

Assim, a previsão veiculada pelo art. 12, parágrafo 5º, da MP 627, de tributação do valor justo de ativo recebido em doação, no momento de seu reconhecimento inicial, nos parece legítima e devidamente amparada no ordenamento.

Por outro lado, o dispositivo usa fórmula exemplificativa ao referir a expressão “tais como”. Assim, pode levar ao entendimento de que situações outras (que não doações), que segundo a normatização contábil devam ensejar reconhecimento inicial de valor justo de ativos, devam ocasionar a tributação imediata dos ganhos reconhecidos.

Pode-se citar como exemplo a previsão no CPC 27 no sentido de que, em caso de permuta de ativo imobilizado, o ativo recebido pela entidade seja inicialmente registrado pelo seu valor justo.

Muito já se escreveu sobre a natureza das operações de permuta e a possibilidade (ou não) de gerarem aquisição de acréscimo patrimonial sujeito a tributação<sup>31</sup>, não cabendo aqui revisitar os vários pontos de vista acerca da matéria.

É preciso, entretanto, ter cautela na análise de situações outras que não doações que pudessem estar alcançadas pela exceção do art. 12, parágrafo 5º, acima referida de modo a verificar, no caso concreto, se o valor justo reconhecido contabilmente representa aquisição de acréscimo ou redução de patrimônio em bases definitivas, em atenção ao princípio da realização da renda.

<sup>31</sup> Veja-se, e.g., HADDAD, Gustavo Lian; e LIU, Joana Chia Yin. “O imposto de renda nas operações de permuta”. In: ANAN JR., Pedro; e PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coords.). *Imposto de renda pessoa física à luz da jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais*. São Paulo: MP, 2010, pp. 121-132.

## Notas sobre o Novo Regime Jurídico do Ágio

HUMBERTO ÁVILA

Professor Titular de Direito Tributário da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.



### 1. Introdução

A Medida Provisória nº 627/2013, recentemente editada e ainda não convertida em lei, alterou as regras legais aplicáveis ao aproveitamento do ágio. Dentre tantas outras alterações, a referida medida vedou o aproveitamento do ágio nas operações envolvendo empresas relacionadas e nos casos em que o ágio tiver sido apurado em operação de substituição de ações ou quotas de participação societária (art. 21, parágrafo 1º, III). Ela também condicionou o aproveitamento do ágio ao protocolo na Receita Federal e ao registro em Cartório de laudo elaborado por perito independente, que poderá ser considerado pela autoridade fiscal na hipótese em que os dados nele constantes estiverem incorretos ou não mereçam fé (art. 21, parágrafo 1º, I, e parágrafo 2º).

Em outras palavras, o novo regramento, a pretexto de corrigir eventuais distorções no regime jurídico anterior, não apenas proibiu o aproveitamento do chamado “ágio interno” e daquele que envolve a troca de ações ou quotas, como criou uma série de requisitos materiais e procedimentais para a validade do aproveitamento do ágio.

Diante desse quadro, é preciso saber se as referidas alterações são compatíveis com a regra de competência para a instituição do imposto sobre a renda e com os princípios constitucionais que condicionam o seu exercício. É o que se passa a responder, da maneira mais objetiva possível.

### 2. Ágio e Conceito de Renda

De acordo com a Constituição, compete à União Federal instituir imposto sobre a renda (art. 153, III). O conceito de renda, apesar de não estar explícito no texto constitucional, pode ser extraído da Constituição em uma análise sistemática dos princípios constitucionais fundamentais e gerais, das regras de competência e das normas que delimitam a hipótese material de incidência do imposto sobre a renda.

