda¹⁴. A própria natureza destes explica a escolha da última oração do inciso referido, pois, como ocorre na maioria dos princípios, é inerente a estes a ideia de pouca concreção. Fato este que faz a Lei ser a catalizadora dessa ausência de concretude.

Posto essa ideia, para que se observe o conceito de renda trazido pelo legislador complementar no CTN¹⁵, detidamente no art. 43 deste, demanda-se o comento dos três princípios citados para chegar nesse conteúdo semântico mínimo do que é renda.

a) Generalidade

A generalidade, em sua medida, é a tributação da renda, como a própria palavra indica, pelo gênero, e não pela espécie do rendimento. Essa característica, por exemplo, afasta a possibilidade de concluir o Imposto de Renda como seletivo, já que todos os tipos de renda devem possuir a mesma forma de tributação¹⁶.

Nesse sentido, há em tal princípio uma formulação positiva do princípio da igualdade em matéria tributária, que é previsto de forma geral no Art. 5 da Constituição, porquanto todos que auferirem renda estejam submetidos a tributação do

¹³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos do Direito Administrativo**. 1. Ed. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 230.

¹⁴ Mariz, Op. Cit., p. 301-309.

¹⁵ COSTA, Alcides Jorge. **Normas gerais de direito tributário: visão dicotômica ou tricotômica**. In: BARRETO, Aires Fernandino (coord.). **Direito tributário contemporâneo: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 11-26.

¹⁶ Mariz, Op. Cit., p. 321.

Imposto de Renda¹⁷. Em outras palavras, para a cobrança do Imposto de Renda não comporta uma discriminação em razão de critérios como classe, raça, religião, nacionalidade ou sexo¹⁸.

b) Universalidade

É o princípio que mais se afeiçoa ao Imposto de Renda, já que a renda é acréscimo patrimonial do contribuinte, excetuadas todas as despesas para produzir essa renda. A universalidade, em outras palavras, pode ser entendida como o princípio da renda líquida, isto é, todas as receitas menos as despesas necessárias para obtê-las. Caso não fosse observada a universalidade, teríamos um tributo incidindo sobre a receita, porquanto se tributaria a renda bruta¹⁹.

Não obstante, ao impedir a tributação isolada de cada renda que resulte em acréscimo ao patrimônio, por consequência lógica, é preciso que se estabeleça qual o período de apuração de tal aumento. Desse modo, o princípio leva ao que temos como estabelecimento do momento temporal de apuração do Imposto de Renda²⁰.

c) Progressividade

A progressividade é a majoração de alíquotas com base no maior valor da base de cálculo alvo de tributação, servindo como indicado da capacidade econômica daquele que é tributado²¹. Com isso, em detrimento do que temos em um sistema regressivo, almeja-se uma justiça fiscal mínima, em que aquele que possui mais condições econômicas e, concomitantemente, capacidade contributiva, venha a contribuir mais do que aquele que é posto à margem da sociedade²².

Nesse sentido, a progressividade no Imposto de Renda atua de maneira que ônus da tributação recaia proporcionalmente em maior escala nos contribuintes que

¹⁷ XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil: tributação das operações internacionais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 381.

¹⁸ HUGON, Paul. **O imposto: Teoria moderna e principais sistemas: o sistema tributário brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Financeiras, 1951, p. 65.

¹⁹ POLIZELLI, Víctor Borges. **O princípio da realização da renda: reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ**. Série Doutrina Tributária. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2012, v. VII, p. 154.

²⁰ AMADIO, Daniele Souto Rodrigues. **O imposto sobre a renda e o tempo: aspectos temporais da instituição à incidência**; orientador Paulo de Barros Carvalho. Tese (Doutorado – Programa de Pós-graduação em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017, p.106.

²¹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 362.

²² Mariz, Op. Cit., p. 329-330.

estejam economicamente mais aptos a arcar com ela. Este fenômeno, por sua vez, é denominado pela doutrina como equidade vertical, tratando-se de uma melhor distribuição da carga tributária com base nas diferentes capacidades econômicas²³.

2.3 CONCEITO TRIBUTÁRIO INFRACONSTITUCIONAL DE RENDA

Tendo sido concedido à Lei Complementar o papel de esgotar o conceito de renda, respeitando o limite mínimo semântico trazido pelo texto constitucional e os critérios já aduzidos, parte-se para o art. 43, incisos I e II²⁴, do CTN, no qual podemos encontrar tal tarefa por cumprida.

Ao esmiuçar o conteúdo de tal artigo, vislumbra-se que o legislador optou por uma junção das teorias renda produto e renda acréscimo, na medida em que, concomitantemente, rejeitou a ultrapassada teoria legalista do que é renda. Adentrando minuciosamente em cada um destes conceitos, temos na renda produto, representada no inciso I, que a renda seria, justamente, um produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos.

Sendo assim, para que algo fosse considerado renda, seria necessário que se derivasse de algum desses, não sendo o mero acréscimo patrimonial fato jurídico tributário necessário para a tributação²⁵. Como forma de ilustrar a teoria, faz-se a alegoria de uma árvore e seus frutos, em que a árvore, sem que pereça, representa o capital, o trabalho ou o esforço de ambos, enquanto os frutos periódicos que caem dessa árvore permanente são a renda dela advinda. A grande crítica e falha dessa teoria, todavia, é a ausência de explicação dos *windfall gains*, os quais

²³ CONTI, José Maurício. **Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 74.

