

ÁGIO E GANHO DE CAPITAL:

TRIBUTAÇÃO DE REORGANIZAÇÕES

EMPRESARIAIS



23/05
Quarta-feira



8h30 às 12h30



Auditório FGV Direito SP
Rua Rocha, 233, 2º subsolo
São Paulo/SP

Patrocínio

Afresp



Realização

FGV DIREITO SP

Ágio e ganho de capital: tributação de reorganizações empresariais

O Núcleo de Estudos Fiscais (NEF) da FGV Direito SP, no âmbito do projeto de pesquisa Observatório da Reforma Tributária, convida a todos para colóquio com o objetivo de debater problemas e soluções institucionais para o volumoso contencioso existente no Brasil relacionado à tributação da reorganização de empresas, especialmente o surgimento de ágio e seu tratamento tributário. O colóquio analisará a experiência brasileira e explorará alternativas em linha com as melhores práticas tributárias internacionais.

Data: 23.05.18

Local: Auditório da FGV Direito SP

Coordenação

Eurico Marcos Diniz de Santi - FGV Direito SP

Isaías Coelho - FGV Direito SP

Lina Santin - Mestranda FGV Direito SP

Mesa de Debates

Ana Claudia Akie Utumi - Utumi Law

Isabel Bertoletti - Machado Associados

Bernard Appy - CCiF

Jorge Lopes Jr. - Pinheiro Neto Advogados

Caio Nader Quintella – CARF

Marcos Neder - Trench Rossi Watanabe Advogados

Daniel M. Peixoto - Machado Meyer Advogados

Raquel Novais - Machado Meyer Advogados

Daniele Souto Rodrigues Amadio - IBET

Thais de Barros Meira - BMA Advogados

Fernando Tonani - Machado Meyer Advogados

Vanessa Rahal Canado - CCiF e FGV Direito SP

Patrocínio

Realização

Afresp



FGV DIREITO SP

Relatório de Pesquisa

Eurico Marcos Diniz de Santi

Professor e Coordenador do NEF/FGV Direito SP

João Alho Neto

Pesquisador do NEF/FGV Direito SP e

Mestrando em Direito Tributário na USP

Gabriel Franchito Cypriano

Estagiário de Pesquisa do NEF/FGV Direito SP e

Graduando em Direito na PUC/SP

O Núcleo de Estudos Fiscais - NEF/FGV Direito SP, no âmbito do projeto de pesquisa **Observatório da Reforma Tributária**, realizou, no dia 23.05.2018, o evento **Ágio e Ganho de Capital: tributação de reorganizações empresariais**.

O colóquio buscou debater problemas e soluções institucionais para o volumoso contencioso existente no Brasil relacionado à tributação da reorganização de empresas, especialmente o surgimento de ágio e seu tratamento tributário. Analisou-se a experiência brasileira com vistas a explorar alternativas em linha com as melhores práticas tributárias internacionais.

O evento contou com a coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi (CCiF e FGV Direito SP), Isaías Coelho (CCiF e FGV Direito SP) e Lina Santin (mestranda em direito tributário na FGV Direito SP). Patrocínio da Afresp e do Machado Associados. Apoio institucional do Centro de Cidadania Fiscal - CCiF. Transmissão ao vivo pela página da FGV Direito SP.

Este *paper*, elaborado pelos pesquisadores do NEF/FGV Direito SP, está no formato de relatório de pesquisa e tem como objetivo estruturar os principais pontos abordados pelos debatedores que compuseram a mesa do Seminário, permitindo que as colocações e debates travados

Patrocínio

Afresp



Realização

FGV DIREITO SP

no âmbito do evento sirvam de material de pesquisa para aqueles que se interessam pela temática da tributação do ágio.

A seguir, serão discriminados cada um dos convidados para o Seminário, suas principais colocações e o link que levará ao exato momento do vídeo do evento em que a respectiva fala é encontrada. Ressalta-se que os convidados serão elencados por ordem - que não outra - de fala durante o evento¹.