Esta análise demonstra que o conceito de renda pressupõe a noção de acréscimo patrimonial. Renda não pode ser nem patrimônio, nem capital, nem lucro, nem faturamento. Renda é o produto do trabalho ou do capital que provoca acréscimo patrimonial, econômica ou juridicamente disponível em determinado período.<sup>1</sup> O próprio Supremo Tribunal Federal adota firmemente este entendimento, como se constata nestas decisões:

“Na verdade, por mais variado que seja o conceito de renda, todos os economistas, financistas e juristas se unem em um ponto: renda é sempre um ganho ou um acréscimo de patrimônio.”<sup>2</sup>

“Rendas e proventos de qualquer natureza: o conceito implica reconhecer a existência de receita, lucro, proveito, ganho, acréscimo patrimonial que ocorrem mediante o ingresso ou o auferimento de algo, a título oneroso.”<sup>3</sup>

O importante é que a noção de acréscimo pressupõe o cotejamento entre receitas e despesas necessárias à manutenção da fonte produtora da renda dentro de um dado período. Somente aquilo que exceder essas despesas é que poderá ser objeto de tributação.

Desse modo, a dedutibilidade das despesas necessárias à manutenção da fonte produtora da renda não configura favor ou benefício, que possa ser assegurado segundo a vontade livre do legislador. O favor sempre envolve um elemento de discricionariedade: ele repousa sobre a livre decisão de quem tem a faculdade de concedê-lo e quem tem, portanto, a liberdade de concordar ou rejeitar. Em virtude do seu caráter unilateral, ele é marcado por uma dose de capricho, de arbitrariedade e de bel-prazer.<sup>4</sup> A dedutibilidade consiste, em vez disso, num direito que decorre da aplicação reflexiva da própria regra constitucional que prevê competência para a instituição do im-

<sup>1</sup> ÁVILA, Humberto. *Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 74-75; ÁVILA, Humberto. “Indisponibilidade jurídica da renda: por poder de decisão ou por reflexo patrimonial”. *Revista Fórum de Direito Tributário* v. 53, 2011, pp. 9-23.

<sup>2</sup> STF, Recurso Extraordinário nº 89.791/RJ, Relator Ministro Cunha Peixoto, Primeira Turma, julgado em 3.10.1978.

<sup>3</sup> STF, Recurso Extraordinário nº 117.887, Relator Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 11.2.1993.

<sup>4</sup> CHEVALLIER, Jacques. “Posface”. *La faveur et le Droit*. GUGLIELMI, Gilles (org.). Paris: PUF, 2009, pp. 403, 404.

posto sobre a renda. Isso significa que o legislador não tem liberdade para permitir ou proibir a dedução das referidas despesas; ele é obrigado a fazê-lo, por imposição constitucional. Simples assim.

Diante disso, a questão concernente a saber se as despesas com o pagamento do ágio por rentabilidade futura são ou não dedutíveis depende do seu enquadramento na classe das despesas necessárias à manutenção da fonte produtora da renda. Se a despesa for enquadrada nessa classe, deverá ter a sua dedução assegurada pelo legislador, por imposição constitucional, sem mais, nem menos.

Nesse aspecto, não há dúvida de que as despesas decorrentes da aquisição de investimento com ágio baseado em rentabilidade futura devem ser enquadradas na categoria das despesas necessárias. E assim é porque o ágio é uma despesa paga pela empresa investidora na aquisição de um investimento cuja avaliação, baseada na sua rentabilidade futura, supera o seu valor atual. Em outras palavras e para o que aqui interessa mais de perto, o ágio é parte do custo de aquisição de um investimento, qualificando-se, por conseguinte, como uma despesa necessária à atividade da empresa que o adquire.

Sendo isso verdadeiro, contudo, a proibição legal de deduzir ou amortizar as despesas decorrentes do ágio por rentabilidade futura colide com a Constituição na medida em que esta obriga o legislador a permitir a dedução de despesas necessárias à manutenção da fonte produtora da renda. A vedação do aproveitamento do ágio pago na aquisição de investimento implica, por conseguinte, tributação de patrimônio, não de renda.