²⁴ Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.

²⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. **O Mito do Lucro Real na Passagem da Disponibilidade Jurídica para a Disponibilidade Econômica**. In: QUIROGA MOSQUERA, Roberto; LOPES, Alexsandro (Coord.) *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. Vol. 1. São Paulo: Dialética, 2010, p. 247.

representam ganhos eventuais não periódicos, não sendo fruto de qualquer capital – é o exemplo dos proventos de loteria, sorteio ou até do ganho de capital.

Em coexistência a essa teoria, o Brasil também adota a teoria renda acréscimo, em razão do inciso II seguinte, em que, referindo a proventos de qualquer natureza, elencou como tributáveis os acréscimos patrimoniais não trazidos no inciso anterior. Nesta segunda passagem, a teoria da renda acréscimo é abarcada, na qual temos como renda aquelas variações positivas que representem acréscimo ao patrimônio do contribuinte em determinado lapso temporal analisado. Assim, para que se tenha renda, com base na teoria renda acréscimo, seria inevitável a existência de uma distância temporal, isto é, um período X inicial seguido de um período Y em que o montante auferido é fosse superior àquele.

No Brasil, por opção do legislador, adotou-se a tributação pelo Imposto de Renda em ambos os cenários, fato que explica a presença dos dois incisos. Por fim, comenta-se a discussão doutrinária acerca da possibilidade de tributação da renda sem acréscimo patrimonial, em que parte da doutrina, representada pelo professor Luís Eduardo Schoeuri, entende que, com uma junção de ambos os incisos, é possível explicar a tributação pelo IR quando ocorrida de forma instantânea, isto é, sem um lapso temporal que resulte na teoria da “renda acréscimo”, como no caso de rendimentos pagos a não residentes²⁶. No que diz respeito aos pontos incontroversos, segue-se compreendendo a renda como um acréscimo patrimonial, seja como produto ou como o saldo positivo da análise de determinado período.

Ademais, superados os incisos, temos no caput, ainda do art. 43, a lembrança de uma das condições para que haja a tributação pelo Imposto de Renda, que não é somente a existência da renda, e sim a disponibilidade, seja econômica ou jurídica, desta renda. Aqui temos o que realização da renda, em que o indivíduo possui de fato acesso aquela renda para fins do próprio pagamento do tributo.

Diante disso, incorre-se naquilo que será o grande alvo de discussão deste trabalho, que é a correlação entre dedutibilidade de despesas necessárias para a persecução da renda e o princípio da renda líquida.

²⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. **O conceito de renda e o artigo 43 do Código Tributário Nacional: entre a disponibilidade econômica e a disponibilidade jurídica**. In: André Elali et al. (Org.). *Direito corporativo: temas atuais – 10 anos André Elali Advogados*. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 349.

Pois, a partir do momento que se fala em disponibilidade da renda, fala-se também em abatimento dos gastos que o contribuinte optou por fazer para auferir aquela renda. Temos, nesse viés, o que chamamos de renda líquida, que é uma verdadeira limitação à liberdade do legislador na criação de regras de indedutibilidade²⁷. Caso não fosse essa a aplicação da regra, ocorreria uma tributação, na verdade, sobre a receita, uma vez que se estaria tributando a renda bruta. Em *ultima ratio*, a operação de aquisição de participação societária é considerada ganho de capital, o que facilita a abordagem do presente estudo – embora não se negue a relevância doutrinária e prática dessa discussão do conceito tributário de renda.

De tal modo, a grande discussão deve ser, de fato, se as despesas conferidas em operação de ágio interno são ou não necessárias para a realização da renda. Para entender mais essa questão e atrelá-la ao tema do estudo, passa-se a uma análise da regra geral de dedutibilidade do Imposto de Renda de Pessoas Jurídicas.

2.4 REGRA GERAL DE DEDUTIBILIDADE

No foco do presente trabalho, volta-se a análise para a dedutibilidade da tributação pela renda das pessoas jurídicas. Sob tal ótica, é fundamental a separação de como é apurado o lucro pelas sociedades.

Com apoio das regras contábeis, há a realização da Demonstração do Resultado Exercício – DRE, na qual a entidade, utilizando-se do conceito adotado pelas ciências contábeis, contabiliza suas receitas e despesas para, assim, apurar o lucro líquido do exercício específico. Em concatenação à atividade exercida pela administração fiscal, utiliza-se essa rubrica encontrada para, através das adições e exclusões determinadas por Lei, chegar-se no Lucro Real.

Em tal ponto, cabem algumas observações. Primeiro, a ideia da separação das despesas ocorridas na contabilidade, a qual é realizada para uma maior eficiência informacional. Para tanto, há uma separação clara na DRE, a qual segue, conforme o Comitê de Pronunciamentos Contábeis 26 (R1), a seguinte lógica:

²⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. **Dedutibilidade de despesas com atividades ilícitas**. In: ADAMY, Pedro Augustin; FERREIRA NETO, Arthur M. (Coord.). Tributação do ilícito. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 151.