1. Modelo de tributação do ágio deve ser neutro do ponto de vista econômico

Bernard Appy (CCiF) sustenta o posicionamento de que, do ponto de vista econômico, o modelo de tributação do ágio deve ser neutro, de forma que as reorganizações societárias não poderiam afetar a tributação. Em um sistema neutro, negócios que passam ou não por operações de fusão e aquisição deveriam, em princípio, ser tributados da mesma forma. Neste compasso, a estrutura mais adequada para o ágio deveria, em seu ponto de vista, considerar tanto o lado do comprador quanto o do vendedor. Um incentivo tributário ao comprador (dedutibilidade) aumenta o preço e beneficia o vendedor. Contudo, tributando-se de maneira certa o vendedor, não haveria problema em fornecer o benefício ao comprador.

Cita uma situação anacrônica do sistema, entendida como um “chamariz” para distorções e contencioso tributário: são as alíquotas distintas da tributação do ganho de capital na pessoa jurídica (via de regra, 34%) e na pessoa física (via de regra, 15%). Ressalta, por fim, outra questão relevante: trata-se do timing da tributação do ágio, que, na perspectiva econômica, deve ser feita em tempos semelhantes nas duas pontas (comprador e vendedor)².

2. Resignificação do Ágio

Vanessa Rahal Canado (CCiF e FGV Direito SP) aborda a questão de que, se a dedutibilidade do ágio foi constituído como benefício fiscal às empresas, do ponto de vista econômico também deveria ser irrelevante a utilização de empresas veículo ou não na operação, pois isto gera ineficiências na organização da atividade empresarial e na alocação dos ativos econômicos.

¹ Íntegra do vídeo do evento: <https://youtu.be/Xhkm1YjzLW8?t=23m56s>

² Fala de Bernard Appy: <https://youtu.be/Xhkm1YjzLW8?t=27m35s>

A debatedora critica o fato de que por trás da discussão de utilização de empresa veículo existe, na verdade, um debate valorativo que não guarda relação com a realidade. De um lado, o fisco adotando posicionamento de combate ao planejamento tributário; e do outro lado, os contribuintes tentando o aproveitamento máximo do benefício. No entanto, nenhuma das partes se centra na racionalidade da figura do ágio e em seus desdobramentos econômicos, o que gera um contencioso brutal em torno dessa questão específica.

Frente a esse panorama, a proposta do CCiF sobre o ágio tenta, em primeiro lugar, “desmistificar” duas premissas que foram criadas em torno dele: i) o ágio é um benefício fiscal, quer-se investigar a linha temporal do ágio e seus reflexos empresariais em outros países para confirmar ou não essa hipótese; e em sendo, surge o segundo ponto, ii) foi um benefício criado para as empresas na época das privatizações, como deve ser pensado o ágio hoje?, principalmente tendo em vista a segurança jurídica. A participante demonstra que, como foi criado um cenário muito valorativo em torno do ágio no Brasil, o objetivo do CCiF é ressignificá-lo a partir de uma análise racional, com base nos exemplos internacionais³.

3. A discussão econômica no desenho de política fiscal

Raquel Novais (Machado Meyer Advogados) salienta a importância da discussão econômica para o desenho de política fiscal. Em razão disso, defende que o legislador, ao instituir regimes e alíquotas, deve efetuar as escolhas com base nos dados econômico. Ainda nessa perspectiva, argumenta que a comparação somente entre alíquotas pode induzir ao erro. Isso porque ganho de capital é conceito que obriga comparação entre custo e preço. Na pessoa física não há custos corrigidos como na pessoa jurídica, por exemplo, o que torna, em muitos casos, menor o custo final. Novais ressalta também a importância do timing da tributação e concorda com o posicionamento de Appy sobre o tema⁴.

