As Novas Regras do Ágio e suas Repercussões Intertemporais

SERGIO ANDRÉ ROCHA
Professor Adjunto de Direito Financeiro e Tributário da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

1. Introdução

A amortização fiscal do ágio pago na aquisição de participações societárias é certamente um dos temas sobre os quais mais se escreveu nos últimos anos, sendo objeto de alguns dos casos mais relevantes em discussão no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Certamente este não é o local para voltarmos à análise de todas as questões controvertidas relacionadas à amortização fiscal do ágio sob o regime do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, em sua redação anterior à Lei nº 12.973/2014 (Lei 12.973), e dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. Para um exame dessas questões fazemos referência, por todos, ao estudo de Luís Eduardo Schoueri[1].

Uma das grandes alterações trazidas pela Lei 12.973 foi promovida exatamente sobre o regime de aproveitamento fiscal do antigo ágio, agora segregado em "mais-valia" e "ágio por rentabilidade futura (*goodwill*)".

Foram bastante significativas as modificações, de modo que, como em qualquer situação onde se verifica uma mudança importante de regime jurídico, a Lei 12.973 teve que estabelecer regras de transição.

O objetivo deste artigo é analisar a aplicação no tempo das novas regras sobre aproveitamento da "mais-valia" e do "ágio por rentabilidade futura (*goodwill*)" na aquisição de participações societárias. Para tornar nossa análise mais concreta, examinaremos, brevemente, no seguinte item, as principais características do regime instaurado pela Lei 12.973.

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

2. Principais Características do Novo Regime de Aproveitamento Fiscal da "Mais-valia" e do "Ágio por Rentabilidade Futura (*Goodwill*)"

2.1. Dos fundamentos do ágio para a existência singular do "ágio por rentabilidade futura"

Uma primeira modificação relevante do novo sistema é relativa ao que se deve entender por ágio.

Com efeito, segundo o artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, em sua redação anterior à Lei 12.973, o ágio era a diferença entre o preço de aquisição da participação societária e o custo contábil do investimento. O pagamento do ágio, a seu turno, poderia ter um dos seguintes fundamentos: "a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; e c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas" (artigo 20, parágrafo 2º).

A nova redação do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, alterada pela Lei 12.973, passou a estabelecer que, na aquisição de participação societária, o custo de aquisição será aberto em (a) custo do investimento por equivalência patrimonial; (b) mais ou menos-valia, correspondente "à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida"; e (c) "ágio por rentabilidade futura (*goodwill*)", que corresponde à diferença entre o preço de aquisição do investimento de um lado e seu reconhecimento por equivalência patrimonial mais a mais ou menos-valia reconhecida de outro.

Percebe-se uma alteração relevante. Enquanto no regime anterior o ágio era a diferença entre o preço de aquisição e o custo do investimento, no novo regime o ágio será o saldo da diferença entre o preço de aquisição e o custo do investimento mais o valor justo dos ativos líquidos da empresa (mais ou menos-valia).

Este aspecto foi percebido por Raquel Novais e Fernando Tonanni que, escrevendo sobre o novo regime da mais-valia e do *goodwill* no contexto da Medida Provisória nº 627/2013, afirmaram que "a expressão ágio não mais se associa ao custo de aquisição que exceda o patrimônio líquido, mas define-se pela parcela do preço de aquisição que exceda o valor justo dos ativos líquidos da investida"[2].

[2] NOVAIS, Raquel; e TONANNI, Fernando. "Ágio - novo regime jurídico e questões atuais". *In:* MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alexsandro Broedel

Dessa forma, no contexto da Lei 12.973 não é correto falar em ágio decorrente do valor de mercado dos ativos da empresa adquirida. Tal valor, caso existente, configurará mais-valia a ser registrada na aquisição, mas não será ágio. Por outro lado, é estranha a opção pela nomenclatura "ágio por rentabilidade futura" para se referir ao *goodwill*. Como este é saldo, não dependendo mais de qualquer cálculo da rentabilidade futura da empresa, melhor teria sido que se tivesse feito referência apenas à "ágio". A referência a "ágio por rentabilidade futura" pode gerar confusão em relação ao antigo ágio fundamentado na rentabilidade futura da empresa adquirida, baseado na redação da alínea "b" do parágrafo 2° do artigo 20 do Decreto-lei n° 1.598/1977 em sua redação anterior à Lei 12.973.