DEMONSTRAÇÃO DO RESULTADO DO EXERCÍCIO

RECEITA LÍQUIDA
(-) Custo dos Produtos Vendidos ou Serviços Prestados
= RESULTADO BRUTO
(-) DESPESAS OPERACIONAIS
(-) Despesas de Vendas
(-) Despesas Administrativas
(+) Receitas Financeiras
(-) Despesas Financeiras
(+/-) Outras Receitas e Despesas Operacionais
= RESULTADO OPERACIONAL
(-) Provisão para IR e Contribuição Social
= RESULTADO LÍQUIDO ANTES DAS PARTICIPAÇÕES E CONTRIBUIÇÕES
(-) Participações
(-) Contribuições
= LUCRO LÍQUIDO DO EXERCÍCIO
(-) Juros sobre o Capital Próprio
= LUCRO LÍQUIDO POR AÇÃO

28

Desse modo, observa-se que para se chegar no lucro líquido do exercício, ou lucro contábil, é preciso que sejam deduzidas as despesas incorridas durante o exercício. Contudo, aqui adentrando no segundo ponto que é alvo da presente ressalva, há uma necessidade de se respeitar a legislação tributária para obter o Lucro Real.

Basicamente, a legislação prevê as adições e exclusões, que são uma forma do legislador apontar aqueles gastos que são desincentivados a empresa contrair, pois serão adicionados ao Lucro Real, isto é, não irão deduzir a base de cálculo do Imposto de Renda. Enquanto há aquelas receitas que não são computadas pelo Lucro Real, que são as previstas na legislação como hipóteses de exclusão. Para tais entradas da sociedade, haverá uma ausência de efeito direto no alargamento da base tributável do IR causando uma menor onerosidade fiscal. É por conta de tais manipulações no Lucro Contábil realizadas pelo legislador, por sua vez, que a

²⁸ Tabela retirada de MARTINS, Eliseu; MIRANDA, Gilberto J.; DINIZ, Josedilton A. **Análise Didática das Demonstrações Contábeis**. 4 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2024. E-book. p.34. ISBN 9786559776405. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559776405/>. Acesso em: 27 out. 2024.

doutrina tributária aponta o fato de o Lucro Real não ser ‘tão real’ quanto o nome pressupõe²⁹.

Além da régua das adições e exclusões, destaca-se o terceiro e principal do ponto do presente tópico, que são as despesas tidas como indedutíveis, seja por conta de previsão direta no ordenamento ou à luz da regra geral de dedutibilidade do Imposto de Renda em si. No que diz respeito à regra geral, temos a previsão desta no art. 311 do RIR/2018³⁰, que foi trazida ao sistema no art. 47 da Lei n° 4.506/1964.

Conforme tais dispositivos, para uma despesa ser dedutível é imprescindível esta seja necessária a atividade da empresa e útil a manutenção da fonte produtora das receitas. Noutras palavras, aquelas despesas que não são normais e usuais para a atividade da empresa serão indedutíveis e, logo, adicionadas na apuração do lucro real ante a ausência de necessidade para a atividade e manutenção da fonte produtora de receitas da empresa³¹. De todo modo, conforme dito, há aquelas despesas que não são passíveis de dedução por mera previsão legal, independente da regra geral ora analisada. É o caso, por exemplo, do rol de adições previsto no Anexo I da IN n. 1.700/2017.

Não obstante, a dedutibilidade de custos e despesas é corolário lógico do princípio da renda líquida já ressaltado, ao passo que aqueles dispêndios necessários à produção da renda não a compõem³². Tal princípio, de tal modo, figura como “freios e contrapesos” ao legislador quando da introdução de normas jurídicas ao ordenamento que visem impedir a dedução para o Imposto de Renda. Com isso, é determinante destacar que a dedutibilidade das despesas não se trata

²⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. **O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica**. Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos). Coord. Roberto Quiroga Mosquera e Alexsandro Broedel Lopes. São Paulo: Dialética, 2010, p. 259.

³⁰ Art. 311. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da fonte produtora.

§1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, independentemente da designação que tiverem.

³¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Manual da tributação direta da renda**. 2. ed. – São Paulo, SP: IBDT, 2021, p.78.

³² SANTOS, Ramon Tomazela. **Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 16.

de um benefício fiscal, e sim de gastos e custos necessários para se chegar ao acréscimo patrimonial³³.

Em linha com esses pontos, temos a situação do ágio, que, por ser um bem intangível, é amortizado na contabilidade da empresa. Nesse viés, a amortização é, para fins de efeito prático, a dedução do custo de aquisição daquela participação societária que gerou um ágio para a empresa sobre o lucro contábil do período.

Reiterando a premissa que norteia a dedutibilidade das despesas, tal como o conceito de renda já delineado no capítulo anterior, é imperioso que se tribute pelo Imposto de Renda aquilo que renda de fato é. Em outras palavras, aqueles gastos que foram efetuados a fim de possibilitar a geração de novas rendas, independente de seu sucesso, devem reduzir os proventos obtidos pela empresa, sob risco de, na verdade, tratar-se de uma tributação sobre a receita³⁴.