4. Ágio não é benefício fiscal, mas direito do contribuinte

³ Fala de Vanessa Rahal Canado: <https://youtu.be/Xhkm1YjzLW8?t=34m2s>

⁴ Fala de Raquel Novais: <https://youtu.be/Xhkm1YjzLW8?t=45m25s>

Isabel Bertoletti (Machado Associados) é categórica ao afirmar que o ágio não é um benefício, visão contrária àquela criada na década de 90, conforme evidenciado pela própria debatedora. Define o ágil como elemento a ser considerado como dedutível, que deve se contrapor a receita que lhe dá origem. Em seu entendimento, o custo deve ser apropriado independentemente se foi por meio de empresa veículo ou se o investidor transfere isso como reserva. Do ponto de vista econômico, fatores como empresa veículo deveriam ser irrelevantes. Bertoletti acredita que a lei é razoável de um modo geral, mas que talvez alguns ajustes em seu *modus operandi* sejam necessários⁵.

5. Documentos normativos e o tratamento tributário do ágio

Fernando Tonanni (Machado Meyer Advogados) entende que a Lei 9.532/97 buscou trazer requisitos claros que em sua aplicação, no entanto, comportaram elasticidade e, de certa forma, abuso dos planejamentos, negativas de direitos e não de benefícios. Conforme argumenta, "o receio do futuro é a incerteza do passado", isto é, não se pode perpetuar insegurança jurídica do passado e permitir que conceitos não bem colocados pela lei sejam dispostos ao arbítrio das autoridades fiscais.

Nesse ponto A Lei 12.973/14 foi positiva, na medida em que retirou do debate temas já sedimentados em decisões judiciais e administrativas, mas que não estavam expressas na Lei 9.532/97. Andou bem também ao corrigir um aspecto já apontado pelos contabilistas: localização residual do ágio dedutível como *goodwill*. O desafio futuro estará, em seu ponto de vista, na realização de alterações na legislação que promovam seu alinhamento ao substrato econômico⁶.

6. O que seria uma boa lei para o ágio?

Daniela Souto Rodrigues Amadio (IBET) indaga: o que seria uma boa lei para o ágio? De acordo com o seu ponto de vista, o problema está na aplicação da lei, na medida em que na jurisprudência recente quase nenhum ágio foi aceito. A partir deste dado, tem-se duas possibilidades: ou quase nenhum contribuinte atendeu aos requisitos da lei ou há critérios que dela não fazem parte. A disfunção evidenciada pela debatedora é a utilização de critérios não presentes na legislação, colocados na própria autuação ou em julgamentos administrativos. Questiona se uma solução para a

⁵ Fala de Isabel Bertoletti: <https://youtu.be/Xhkm1YjzLW8?t=50m16s>

⁶ Fala de Fernando Tonani: <https://youtu.be/Xhkm1YjzLW8?t=1h4m35s>

problemática apresentada seria a elaboração de arcabouço legislativo muito mais detalhado. Outro ponto: propostas de diálogo com fisco: novas legislações avançam nesse sentido⁷. **Vanessa Canado** intervém para falar que entende que a solução não está mais ligada a uma mudança cultural, mas sim alteração da própria redação da lei⁸.

7. Imposição de razões e critérios para amortização do *goodwill*

Ana Cláudia Utumi (Utumi Law) demonstra preocupação não só com a falta de critérios, mas também com a mentalidade impositiva das autoridades fiscais, que visam, em muitos casos, impor as razões do contribuinte. A análise do propósito econômico requer a existência de base fática real na operação. Não cabem, nesse contexto, hipóteses e imposições sobre o contribuinte. Questiona qual seria o critério para amortizar, de fato, o *goodwill*⁹.

8. Prevalência da substância sobre a forma

Caio Quintella (CARF) Os principais debates teóricos-jurídicos sobre ágio foram quase que extintos pela Lei 12.973/14, e o que restou foi um embate econômico sobre o tema. Hoje o maior debate na matéria: questões colaterais, inclusive a tese da prevalência da substância sobre a forma. Outro debate tão sensível quanto a qualidade das normas específicas de ágio é o cenário e eventual regulamentação das questões colaterais¹⁰. **Isabel Bertoletti**, frente à exposição de Quintella, intervém e evidencia como o debate de substância sobre a forma é relevante atualmente no Brasil¹¹.