Até aqui, no entanto, examinou-se o direito ao aproveitamento do ágio pago na aquisição de investimento como decorrência da regra constitucional atributiva de competência para a instituição do imposto sobre a renda. Não se analisou se esse direito também surge quando o investimento é adquirido no bojo de uma reorganização societária envolvendo empresas relacionadas e ações ou quotas entregues em contraprestação da participação societária adquirida. Essa questão depende do exame dos princípios constitucionais que condicionam o exercício daquela competência. É o que se passa a fazer.

### 3. Ágio e Princípios Constitucionais

A Constituição brasileira atribui poder por meio de regras de competência, de que é exemplo a regra atributiva de competência

para a União Federal instituir o imposto sobre a renda. Esse poder, conquanto seja atribuído por meio de uma regra, deve ser exercido de acordo com os princípios constitucionais aplicáveis. Dentre eles, destaca-se o princípio fundamental de liberdade.

A Constituição Federal assegura o direito fundamental de liberdade geral (art. 5º) e de liberdade de exercício de atividade econômica (art. 170). Essa liberdade abrange a autonomia da vontade que, por sua vez, inclui a liberdade contratual. E esta liberdade abrange a livre decisão do cidadão com relação a se, com quem, quando e como vai contratar.<sup>5</sup> A liberdade contratual envolve, portanto, a liberdade quanto à forma, ao conteúdo, ao momento e aos sujeitos dos negócios jurídicos.<sup>6</sup>

Desse modo, o Estado, seja na instituição da lei, seja na sua aplicação, não pode obrigar o contribuinte a adotar determinada forma societária, a escolher as sociedades com quem irá contratar, a definir o tempo de duração da sociedade que deseja criar ou a fixar o modo como vai adquirir e pagar por uma participação societária. Mais ainda do que isso: o Estado não apenas tem o dever de não restringir essa liberdade; ele também tem a obrigação de protegê-la.<sup>7</sup>

Sendo assim, porém, se os contribuintes têm a liberdade para decidir se, com quem, quando e como irão celebrar os seus negócios jurídicos, o legislador não pode negar efeitos a negócios jurídicos praticados pelo contribuinte ou mesmo agravar esses efeitos apenas porque os referidos negócios envolvem pessoas do mesmo grupo econômico ou a troca de ações ou quotas entregues em contraprestação da participação societária adquirida. Ora, se o princípio fundamental de liberdade envolve a autonomia da vontade e esta inclui a liberdade contratual, dentro de cujo âmbito se situa a liberdade de decisão com relação a se, com quem, quando e como o contribuinte irá contratar, claro está que o legislador não pode proibir o aprovei-

<sup>5</sup> LARENZ, Karl; e WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. 8ª ed. Munique: Beck, 1997, p. 647; BADURA, Peter. "Grundrechte und Wirtschaftsordnung". *Handbuch der Grundrechte*. MERTEN, Detlef; e PAPIER, Hans-Jürgen (orgs.). Heidelberg: C.F. Müller, 2006, parágrafo 29, item de margem 15, p. 230.

<sup>6</sup> LARENZ, Karl; e WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. 8ª ed. Munique: Beck, 1997, pp. 649 e 653.

<sup>7</sup> SEER, Roman. "Gestaltungsmisbrauch und Gestaltungsfreiheit im Steuerrecht". *Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsmisbrauch im Steuerrecht*. RÜTTERMANN, Rainer (org.). Colônia: Otto Schmidt, 2010, p. 1.

tamento do ágio apenas porque ele decorreu de operações envolvendo empresas do mesmo grupo econômico ou troca de ações ou quotas. Admiti-lo seria restringir injustificadamente, ainda que por via oblíqua, a liberdade do contribuinte quanto à conveniência, aos sujeitos, ao momento e ao objeto dos seus negócios jurídicos.