No caso do ágio, conceito que será explorado com detalhes adiante, decorre-se em um custo para a empresa que não é obtido ao acaso. Através de um detalhado *Purchase Price Agreement*, que segue os critérios contábeis e especializados necessários, é firmado uma avaliação de sobrepreço em face daquilo que está registrado nos ativos e passivos da sociedade, pois, ainda que exista uma o ajuste a valor justo para buscar refletir a realidade daqueles bens e direitos da empresa, intangíveis como marcas e clientela, a título de exemplo, são de precificação imprecisa por qualquer especialista³⁵. Nesse esteio, uma vez compreendido como um custo, há um desfazimento de ativos da sociedade pré-existentes, ou a constituição de novos passivos, com intuito de que seja feito novo investimento, sendo que tal operação deve atingir a renda tributável, ao passo que o custo – aqui o ágio – foi necessário para a produção do acréscimo sentido pela sociedade³⁶.

Assim, em linhas gerais, adota-se como ponto de partida ao presente trabalho a acepção do que a renda tributável é a renda líquida, possuindo como necessidade lógica a dedutibilidade dos custos e despesas descrita em tal capítulo para sua concretização. Análogo a isso, serão demonstradas as razões pelas quais o ágio

³³ MARIZ, Op. Cit., p, 856.

³⁴ MARIZ, Op. Cit., p, 857-858.

³⁵ GRECO, Marco Aurélio. **Sobre o futuro da tributação: a figura dos intangíveis**. Revista Direito Tributário Atual: RDTA, São Paulo, n. 20, p. 175, 2006.

³⁶ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do Imposto de Renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 671 e 682

interno pode em determinadas situações figurar como um custo/despesa dedutível por parte da sociedade. Demonstrando ainda, em face disso, a incompatibilidade da acepção do que é renda e a desproporcionalidade trazida ao ordenamento que há no art. 22 da Lei nº 12.973/2014, responsável pela previsão abrangente e indistinta de indedutibilidade de qualquer ágio gerado em operações entre partes relacionadas.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA LEGISLATIVA SOBRE O ÁGIO

Compreendida a regra geral de dedutibilidade de despesas para o IR, que é intimamente ligada ao conceito do que é renda para o direito tributário, cabe delinear o contexto histórico que envolve a amortização do ágio na legislação brasileira. É relevante tal digressão no contexto legislativo brasileiro sobre a matéria antes de entrar fundo no que de fato é o alvo do presente trabalho, que é a dedutibilidade do ágio entre partes relacionadas.

Primeiramente, as alterações na legislação fiscal envolvendo o aproveitamento do ágio no Brasil são diretamente relacionadas aos desdobramentos do Plano Nacional de Desestatização – PND³⁷ e, posteriormente, através da Lei nº 11.836/2007, com a adaptação do Brasil a IFRS, que estabelece o padrão das regras internacionais de contabilidade. Além disso, os comandos legais de ambas as legislações supracitadas possuem muitas premissas diversas, desde a mensuração do ágio até a previsão direta da restrição de aproveitamento deste entre partes relacionadas.

Essa diferença pode ser determinante quando da análise dos casos envolvendo ágio entre partes dependentes, uma vez que a ausência de comando proibitivo na legislação anterior à Lei nº 12.793/2014, aliado a ausência de

³⁷ “É preciso destacar que a autorização legal de amortização fiscal do ágio surgiu no contexto do Plano Nacional de Desestatização (PND), levado a efeito pelo Governo Federal à época. Tinha-se o objetivo claro de atrair investimentos, primordialmente externos, que deveriam recair sobre empresas estatais brasileiras, como foi o caso das empresas de telefonia. Contudo, é preciso apontar que a lei não ficou restrita a investimentos em estatais, ou seja, aqueles que seriam realizados no âmbito do PND, mas sim a toda e qualquer aquisição, nos termos da referida lei.” In. LOBATO, Valter de Souza. PASCALI, Anita Carmela Militão de. **O novo regime jurídico do ágio na Lei 12.973/2014**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, v. 28, p. 67, 2014. ISSN 1415-0778

simulação no caso concreto, já levou a 1ª Turma da Câmara do CARF a decidir pela legalidade da amortização do ágio entre partes dependentes no “caso Angeloni”³⁸.

Muito embora o foco do trabalho seja demonstrar, através de uma leitura ampliada e conjunta do ordenamento brasileiro, que não é juridicamente adequada a vedação ao aproveitamento fiscal do “ágio interno”, não seria prudente e coesa essa conclusão sem antes ponderar as principais alterações do tratamento tributário e contábil do instituto do ágio como um todo.

Nesse cenário, a primeira legislação que cabe destrinchar é o Decreto-Lei nº 1.598/1977, a qual, em seu art. 20, trouxe a primeira definição de ágio no Direito brasileiro:

Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento 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.

Em tal dispositivo, observa-se que se definia o ágio como a diferença entre o patrimônio líquido da sociedade adquirida no momento da aquisição desta e o custo da operação societária. Nesse diapasão, havia uma incongruência para com o conceito contábil – que será visto adiante, ao passo que a negociação dos ativos da empresa não representa o patrimônio líquido³⁹.