Thais Meira, em seguida, intervém para salientar que substância e propósito comercial não foram positivados no Direito brasileiro. Conforme ressalta, o grande problema está na aplicação da norma jurídica e não em sua construção. A lei anterior (Lei 9.532/97), por exemplo, não trazia requisitos para aproveitamento do ágio. Houve abusos, como o ágio interno, mas que foram corrigidos pela Lei 12.973/14. Agora, o aplicador (tomador de decisão) da norma tenta trazer outros requisitos,

⁷ Fala de Daniela Souto Amadio: <https://youtu.be/Xhkm1YjzLW8?t=1h12m58s>

⁸ Fala de intervenção de Vanessa Cahal Canado: <https://youtu.be/Xhkm1YjzLW8?t=1h21m12s>

⁹ Fala de Ana Cláudia Utumi: <https://youtu.be/Xhkm1YjzLW8?t=1h25m25s>

¹⁰ Fala de Caio Quintella: <https://youtu.be/Xhkm1YjzLW8?t=1h34m24s>

¹¹ Fala de intervenção de Isabel Bertoletti: <https://youtu.be/Xhkm1YjzLW8?t=1h40m31s>

que não foram regulamentados pela Lei 12.973/14 e, portanto, surge a dificuldade de explicar para o contribuinte elementos que não estão positivados¹².

Raquel Novais prossegue a discussão ao afirmar que vários conceitos econômicos são tratados como se fossem problemas de subsunção da lei tributária de ágio. Exemplo: quando a lei diz "real adquirente", traz um problema conceitual gigantesco, pois pode representar qualquer pessoa envolvida na cadeia de aquisição da operação. O CARF, ao se deparar com a matéria, não nota que são adjetivos econômicos e contábeis que implicam, na prática, na impossibilidade de subsunção da lei tributária¹³.

9. Amortização, experiências internacionais e regras de decadência

Marcos Neder (Trench Rossi Watanabe Advogados) aduz que as experiências internacionais demonstram como a amortização do ágio é uma característica quase exclusivamente brasileira. Um paradigma para uma nova discussão é deslocá-la para o ponto de vista do vendedor. Em muitos países, há maneiras de reavaliar a mercado antes de se fazer a aquisição, a exemplo do que acontece nos Estados Unidos. Destaca também a necessidade de haver regras de decadência para o aproveitamento do ágio¹⁴.

10. Alteração da LINDB e segurança jurídica

Júlio de Oliveira (Machado Associados) foca sua participação no tema da segurança jurídica. Cita as alterações na LINDB, trazidas pela Lei 13.655/2018, que visam evitar a pouca ou baixa vinculação que os tomadores de decisão tem em relação à decisões passadas, o que gerava violação à coerência jurídica. Um dos argumentos utilizados pelos julgadores é que inexistia lei ou norma jurídica expressa que os obrigasse a seguir posicionamentos anteriores da própria Administração Pública. Hoje, com a nova LINDB, tem-se norma expressa vinculando o tomador de decisão aos julgados anteriores, fundamentado na segurança jurídica¹⁵.

¹² Fala de intervenção de Thais Meira: <https://youtu.be/Xhkm1Yj7LW8?t=1h43m10s>

¹³ Fala de interveção de Raquel Novais: <https://youtu.be/Xhkm1Yj7LW8?t=1h47m30s>

¹⁴ Fala de Marcos Neder: <https://youtu.be/Xhkm1Yj7LW8?t=1h51m6s>

¹⁵ Fala de Júlio de Oliveira: <https://youtu.be/Xhkm1Yj7LW8?t=1h59m20s>

Daniela Amadio pondera o fato de que a vinculação traz, por um lado, a manutenção da jurisprudência, mas também restringe a atividade do julgador. **Júlio de Oliveira**, como resposta, argumenta que não há vinculação absoluta do julgador com determinado posicionamento, mas há vinculação absoluta no sentido de regulação de uma mudança de posicionamento, na medida em que a liberdade do julgador ou administrador não pode afetar a segurança do administrado¹⁶.