A liberdade do contribuinte, contudo, não é absoluta. Por conseguinte, embora a autoridade fiscal não possa adentrar no âmbito do exercício de liberdade dos contribuintes, pode negar efeitos aos negócios jurídicos que não forem existentes ou válidos, na medida em que a Constituição não protege nem os negócios aparentes, nem as qualificações falsas.<sup>8</sup>

Os negócios jurídicos padecem de vícios relativos à sua existência quando a designação escolhida pelas partes não corresponde àquilo que elas efetivamente realizaram. Nesse âmbito, podem ser mencionadas duas espécies de vícios. De um lado, o vício de simulação (ou simulação absoluta), ocorrente quando "o contribuinte pretende que a autoridade administrativa acredite que alguma coisa aconteceu quando nada aconteceu".<sup>9</sup> Nessa hipótese, as partes não têm sequer a intenção de realizar o negócio jurídico alegado. Elas simplesmente falseiam a verdade ou criam realidade inexistente. Como o negócio jurídico sequer foi praticado, obviamente que os seus efeitos não serão protegidos. Não se protege aquilo que não foi feito, mesmo que argutamente declarado.

De outro lado, o vício de dissimulação (ou simulação relativa), ocorre "quando o contribuinte quer que a administração acredite que alguma coisa aconteceu, quando outra, diferente, ocorreu".<sup>10</sup> Nesse caso, as partes têm a intenção de realizar um negócio jurídico, mas de natureza diversa daquele que declararam ter praticado. Elas adulteram a verdade. Como o negócio jurídico declarado é diverso do realizado, são protegidos os efeitos jurídicos desse negócio, não daquele. Só se protege aquilo que foi feito, não aquilo que se declara ter

<sup>8</sup> SCHÖN, Wolfgang. "Legalität, Gestaltungsfreiheit und Belastungsgleichheit als Grundlagen des Steuerrechts". *Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsmisbrauch im Steuerrecht*. RÜTTERMANN, Rainer (org.). Colônia: Otto Schmidt, 2010, p. 44.

<sup>9</sup> ÁVILA, Humberto. "Planejamento tributário". *Revista de Direito Tributário* v. 98. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 76.

<sup>10</sup> ÁVILA, Humberto. "Planejamento tributário". *Revista de Direito Tributário* v. 98. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 76.

feito, mas não foi, pouco importando a designação escolhida pelas partes.

Os negócios jurídicos padecem de vícios relativos à sua validade quando o contribuinte viola algum dos seus requisitos formais ou materiais de validade. Nesse quadro, podem ser apontadas três espécies de vícios.

O vício do abuso de forma ocorre quando o contribuinte, no exercício da sua autonomia privada e na concretização da liberdade de exercício de atividade econômica, utiliza uma forma negocial prevista pelo ordenamento jurídico, porém desnatura “os seus elementos essenciais”.<sup>11</sup> Nessa situação, as partes violam o limite formal ou a forma de exercício de um direito. Como o negócio jurídico só é protegido se celebrado de acordo com os requisitos legais essenciais à sua celebração, quando as partes deixarem de observá-los, não receberão proteção. Em regra, não se protege aquilo que foi feito em desacordo formal com a lei.

O vício de fraude à lei surge quando alguém “procura subtrair-se à aplicação de certo preceito imperativo, mas ao mesmo tempo realizar o interesse que por ele é proibido prosseguir, através do recurso a outros tipos legais”.<sup>12</sup> Nessa hipótese, as partes infringem o interesse legal ou o interesse a ser observado no exercício de um direito. Como o negócio jurídico celebrado viola preceito obrigatório, os seus efeitos não são protegidos. Não se protege quem se aproveita da lei, mas se afasta do interesse por ela protegido.

O vício de abuso de direito configura-se quando alguém exercita o seu direito em oposição ao seu fundamento, aos valores que lhe são sobrejacentes ou às finalidades do instituto de que é espécie o negócio jurídico utilizado.<sup>13</sup> Em tal circunstância, as partes contrariam o fundamento legal ou o fundamento do direito a ser exercido. Como o negócio jurídico celebrado viola o fundamento da lei, os seus efeitos também não são protegidos. Não se protege quem se aproveita da lei, mas se distancia do fundamento que ela visa proteger.

<sup>11</sup> ÁVILA, Humberto. “Planejamento tributário”. *Revista de Direito Tributário* v. 98. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 76.