Ainda sob a égide do Decreto-Lei nº 1.598/1977, neste havia, também em seu art. 20, porém no § 2º, como hipóteses de fundamento econômico do ágio ou deságio: i) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; ii) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; iii) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

No tocante ao tratamento tributário conferido ao ágio, com o advento dos art. 7 e 8 da Lei nº 9.532/1997, nas operações societárias de fusão, incorporação e cisão do investimento em sociedade coligada ou controlada avaliado pelo MEP,

³⁸ BRASIL. Ministérios da Economia. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). **Processo nº 11516.721632/2012-69**. Data da Sessão 08/11/2022. Relatora Edeli Pereira Bessa. Acórdão nº 9101-006.358.

³⁹ MOREIRA, André Mendes; GAIA, Patrícia Dantas; e CAMPOS, Eduardo Lopes de Almeida. **O tratamento fiscal do ágio e a problemática do ágio “interno” antes e após a vigência da Lei nº 12.973/2014**. In ROCHA, Valdir de Oliveira (Dir.) Revista Dialética de Direito Tributário nº 228. São Paulo: Dialética, 2014, p. 8.

passou-se a permitir a amortização do ágio somente à razão limite de 1/60 avos mensalmente.

A primeira alteração no Decreto-Lei n° 1.598/1977 no que tange ao aproveitamento do ágio, portanto, foi menos vantajosa às sociedades, ao passo que passou a não permitir mais o aproveitamento imediato do ágio avaliado com base em rentabilidade futura⁴⁰. Todavia, esta vantagem só se verifica caso a avaliação do investimento fosse feita a valor de mercado, sendo uma vantagem da Lei n° 9.532/1997 a possibilidade de amortização do ágio no caso de utilização do valor patrimonial⁴¹.

Isto fica claro, quando se aponta que o referido Decreto-Lei, em seu art. 34 e incisos ss., previa que a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir seria computado na determinação do Lucro Real:

- i) como perda de capital, caso tal diferença seja avaliada a “preços de mercado”, sendo possível a escolha pelo prazo de amortização como ativo diferido de 10 anos;
- ii) como ganho de capital, caso o acervo líquido recebido exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, com a possibilidade de diferir tal tributação nos bens do ativo permanente até sua efetiva realização, observadas as exigências do § 1º.

Adiante, em face da padronização brasileira a contabilidade internacional padrão IFRS detalhada no início do presente tópico, a Lei n° 12.973/2014, fruto de conversão da Medida Provisória n.º 627/2013, alterou significativamente a estrutura do ágio no contexto brasileiro. Entre elas, destaca-se a alteração que é o foco do presente trabalho, sendo ela a vedação do aproveitamento do ágio entre partes dependentes, ponto trazido no art. 22 da referida Lei.

4 APROVEITAMENTO DO ÁGIO INTERNO

Para a devida análise jurídica do instituto proibitivo mencionado, primeiro há que se definir o que seria o ágio entre partes relacionadas. Conhecido como ágio interno, trata-se, basicamente, do sobrepreço praticado em um negócio entre partes

⁴⁰ SANTOS, Ramon Tomazela. **Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 27.

⁴¹ Idem. p. 27.

que são consideradas dependentes, isto é, partes que praticam o negócio com algum vínculo entre si que, porventura, poderia macular o caráter negocial da operação e desencadear em uma simulação com fins puramente de economia tributária.

Aprofundando mais o conceito, é possível diferenciar o ágio interno em duas operações distintas, sendo uma delas aquele originado de forma artificial com a integralização de capital em valor a maior do que o contábil, gerando um ágio nesta empresa criada por uma parte dependente⁴². Em sequência, há a incorporação, seja da empresa-veículo ou daquela que integralizou o capital, para fins de aproveitamento fiscal do ágio⁴³. Esse tipo de operação com ágio interno é evidentemente uma simulação e, por conta disso, é desconsiderada por parte da fiscalização independente da previsão legal do art. 22 da Lei nº 12.973/2014.

Já o segundo conceito de ágio interno é o que pode ser considerado real ou com causa, de modo que, apesar de ser gerado entre partes relacionadas, ocorre de fato um dispêndio financeiro e está galgada em motivações negociais legítimas entre as partes⁴⁴.

Ocorre que, entretanto, o ágio enquanto instituto existe muito anterior à ideia de economia fiscal pela amortização. Nesse sentido, ainda que haja rejeição pela contabilidade do instituto do ágio interno⁴⁵, não existe uma aplicação direta de tal premissa para o Direito⁴⁶.

A figura negocial ágio pode ser, na verdade, um mecanismo válido e pertinente no mundo dos negócios, na medida em que é instrumento imprescindível em determinadas transações para que seja possível uma avaliação real do valor daquela companhia negociada.

⁴² SCHOUERI, L. E.; PEREIRA, R. C. L. **O ágio interno na jurisprudência do CARF e a (des)proporcionalidade do artigo 22 da Lei n. 12.973/2014**. In: M. M. Peixoto; M. P. Neto. (Org.). Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL. São Paulo: MP Editora, 2015, p. 359-360.

⁴³ Idem, p. 359-360.

⁴⁴ Idem, p. 360.