2.2. Da demonstração do fundamento do ágio para o laudo da "mais ou menos-valia"

No regime anterior à Lei 12.973, o adquirente tinha que fundamentar o ágio pago na aquisição da participação societária sendo que, no caso de ágio fundamentado no valor de mercado dos bens do ativo da adquirida ou em sua rentabilidade futura, era necessário guardar demonstração que servisse de comprovação para o seu registro.

Uma vez que, no novo regime, o ágio é diferença, agora só é necessário demonstrar a mais ou menos-valia, de modo que não se terá mais demonstrações de rentabilidade futura para fins de fundamentação de ágio.

Neste ponto, outra modificação interessante foi a substituição da "demonstração" do fundamento do ágio, que deveria ser arquivada na empresa (parágrafo 3° do artigo 20 do Decreto-lei n° 1.598/1977, em sua redação anterior), pelo "laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13° (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação" (novo parágrafo 3° do artigo 20 do Decreto-lei n° 1.598/1977). Em outras palavras, apenas com a entrada em vigor da Lei 12.973 que a legislação tributária passou a prever, expressamente, a exigência de laudo elaborado

(coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. 5° volume. São Paulo: Dialética, 2014, p. 346.

por perito independente, agora não mais para a fundamentação do ágio, mas sim para a demonstração da mais ou menos-valia.

2.3. Da vedação do aproveitamento do ágio e da mais-valia em operações entre partes dependentes

Outra novidade trazida pela Lei 12.973 foi a impossibilidade da depreciação da mais-valia ou da amortização do ágio por rentabilidade futura nos casos de aquisições realizadas por partes dependentes[3], conforme previsto em seus artigos 20 e 22. A questão relativa ao chamado "ágio interno" é uma das mais controvertidas nos casos que vêm sendo analisados pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e passou a ter regramento expresso no novo regime. A inclusão desta vedação na Lei 12.973 deixa claro que, no regime anterior, não havia restrição normativa ao "ágio interno", de modo que o mesmo somente poderia ser questionado diante da demonstração, pelas autoridades fiscais, do caráter abusivo da transação realizada pela empresa.

2.4. O aproveitamento da mais-valia e do goodwill *continua dependendo de incorporação*

Um ponto que será relevante para a análise das situações descritas no item 3 abaixo é que a incorporação da empresa adquirente na adquirida, ou vice-versa[4], segue sendo requisito para o aproveitamento da depreciação ou amortização da mais-valia ou do *goodwill*.

Com efeito, tanto o artigo 20 quanto o artigo 22 da Lei 12.973 preveem a utilização fiscal da mais-valia e do *goodwill* no caso de incorporação entre adquirente e adquirida, da mesma forma que os artigos 7° e 8° da Lei n° 9.532/1997. Dessa maneira, no que se refere

[3] As partes dependentes, para fins da lei, foram identificadas no artigo 25 da Lei 12.973: "Art. 25. Para fins do disposto nos arts. 20 e 22, consideram-se partes dependentes quando: I - o adquirente e o alienante são controlados, direta ou indiretamente, pela mesma parte ou partes; II - existir relação de controle entre o adquirente e o alienante; III - o alienante for sócio, titular, conselheiro ou administrador da pessoa jurídica adquirente; IV - o alienante for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro das pessoas relacionadas no inciso III; ou V - em decorrência de outras relações não descritas nos incisos I a IV, em que fique comprovada a dependência societária."

[4] Lei 12.973: "Art. 24. O disposto nos arts. 20, 21, 22 e 23 aplica-se inclusive quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária."

à exigência da incorporação para o aproveitamento fiscal do ágio, agora individualizado em mais-valia e *goodwill*, não houve qualquer alteração.