<sup>12</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 532.

<sup>13</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 454 e 536; SIECKER, Susanne. *Umgehungsgeschäfte*. Tubinga: Mohr Siebeck, 2001, p. 13.

O essencial, para o que aqui se examina, é que os atos ou negócios jurídicos praticados pelo contribuinte só podem ser desconsiderados se, comprovadamente, não tiverem ocorrido (simulação), tiverem retratado algo diverso do que foi efetivamente praticado (dissimulação), tiverem afastado requisitos legais de observância obrigatória (abuso de forma), tiverem removido preceito obrigatório obtendo o que ele vedou (fraude à lei) ou tiverem negado a finalidade legal que justificava a sua celebração (abuso de direito ou de posição jurídica). Não havendo atos ou negócios jurídicos inexistentes ou inválidos, a liberdade exercida pelo contribuinte está assegurada pela Constituição, sendo a capacidade contributiva revelada nos termos em que foram praticados os atos ou celebrados os negócios jurídicos.<sup>14</sup>

As considerações anteriores conduzem à conclusão de que o aproveitamento do ágio não pode ser negado em razão de a operação societária que o gerou ter englobado empresas do mesmo grupo ou troca de ações, pois tais particularidades estão protegidas pelos princípios fundamentais de liberdade. Em vez disso, o aproveitamento do ágio só pode ser negado se a operação societária praticada tiver envolvido algum ato ou negócio jurídico eivado de vício relativo à sua existência ou à sua validade.<sup>15</sup> Em outras palavras, o problema não está na prática de atos ou na celebração de negócios jurídicos envolvendo empresas do mesmo grupo ou troca de ações ou quotas; o problema reside na prática de atos ou na celebração de negócios jurídicos viciados envolvendo empresas do mesmo grupo ou troca de ações ou quotas. São coisas complementemente diferentes.

Em razão disso, repita-se, o aproveitamento do ágio não depende de as operações societárias terem sido ou não praticadas entre empresas do mesmo grupo ou envolverem ou não ações ou quotas. Ele depende, em vez disso, de as operações societárias terem sido praticadas por meio de atos ou negócios jurídicos sem vícios de existência ou de validade.

<sup>14</sup> SCHÖN, Wolfgang. “Die zivilrechtliche Voraussetzungen steuerlicher Leistungsfähigkeit”. *Steuer und Wirtschaft*, v. 3. Colônia: Otto Schmidt, 2005, p. 251.

<sup>15</sup> ÁVILA, Humberto. “Ágio com fundamento em rentabilidade futura. Empresas do mesmo grupo. Aquisição mediante conferência em ações. Direito à amortização. Licitude formal e material do planejamento”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n° 205. São Paulo: Dialética, 2012, pp. 163-184.

Sendo assim, porém, a Medida Provisória nº 627/2013 é inconstitucional, na parte em que vedou o aproveitamento do ágio no caso de operações societárias praticadas entre empresas relacionadas e envolvendo ações ou quotas entregues em contraprestação da participação societária adquirida. Tal inconstitucionalidade decorre, de um lado, do fato de a referida medida proibir a prática de atos ou negócios jurídicos inseridos no âmbito de proteção dos princípios constitucionais de liberdade; de outro, da circunstância de a mesma medida presumir, em caráter absoluto, a existência de vício nas reorganizações societárias pelo simples fato de elas envolverem empresas do mesmo grupo e troca de ações ou quotas, sem que as partes possam comprovar a existência de fundamentos jurídicos e econômicos que possam justificar estas particularidades.

Este último elemento - a presunção absoluta de que as operações abrangendo empresas do mesmo grupo e troca de ações ou quotas são inexistentes ou inválidas - ainda provoca a inconstitucionalidade da referida medida por outro motivo. Tal inconstitucionalidade decorre da sua desproporcionalidade.<sup>16</sup>

Primeiro, se os atos ou negócios jurídicos em razão dos quais o ágio é gerado são inexistentes ou inválidos é algo que precisa ser objeto de comprovação num devido processo legal, não algo que possa ser objeto de uma presunção legal absoluta. A medida, nesse aspecto, é inadequada para atingir a finalidade que justifica a sua adoção.