⁴⁵ COSTA JR., Jorge Vieira. MARTINS, Eliseu. **A incorporação reversa com ágio gerado internamente: consequências da elisão fiscal sobre a Contabilidade**. Anais do 4º Congresso da USP de Controladoria e Contabilidade. 2004. Disponível em: <https://congressousp.fipecafi.org/anais/artigos42004/13.pdf>

⁴⁶ MOSQUERA, Roberto Quiroga. Freitas, Rodrigo. Aspectos polêmicos do ágio na aquisição de investimento: (i) rentabilidade futura e (ii) ágio interno". In: MOSQUERA, Roberto Quiroga. LOPES, Alexandro Broedel (coords.), **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**, 2º vol., São Paulo, Dialética, 2011, p. 276.

Sob tal ótica, aponta-se que julgados relevantes sobre o tema pré-Lei nº 12.973/2014 eram julgados de forma desfavorável no CARF eram marcados por traços evidentes de simulação, não sendo a figura do ágio interno por si só o responsável pela ilegitimidade jurídica dos atos⁴⁷.

O ágio interno, portanto, pode ser legítimo em determinados contextos, sendo passível de crítica a posição do legislador de presumir que toda reorganização societária estará eivada de nulidade e, ao mesmo tempo, retirar a possibilidade de que o contribuinte fundamente a existência daquele ágio⁴⁸.

Desse modo, compreendido o cenário pré-12.973/2014, há que se analisar se existe de fato uma pertinência jurídica de um ato infraconstitucional - como o é o art. 22 da referida Lei - impossibilitar a concretização da competência constitucional do que é renda. Adiante, a realização de um exame de proporcionalidade da medida a fim de colocar em crise a norma enquanto instrumento jurídico.

4.1 INOBSERVÂNCIA DO QUE É RENDA

Como visto, a acepção de renda é essencial para o estudo do presente artigo. A ideia de que renda, como abordado anteriormente, é a concretização do princípio da renda líquida, em que todos aqueles custos necessários para a obtenção das receitas precisam ser deduzidos para se chegar na renda tributável.

Não se nega, por questão lógica, que o ágio entre partes relacionadas, quando fundamentado com um substrato econômico e comercial válido, pudesse ser passível de dedução pelo conceito acima delineado de renda líquida. É pertinente comentar, inclusive, que o fato de serem partes relacionadas não afasta a independência de personalidade jurídica das sociedades envolvidas, uma vez que o Direito não é aderente da teoria da entidade da contabilidade⁴⁹.

Concatenando essa premissa com o ágio interno, seria impreciso falar em tributação da renda quando uma companhia realiza um custo que não pode ser

⁴⁷ SCHOUEI, L. E. **ÁGIO EM REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS (ASPECTOS TRIBUTÁRIOS)**. SÃO PAULO: DIALÉTICA, 2012, p. 106-111.

⁴⁸ ÁVILA, Humberto. **Notas sobre o Novo Regime Jurídico do Ágio**. Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos). 5º Volume. Coord. Roberto Quiroga Mosquera e Alexandro Broedel Lopes. São Paulo: Dialética, 2014, p. 156-157.

⁴⁹ CABRAL, Fábila Léya S. **Da Vedação ao Aproveitamento Fiscal do Goodwill em Operações de F&A Internas e o Case Gerdau**. Revista Direito Tributário Internacional Atual nº 06 p. 116-142. São Paulo: IBDT, 2º semestre de 2019, p. 140.

deduzido de suas receitas pelo simples fato de ter sido operado entre uma parte vinculada. Isto fica evidente, por exemplo, quando se ultrapassa uma possível corrente de que a amortização do ágio seria um benefício fiscal, justamente pelo fato de que são custos incorridos visando o lucro a ser obtido pela empresa, sendo um pressuposto indispensável sua dedução para se concretizar o princípio da renda líquida⁵⁰.

De fato, existem custos e despesas que são eivados de simulação com fim exclusivamente de gerar uma vantagem econômica fiscal. Entretanto, isso não deve ser a regra, e sim uma exceção provada pela fiscalização e/ou permitido o contraditório ao contribuinte, sob o risco de se incorrer em injustiças fiscais de se estar tributando como renda aquilo que não o é.

4.2 EXAME DE PROPORCIONALIDADE ESTRITA, ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE

Para que uma norma tenha condição de se estabelecer em consonância com o sistema jurídico, é preciso que ela passe por um exame de proporcionalidade, no qual se extraem três requisitos:

(a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.⁵¹

Nessa seara, ressalta-se que o dispositivo objeto de análise do presente artigo não passa em tal exame. Primeiro, em um olhar amplo, pelo fato de que o legislador ao buscar coibir o aproveitamento fiscal ágio interno gerado de foram

⁵⁰ RIBEIRO, Ricardo Lodi; SANTOS, Flávio Mattos dos. **Natureza Jurídica da Amortização Fiscal do Ágio: despesa necessária, benefício fiscal ou norma antielisiva**. O Ágio no Direito Tributário e Societário. Coord. Eduardo Maneira e Igor Mauler Santiago. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 40-41.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª ed. Saraiva, 2009, p. 235.

artificial - que seria legítimo - tornou por atingir operações além daquelas que visava combater, isto é, as legítimas⁵².

Já passando pelos postulados do exame de proporcionalidade, a começar pela adequação, destaca-se que o emprego amplo da restrição vai de encontro com a função da Lei, que é atingir determinado fim sem que avilte contra direitos fundamentais, como da liberdade e livre-iniciativa neste caso⁵³.