11. Laudo de avaliação e amortização do ágio

Jorge Lopes Jr. (Pinheiro Neto Advogados) trata, primeiramente, do contexto histórico da empresa veículo. Esta derivou de uma interpretação contábil que tinha a finalidade específica de demonstrações financeiras, algo já superado. Além disso, procedeu de um padrão abusivo de fatos do final dos anos 90, período no qual se fazia planejamento tributário para a criação de ágio interno. Em um segundo plano, aprendeu-se um padrão criticável, segundo o qual, ainda que o ágio seja entre partes não relacionadas, a operação será tratada como abusiva.

Em seguida, o debatedor cita o posicionamento comum da PGFN, do qual discorda, de que o laudo deveria ser emitido antes do pagamento. **Jorge Lopes Jr.** demonstra como diversas hipóteses impossibilitam tal posicionamento (como é a desistência da venda), motivo pelo qual a norma contábil, incorporada pela Lei 12.937/14, considera prazo de 13 meses para que fosse elaborado e protocolado o laudo de avaliação. Ainda assim, em seu entendimento, o padrão de julgamento não mudou nas câmaras superiores.

Discorda de que a amortização do ágio é exclusivamente uma questão brasileira¹⁷. Nos EUA, como evidencia o debatedor, há amortização de intangíveis, que inclui uma série de itens, entre os quais se tem o *goodwill*. Neste caso, o intangível é amortizável quando há uma compra de ativos ou compra de ações (desde que tratada como tributada). **Tonanni** intervém e salienta a existência de amortização de ágio de intangíveis em países como a Espanha¹⁸.

¹⁶ Fala de réplica de Daniela Amadio e tréplica de Júlio de Oliveira: <https://youtu.be/Xhkm1Yj7LW8?t=2h10m24s>

¹⁷ Jorge Lopes Jr. cita estudo feito no Chile sobre o modelo de tributação do ágio em vários países. Segue o link de acesso ao material: https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20180131/asocfile/20180131130127/pder476_parraup.pdf.

¹⁸ Fala de Jorge Lopes Jr.: <https://youtu.be/Xhkm1Yj7LW8?t=2h16m13s>

15. Análise tripartite da segurança jurídica

Daniel Peixoto (Machado Meyer Advogados) menciona a análise tripartite da segurança jurídica feita por Misabel de Abreu Machado Derzi, a partir das perspectivas do Legislativo, Administração e Judiciário. Sobre a alteração na LINDB, entende que intuito do projeto era superar uma discussão do STJ com relação a uma questão específica de improbidade administrativa, e vieram em paralelo dispositivos que tratam segurança jurídica. Foi vetado o Parágrafo Único do art.23, o qual tratava da transação em matéria administrativa. O debatedor evidencia como a razão do veto do executivo (considerado em sua figura da Administração Federal) é o não cabimento de composição em matéria de direito público, pois o raciocínio a ser adotado seria de estrita legalidade.

No plano da Administração, Peixoto nota situações em que o auto foi fundamentado por uma argumentação enquanto a decisão que o manteve foi baseada em argumento oriundo de avançado estágio do contencioso administrativo. Há dificuldade em se discutir na primeira instância os argumentos debatidos na câmara superior do CARF.

Pela perspectiva Judicial, o debatedor evidencia como muitas discussões não chegam aos tribunais superiores. Além disso, destaca como, a depender da região onde determinada empresa é domiciliada e da estratégia processual por esta adotada, terá uma decisão distinta das demais, sem passar por uma sedimentação nos Tribunais Superiores¹⁹.

16. Ágio e imprevisibilidade

Thais Barros Meira (BMA Advogados) destaca a discussão sobre existência ou não do ágio no futuro. Em se decidindo pela sua continuação, com base na preocupação acerca da segurança jurídica, deve-se estabelecer efetivamente seus limites. Conforme pontua, o ágio não é benefício fiscal, mas um direito do contribuinte. Contudo, a imprevisibilidade é enorme, motivo pelo qual o investidor não entende os reais limites deste direito²⁰.

¹⁹ Fala de Daniel Peixoto: <https://youtu.be/Xhkm1Yj7LW8?t=2h34m20s>

²⁰ Fala de Thais Barros Meira: <https://youtu.be/Xhkm1Yj7LW8?t=2h47m10s>