Segundo, se há contribuintes que promovem reorganizações societárias baseadas em atos ou negócios jurídicos viciados, certamente há outros meios igualmente adequados à desconsideração dos seus efeitos que são menos restritivos do que a simples proibição legal dirigida a todos os contribuintes, inclusive aqueles que possuem justificativas jurídicas e econômicas para a sua realização, como é o caso da fiscalização por amostragem e a imposição de multas. A medida, sob essa perspectiva, é desnecessária.

E terceiro, os efeitos negativos produzidos pela proibição legal de aproveitamento do ágio nas operações referidas são muito superiores aos efeitos positivos advindos da adoção de outros meios: cria-se um regime jurídico para punir alguns contribuintes desonestos

<sup>16</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 182 e ss.

por meio de uma proibição dirigida a todos os contribuintes, perdendo-se muito mais em liberdade do que se ganha em desconsideração de atos viciados. A medida, sob essa ótica, é desproporcional em sentido estrito porque restringe globalmente mais os princípios constitucionais do que os promove.

Ainda dentre os princípios constitucionais aplicáveis, que condicionam o exercício do poder de tributar atribuído por meio de regras de competência, está o princípio da segurança jurídica. Do seu vasto conteúdo, podem ser destacados dois mandamentos.

De um lado, do princípio da segurança jurídica decorre o dever de o Estado garantir a calculabilidade do Direito por meio da sua continuidade.<sup>17</sup> Essa continuidade inclui a proibição de o Estado produzir mudanças legislativas bruscas, quando repentinas, e drásticas, quando muito intensas. Isso não significa que o Estado não possa alterar as regras jurídicas relativas à tributação. Quer apenas dizer que a alteração não pode ser feita nem de surpresa e nem com grande impacto. Daí surge a obrigatoriedade da adoção de regras de transição no caso de alterações restritivas de regimes jurídicos.

Para o caso aqui discutido, isso significa que a alteração do regime tradicional do ágio - que perdurou por décadas e no bojo do qual se admitia a utilização do ágio decorrente de operações praticadas com empresas do mesmo grupo e envolvendo troca de ações - para um novo regime mais restritivo, em que essas operações são proibidas, só será constitucional se sua aplicação for antecedida de regras de transição capazes de atenuar o seu impacto e preservar a confiança legítima depositada no regime anterior. A Medida Provisória nº 627/2013 permite que o contribuinte opte pela aplicação de algumas de suas disposições apenas para o ano subsequente. Há, portanto, uma regra de transição. Esta, no entanto, talvez não seja suficiente para atenuar os novos efeitos restritivos, tendo em vista que muitas operações de reorganização societária se estendem por um período superior a um exercício, de modo que a mudança do regime, mesmo com a prorrogação dos efeitos, pode ferir confianças legítimas dignas de proteção constitucional.

De outro lado, o segundo mandamento decorrente do princípio da segurança jurídica é o dever de confiança nas relações entre o

<sup>17</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 604.

Fisco e o contribuinte.<sup>18</sup> Nesse sentido, cabe ao Estado presumir a boa-fé do contribuinte, e não a sua má-fé. Mais ainda: cabe-lhe presumir a confiabilidade dos atos praticados pelo contribuinte, pois é ela que garante o próprio desenvolvimento das relações dos contribuintes entre si e destes com o Fisco.

Para o caso aqui debatido, esse dever de presumir a boa-fé e a confiabilidade dos atos praticados pelo contribuinte faz com que não se possa presumir o contrário, seja por meio de presunções absolutas, seja por meio de procedimentos baseados em conceitos jurídicos indeterminados que atribuem poder ilimitado para o Fisco desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados pelo contribuinte.