A seguir, o postulado da necessidade também não é contemplado, ao passo que a proibição de amortização fiscal do ágio entre partes dependentes não é a opção menos restritiva para atingir o fim almejado⁵⁴. A título de exemplo, o próprio uso de multas restritivas poderia ser mais benéfico, de modo que seria atingido o efeito desejado⁵⁵ e, ao mesmo tempo, garantida uma maior neutralidade fiscal para tais reorganizações.

Como último postulado do exame, há que se mencionar a ausência de proporcionalidade em sentido estrito, visto que a medida adotada gera externalidades negativas do que positivas⁵⁶. Isso fica evidente quando a medida atinge indistintamente qualquer operação, fazendo com que seja menos vantajoso fiscalmente fazer uma operação entre partes dependentes mesmo que negocialmente – e de forma lícita - ela seja mais vantajosa. Esse ônus, em contrapartida, não acaba com a existência de simulações tributárias, sendo uma prática que continuará sendo adotada por contribuintes mal-intencionados, só sendo alterado o instrumento jurídico utilizado para tanto.

5 CONCLUSÃO

O artigo 22 da Lei nº 12.973/2014 não se trata de uma medida que se afeiçoa ao significado mínimo semântico do que é renda, na medida em que não permite a dedução dos custos tributários incorridos para a persecução do negócio.

⁵² SCHOUERI, L. E.; PEREIRA, R. C. L. **O ágio interno na jurisprudência do CARF e a (des)proporcionalidade do artigo 22 da Lei n. 12.973/2014**. In: M. M. Peixoto; M. P. Neto. (Org.). Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL. São Paulo: MP Editora, 2015, p. 376-377.

⁵³ SANTOS, Op. Cit., p. 185.

⁵⁴ Idem, p. 186.

⁵⁵ ÁVILA. Op. Cit., p. 156.

⁵⁶ SANTOS. Op. Cit., p. 187.

Tampouco é medida que, em uma análise de seus efeitos positivos e negativos, supera com êxito o exame de proporcionalidade da norma.

Assim, apesar da evolução histórico-legislativa do instituto do ágio como um todo, chegando-se à aproximação dos conceitos contábeis e jurídicos, ainda persiste a distinção necessária para a autonomia do Direito em face da ciência contábil. Sob a premissa dessa separação para fins jurídicos, não é possível sustentar em um sistema tributário dotado por garantias fundamentais que se tribute como renda aquilo que renda não o é.

Desta feita, a ausência de diferenciação entre o ágio interno gerado artificialmente e aquele que é obtido de forma legítima, ainda que entre partes dependentes, sinaliza por um exercício desmedido do poder de tributar por parte do Estado. O que há, portanto, é uma norma que coibiu de modo geral e extensivo o aproveitamento fiscal do ágio entre partes relacionadas, tratando-se de uma arbitrariedade do legislador que não encontra espaço no sistema jurídico tributário brasileiro.

É forte nessas conclusões que se considera um erro por parte do legislador não ter adota uma regra mais específica e proporcional para se combater aquilo que, de fato, é combatível – as operações artificiais. Sob esse véu, por outro lado, acabou-se por combater, de forma desmedida, toda e qualquer reorganização societária que envolvesse partes dependentes.

6 REFERÊNCIAS

AMADIO, Daniele Souto Rodrigues. **O imposto sobre a renda e o tempo: aspectos temporais da instituição à incidência**; orientador Paulo de Barros Carvalho. Tese (Doutorado – Programa de Pós-graduação em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

ÁVILA, Humberto. **Notas sobre o Novo Regime Jurídico do Ágio**. Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos). 5º Volume. Coord. Roberto Quiroga Mosquera e Aleksandro Broedel Lopes. São Paulo: Dialética, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª ed. Saraiva, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.598/1977**, de 26 de dezembro de 1977. Altera a legislação do imposto sobre a renda. Diário Oficial da União, 27 de dezembro de 1977. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1598.htm

BRASIL. **Decreto nº 9.580/2018**, de 22 de novembro de 2018. Regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Diário Oficial da União, 23 de novembro de 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9580.htm

BRASIL. **Lei nº 5.172/1966**, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União, de 31 de outubro de 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm

BRASIL. **Lei nº 9.532/1997**, de 10 de dezembro de 1997. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Diário Oficial da União, de 11 de dezembro de 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9532.htm

BRASIL. **Lei nº 12.973/2014**, de 13 de maio de 2014. Altera a legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, à Contribuição para o PIS/Pasep e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins. Diário Oficial da União, 14 de maio de 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12973.htm

BRASIL. Ministérios da Economia. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). **Processo nº 11516.721632/2012-69**. Data da Sessão 08/11/2022. Relatora Edeli Pereira Bessa. Acórdão nº 9101-006.358.

CABRAL, Fábila Léya S. **Da Vedação ao Aproveitamento Fiscal do Goodwill em Operações de F&A Internas e o Case Gerdau**. Revista Direito Tributário Internacional Atual nº 06. São Paulo: IBDT, 2º semestre de 2019.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CONTI, José Maurício. **Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade**. São Paulo: Dialética, 1997.