3. Aplicação das Regras da Lei 12.973 no Tempo

Como vimos acima nesta breve análise das alterações promovidas pela Lei 12.973 no regime tributário do antigo ágio[5], a principal mudança ocorrida relaciona-se ao cálculo da mais-valia e do ágio por rentabilidade futura. Na sistemática anterior, o valor integral do ágio pago na aquisição de participação societária poderia ser fundamentado na rentabilidade futura da empresa, por exemplo. No modelo atual, ágio é apenas o saldo após a consideração do investimento por equivalência e o valor justo dos ativos líquidos da empresa.

Considerando a diferença de regimes, é relevante analisarmos, separadamente, cada situação em que a definição quanto a qual regime seria aplicável faz-se relevante. É o que passamos a fazer a seguir.

3.1. Aquisição da participação societária e incorporação até 31 de dezembro de 2013

No caso de participações societárias adquiridas até 31 de dezembro de 2013 não há qualquer espaço para dúvidas. Serão aplicados o artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, em sua redação anterior à Lei 12.973, assim como os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. Os efeitos contábeis do registro da operação com base no Pronunciamento Técnico CPC nº 15 (R-1) seriam neutralizados para fins fiscais com base no Regime Tributário de Transição (RTT), mais especificamente com fundamento no artigo 16 da Lei nº 11.941/2009.

Isso significa que, até 31 de dezembro de 2013, a diferença entre o preço de aquisição e o custo do investimento por equivalência patrimonial seria considerada ágio e que o fundamento de tal ágio seria determinado pelo adquirente, tendo por base demonstração ar-

[5] Uma análise das novas regras, conforme previstas na Medida Provisória nº 627/2013, pode ser encontrada no já citado estudo de Raquel Novais e Fernando Tonanni: NOVAIS, Raquel; e TONANNI, Fernando. "Ágio - novo regime jurídico e questões atuais". *In:* MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alexsandro Broedel (coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. 5º volume. São Paulo: Dialética, 2014, pp. 343-355.

quivada pela empresa[6]. O resultado formalizado em tal demonstração não teria que ser igual ao laudo contábil preparado para fins do Pronunciamento Técnico CPC nº 15 (R1), uma vez que o já citado artigo 16 da Lei nº 11.941/2009 afastaria a aplicação desta regra contábil para fins fiscais. Em outras palavras, a empresa teria que preparar dois documentos: um para fins fiscais e outro para fins contábeis.

3.2. Aquisição da participação societária e incorporação até 31 de dezembro de 2014, para não optantes pela antecipação dos efeitos da Lei 12.973

O artigo 75 da Lei 12.973 autorizou as empresas a optarem pela aplicação das regras previstas nesta lei já no ano-calendário de 2014. Em textual:

> "Art. 75. A pessoa jurídica poderá optar pela aplicação das disposições contidas nos arts. 1º e 2º e 4º a 70 desta Lei para o ano-calendário de 2014.
>
> § 1º A opção será irretratável e acarretará a observância de todas as alterações trazidas pelos arts. 1º e 2º e 4º a 70 e os efeitos dos incisos I a VI, VIII e X do *caput* do art. 117 a partir de 1º de janeiro de 2014.
>
> § 2º A Secretaria da Receita Federal do Brasil definirá a forma, o prazo e as condições da opção de que trata o *caput*."

Para as empresas que não fizerem essa opção, o RTT seguirá aplicável durante o ano-calendário de 2014, de modo que os mesmos comentários apresentados no subitem 3.1 são aplicáveis. A utilização do RTT nesses casos está expressamente prevista no artigo 64 da Lei 12.973, cuja redação é a seguinte:

[6] Vale observar que há autores, como Marco Aurélio Greco, para os quais o contribuinte nunca teve liberdade de determinação do fundamento econômico do ágio. Em sua visão, a determinação do fundamento do ágio "é uma questão de fato e não de escolha do contribuinte" (ver: GRECO, Marco Aurélio. "Ágio por expectativa de rentabilidade futura: algumas observações". *In:* WARDE JR., Walfrido Jorge (coord.). *Fusão, cisão, incorporação e temas correlatos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 283). Não nos filiamos a esta orientação, acompanhando o entendimento de Ricardo Mariz de Oliveira, no sentido de que cabe ao contribuinte indicar o fundamento que o levou a pagar o ágio na aquisição da participação societária (cf. OLIVEIRA, Ricardo Mariz. "Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária". *Revista Direito Tributário atual* nº 23. São Paulo: Dialética e IBDT, 2009, p. 469).