Nesse aspecto, a Medida Provisória nº 627/2013 desconsidera no mínimo em dois pontos esse dever de presumir a boa-fé e a confiabilidade dos atos do contribuinte: primeiro na presunção absoluta de que as operações praticadas entre empresas do mesmo grupo não possuem justificativa jurídica e, por isso, são necessariamente eivadas de vício; e, segundo, na presunção relativa de que os laudos elaborados para justificar o ágio por rentabilidade futura são preliminarmente suspeitos e, independentemente de qualquer justificativa, têm sua validade condicionada não apenas ao protocolo na Receita Federal e ao registro em Cartório, mas dependente de uma manifestação das autoridades fiscais atestando a sua correção. Nos dois casos, presume-se a má-fé quando, do ponto de vista constitucional, deveria ter sido presumido o oposto.

#### 4. Conclusões

Diante de todo o exposto, vê-se que a Medida Provisória nº 627/2013, cuja edição é louvável como tentativa de garantir previsibilidade no regramento do ágio, requer ajustes sem os quais o conteúdo do seu texto final padecerá do vício da inconstitucionalidade material.

Com efeito, ao tratar a despesa com ágio por rentabilidade futura como um benefício fiscal, ela contrariou o conceito constitucional de renda, que exige a dedutibilidade das despesas necessárias à manutenção da fonte produtora, de que é exemplo a despesa com

<sup>18</sup> KIRCHHOF, Paul. "Vertrauensschutz im Steuerrecht". *Vertrauensschutz im Steuerrecht*. PEZZER, Heinz-Jürgen. *Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft*, v. 27. Colônia: Otto Schmidt, 2004, p. 1.

pagamento de ágio na aquisição de investimento; ao proibir o aproveitamento do ágio decorrente de operações envolvendo empresas do mesmo grupo e troca de ações ou quotas, ela contrariou o princípio constitucional da liberdade, que garante liberdade para o contribuinte decidir com quem e como celebrar os seus negócios jurídicos; e ao instituir um novo regime sem regras adequadas de transição e presumindo a má-fé dos contribuintes, ela violou o princípio constitucional da segurança jurídica, que garante a calculabilidade das modificações e a presunção de confiabilidade dos atos e negócios jurídicos praticados pelos contribuintes.

A louvável iniciativa de garantir previsibilidade nas relações entre o Fisco e os contribuintes no âmbito das reorganizações societárias não pode cobrar o preço da violação ao conceito constitucional de renda e da restrição injustificada dos princípios fundamentais de liberdade. É preciso promover a segurança jurídica, desde que com justiça.

João Casill  
Ex Libris

# CONTROVÉRSIAS JURÍDICO-CONTÁBEIS

(Aproximações e Distanciamentos)

5º volume

Coordenadores

---

ROBERTO QUIROGA MOSQUERA  
ALEXSANDRO BROEDEL LOPES

Autores

---

ANDREA BAZZO LAULETTA  
CELSO COSTA  
EDISON CARLOS FERNANDES  
EDUARDO FLORES  
ELIDIE PALMA BIFANO  
FERNANDO TONANNI  
GUSTAVO LIAN HADDAD  
HUMBERTO ÁVILA  
JOÃO FRANCISCO BIANCO  
JORGE NEY DE FIGUEIRÉDO LOPES JUNIOR  
LUCIANA ROSANOVA GALHARDO  
LUÍS EDUARDO SCHOUEI  
LUIZ ALBERTO PAIXÃO DOS SANTOS  
MARCOS SHIGUEO TAKATA  
MARCOS VINICIUS NEDER  
MAURÍCIO PEREIRA FARO  
MÔNICA SIONARA SCHPALLIR CALIJURI  
NATANAEL MARTINS  
NELSON CARVALHO  
PEDRO AUGUSTO DO AMARAL ABUJAMRA ASSEIS  
RAQUEL NOVAIS  
RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA  
SERGIO ANDRÉ ROCHA  
TATIANA LOPES  
THAÍS DE BARROS MEIRA

**DIALÉTICA**

São Paulo - 2014