COSTA, Alcides Jorge. **Normas gerais de direito tributário: visão dicotômica ou tricotômica**. In: BARRETO, Aires Fernandino (coord.). Direito tributário contemporâneo: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 2011.

COSTA JR., Jorge Vieira. MARTINS, Eliseu. **A incorporação reversa com ágio gerado internamente: consequências da elisão fiscal sobre a Contabilidade**.

Anais do 4º Congresso da USP de Controladoria e Contabilidade. 2004. Disponível em: <https://congressousp.fipecafi.org/anais/artigos42004/13.pdf>

GRECO, Marco Aurélio. **Sobre o futuro da tributação: a figura dos intangíveis**. Revista Direito Tributário Atual: RDTA, São Paulo, n. 20, 2006.

HOLMES, Kevin. **The concept of income: A multi-disciplinary analysis**. The Netherlands: IBDF, 2000.

HUGON, Paul. **O imposto: Teoria moderna e principais sistemas: o sistema tributário brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Financeiras, 1951.

LOBATO, Valter de Souza. PASCALI, Anita Carmela Militão de. **O novo regime jurídico do ágio na Lei 12.973/2014**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, v. 28, 2014. ISSN 1415-0778.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos do Direito Administrativo**. 1. Ed. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

MONIZ, Ian de Porto Alegre. **Reorganizações Societárias**. São Paulo, Makroon Books, 1996.

MOREIRA, André Mendes; GAIA, Patrícia Dantas; e CAMPOS, Eduardo Lopes de Almeida. **O tratamento fiscal do ágio e a problemática do ágio “interno” antes e após a vigência da Lei nº 12.973/2014**. In ROCHA, Valdir de Oliveira (Dir.) Revista Dialética de Direito Tributário nº 228. São Paulo: Dialética, 2014.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. Freitas, Rodrigo. **Aspectos polêmicos do ágio na aquisição de investimento: (i) rentabilidade futura e (ii) ágio interno**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga. LOPES, Alexsandro Broedel (coords.), Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), 2º vol., São Paulo, Dialética, 2011.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do Imposto de Renda**. São Paulo: IBDT, 2020.

POLIZELLI, Victor Borges. **O princípio da realização da renda: reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ**. Série Doutrina Tributária. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2012, v. VII.

RIBEIRO, Ricardo Lodi; SANTOS, Flávio Mattos dos. **Natureza Jurídica da Amortização Fiscal do Ágio: despesa necessária, benefício fiscal ou norma antielisiva**. O Ágio no Direito Tributário e Societário. Coord. Eduardo Maneira e Igor Mauler Santiago. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ROXAN, IAN. **IMPUTED INCOME (INCLUDING DEDUCTIBLE COSTS)**. IN: ESSERS, PETER; E RIJKERS, ARIE (ORG.). THE NOTION OF INCOME FROM CAPITAL. AMSTERDAM: IBFD, 2005.

SANTOS, RAMON TOMAZELA. **ÁGIO NA LEI 12.973/2014: ASPECTOS TRIBUTÁRIOS E CONTÁBEIS**. SÃO PAULO: THOMSON REUTERS BRASIL, 2020.

SCHANZ, GEORGE VAN. **DER EINKUMMENSBEGRIFF UND DIE EINKOMMENSTEUERGESETZ**. IN: FINANZ-ARCHIV N. 1. TÜBINGEN: MOHR SIEBECK, 1896.

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

SCHOUERI, Luís Eduardo. **O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica**. in: MOSQUERA, Roberto Quiroga. LOPES, Alexsandro (COORD.) Controvérsias jurídico-contábeis (Aproximações e distanciamentos). Vol. 1. São Paulo: Dialética, 2010.

SCHOUERI, Luís Eduardo. BARBOSA, Mateus Calicchio. **Imposto de renda e capacidade contributiva: a periodicidade anual e mensal no irpj**. Revista Direito Tributário Atual, n. 47. São Paulo: IBDT, 1º semestre 2021. Quadrimestral.

SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. **Dedutibilidade de despesas com atividades ilícitas**. In: ADAMY, Pedro Augustin; FERREIRA NETO, Arthur M. (Coord.). Tributação do ilícito. São Paulo: Malheiros, 2018

SCHOUERI, Luís Eduardo. PEREIRA, R. C. L. **O ágio interno na jurisprudência do CARF e a (des)proporcionalidade do artigo 22 da Lei n. 12.973/2014**. In: M. M. Peixoto; M. P. Neto. (Org.). Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL. São Paulo: MP Editora, 2015.

SCHOUERI, Luís Eduardo. MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Manual da tributação direta da renda**. 2. ed. – São Paulo, SP: IBDT, 2021.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **O conceito de renda e o artigo 43 do código tributário nacional: entre a disponibilidade econômica e a disponibilidade jurídica**. In: André Elali et al. (org.). Direito corporativo: temas atuais – 10 anos André Elali Advogados. 1 Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SIMONS, Henry. **Personal income taxation: the definition of income as a problem of fiscal policy**. Chicago: The University of Chicago press, 1955.

TIPKE, Klauis. **Die Steuerrechtsordnung**, 2. ed. Köln, 2000.

XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil: tributação das operações internacionais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.