"Art. 64. *Para as operações ocorridas* até 31 de dezembro de 2013, para os optantes conforme o art. 75, ou *até 31 de dezembro de 2014, para os não optantes, permanece a neutralidade tributária estabelecida nos arts. 15 e 16 da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009,* e a pessoa jurídica deverá proceder, nos períodos de apuração a partir de janeiro de 2014, para os optantes conforme o art. 75, ou a partir de janeiro de 2015, para os não optantes, aos respectivos ajustes nas bases de cálculo do IRPJ, da CSLL, da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, observado o disposto nos arts. 66 e 67.

Parágrafo único. As participações societárias de caráter permanente serão avaliadas de acordo com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976." (Destaque nosso)

Dessa forma, no caso de aquisições até dezembro de 2014, com a incorporação ainda no mesmo ano, realizadas por *não optantes da aplicação antecipada da Lei 12.973,* o RTT permanecerá plenamente aplicável, neutralizando os efeitos contábeis do Pronunciamento Técnico CPC nº 15 (R1) e afastando o novo regime introduzido pela Lei 12.973.

3.3. Aquisição da participação societária e incorporação até 31 de dezembro de 2014, para optantes pela antecipação dos efeitos da Lei 12.973

Conforme estabelece o já transcrito artigo 64 da Lei 12.973, para as empresas que realizarem a opção prevista no seu artigo 75, o RTT deixará de ser aplicado a partir de 31 de dezembro de 2013. Ou seja, para essas empresas, as alterações trazidas pelos artigos 1º e 2º e 4º a 70 passaram a ser aplicadas desde 1º de janeiro de 2014.

No caso específico das regras sobre o aproveitamento fiscal do ágio, a Lei 12.973 dispôs sobre o tratamento a ser dispensado às aquisições feitas em 2014 em seu artigo 65:

"Art. 65. *As disposições contidas nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532,* de 10 de dezembro de 1997, e nos arts. 35 e 37 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, *continuam a ser aplicadas somente às operações de incorporação, fusão e cisão, ocorridas até 31 de dezembro de 2017, cuja participação societária tenha sido adquirida até 31 de dezembro de 2014.*

Parágrafo único. No caso de aquisições de participações societárias que dependam da aprovação de órgãos reguladores e fiscalizadores para a sua efetivação, o prazo para incorporação de que trata o *caput* poderá ser até 12 (doze) meses da data da aprovação da operação." (Destaque nosso)

Este dispositivo pretendeu resguardar a aplicação das regras atuais sobre amortização do ágio, previstas nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, às aquisições realizadas até 31 de dezembro de 2014, desde que a incorporação ocorra até 31 de dezembro de 2017.

Uma primeira observação é que, no caso de aquisição feita até 31 de dezembro de 2014, com incorporação ainda em 2014, a empresa não optante pela antecipação dos efeitos da Lei 12.973 não se encontra sob o artigo 65, uma vez que, como vimos no item anterior, nesses casos seguirá aplicável o RTT.

Dessa forma, o artigo 65 apenas é aplicável:

- no caso de aquisições realizadas em 2014 com incorporação em 2014 para empresas que tenham feito a opção do artigo 75 da Lei 12.973; e
- no caso de aquisições realizadas em 2014 com incorporação feita entre 1º de janeiro de 2015 e 31 de dezembro de 2017, independentemente da realização ou não da referida opção.

A redação do artigo 65 foi bastante infeliz. Com efeito, ao analisarmos o artigo 7º da Lei nº 9.532/1997, notamos que o mesmo é uma regra que tem por base o artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977. Veja-se sua redação:

"Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea 'a' do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea 'c' do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea 'b' do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº

1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

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

Ao se analisar este artigo, percebe-se que ele faz referência sempre ao artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977. Aí fica a grande questão: imagine-se uma empresa que tenha feito a opção pela aplicação antecipada da Lei 12.973. Neste caso, já em 2014 ela estará pautada, nas aquisições de participação societária, pelo novo artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977. Por outro lado, por força do artigo 65 da Lei 12.973, seguiriam aplicáveis os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. Diante deste quadro, qual seria o artigo 20 sobre o qual será aplicado o este artigo 7º? O antigo artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977 ou o novo? Se a resposta for o novo, o artigo 65, como regra de transição terá um campo muito reduzido de incidência, uma vez que a empresa teria que calcular a mais ou menos-valia e o *goodwill* com base no novo artigo 20.

Para aumentar a confusão criada pela pobreza redacional do artigo 65, assumindo que a empresa que faça a opção prevista no artigo 75 da Lei 12.973 está submetida ao novo artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977 já no ano-calendário de 2014, ao adquirir participação societária ela terá que fazer o laudo da mais ou menos-valia, previsto no parágrafo 3º deste dispositivo.

Tudo o que dissemos acima reforça a indicação de que empresas que adquiram participações societárias relevantes e que pretendam utilizar as regras anteriores à Lei 12.973 devem considerar a possibilidade de *não optarem pela aplicação antecipada desta lei.* Diante da insuficiente redação do artigo 65, a proteção do RTT seria a melhor forma de garantir a aplicação da redação anterior do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977 e dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, de modo que seria indicado que a empresa não fizesse a opção prevista no artigo 75 da Lei 12.973. Obviamente que a decisão

pela opção ou não depende de outras questões além do ágio, mas esta certamente deverá ser levada em conta.

Se em relação ao cálculo do ágio o artigo 65 da Lei 12.973 é insuficiente, ele definitivamente afasta a regra prevista nos artigos 20 e 22 da Lei 12.973, que veda o aproveitamento da mais-valia e do *goodwill* nos casos de operações entre partes dependentes. Isso não significa, contudo, que operações envolvendo o chamado "ágio interno" não possam ser questionadas, apenas que tal questionamento deveria se basear nas circunstâncias do caso concreto, e não em vedação legal.

3.4. Aquisição da participação societária após 1º de janeiro de 2015

Para as participações societárias adquiridas a partir de 1º de janeiro de 2015 já não haverá qualquer dúvida a respeito das regras aplicáveis para a determinação da mais ou menos-valia e do *goodwill*, ou para o tratamento a ser dispensado após a incorporação, uma vez que a Lei 12.973 já estará em vigor e eficaz para todas as empresas.

4. Conclusão

Diante do exposto, é possível sumariar os comentários acima da seguinte forma:

- Aquisição da participação societária e incorporação até 31 de dezembro de 2013: aplicação do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977 em sua redação anterior à Lei 12.973 e dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.
- Aquisição da participação societária e incorporação até 31 de dezembro de 2014, para não optantes pela antecipação dos efeitos da Lei 12.973: aplicação do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977 em sua redação anterior à Lei 12.973 e dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.
- Aquisição da participação societária e incorporação até 31 de dezembro de 2014, para optantes pela antecipação dos efeitos da Lei 12.973: aplicação do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, com a redação dada pela Lei 12.973 e dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.
- Aquisição da participação societária após 1º de janeiro de 2015: aplicação do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, com a redação dada pela Lei 12.973 e dos artigos 20, 21 e 22 da Lei 12.973.

GRANDES QUESTÕES ATUAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO

18º volume

Coordenador

VALDIR DE OLIVEIRA ROCHA

Autores

ALBERTO XAVIER
ALCIDES JORGE COSTA
BETINA TREIGER GRUPENMACHER
CAIO AUGUSTO TAKANO
EDUARDO JUNQUEIRA COELHO
FÁBIO PALLARETTI CALCINI
FERNANDO FACURY SCAFF
GABRIEL LACERDA TROIANELLI
GUILHERME CEZAROTI
HELENO TAVEIRA TÔRRES
HUGO DE BRITO MACHADO
HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO
LUÍS EDUARDO SCHOUERI
MARCIANO SEABRA DE GODOI
MISABEL ABREU MACHADO DERZI
PAULO AYRES BARRETO
PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA
RENATO LOPES BECHO
ROBERTO FERRAZ
SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO
SERGIO ANDRÉ ROCHA
VALTER DE SOUZA LOBATO

DIALÉTICA

São Paulo - 2014