

REVISTA  
**TRIBUTÁRIA**  
E DE FINANÇAS PÚBLICAS  
**RTrib**

ANO 24 • 128 • MAIO-JUNHO • 2016

COORDENAÇÃO:  
EDVALDO PEREIRA DE BRITO

PUBLICAÇÃO OFICIAL



THOMSON REUTERS  
**REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™**

ISSN 1518-2711

# REVISTA TRIBUTÁRIA

e de finanças públicas

Ano 24 • vol. 128 • maio-jun. / 2016

*Coordenação-geral*

**EDVALDO PEREIRA DE BRITO**

*Coordenação de Jurisprudência*

**MARCELO CAMPOS**



© edição e distribuição da  
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

*Diretora Responsável*

**MARISA HARMS**

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda  
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450  
CEP 01136-000 – São Paulo  
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT  
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)  
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor  
[sac@rt.com.br](mailto:sac@rt.com.br)

e-mail para submissão de originais  
[aval.artigo@thomsonreuters.com](mailto:aval.artigo@thomsonreuters.com)

Visite nosso site  
[www.rt.com.br](http://www.rt.com.br)

Impresso no Brasil: [06-2016]  
Professional  
Fechamento desta edição: [11.05.2016]



**A DESCONSIDERAÇÃO DO LAUDO DE MENSURAÇÃO  
DOS ATIVOS E DO ÁGIO POR RENTABILIDADE FUTURA PREVISTO  
NA LEI 12.973/2014, E A OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS  
DA MOTIVAÇÃO, AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO**

---

*THE DISREGARD OF THE REPORT OF MEASUREMENT OF ASSETS AND GOODWILL  
FOR FUTURE PROFITABILITY UNDER LAW 12.973/2014 AND COMPLIANCE WITH  
THE PRINCIPLES OF MOTIVATION, LEGAL DEFENSE AND CONTRADICTORY*

**CLÁUDIO TESSARI**

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter Laureate International Universities. Pós-graduado em Gestão de Tributos e Planejamento Tributário Estratégico pela PUC-RS. Professor livre-docente dos cursos de Pós-graduação em Direito Tributário do Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter Laureate International Universities, Pós-graduação em Direito Tributário da PUCRS-IET, Pós-graduação da Faculdade de Administração, Contabilidade e Economia da PUC-RS, Pós-graduação em Direito de Família e Sucessões da PUC-RS, Pós-graduação em Direito e Gestão Tributária da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Pós-graduação em Direito de Família Contemporâneo e Mediação da Faculdade de Desenvolvimento do Estado do Rio Grande do Sul – FADERGS, Sócio da Bernardon, Gerent & Tessari Advogados Tributaristas Associados S.S. Advogado Tributarista em Porto Alegre/RS. tessari@bgt.adv.br

**ORONTES PEDRO ANTUNES MARIANI**

Pós-graduado em Gestão de Tributos e Planejamento Tributário Estratégico e em Processo Civil pela PUC-RS. Pós-graduado em Direito e Economia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Advogado em Porto Alegre/RS. orontesmariani@gmail.com

**ÁREA DO DIREITO:** Tributário; Comercial/Empresarial; Societário

**RESUMO:** A Lei 12.973/2014 regula a forma de utilização do ágio, determinando que se o contribuinte que adquirir participação societária com ágio e incorpora-la poderá utilizá-lo para fins fiscais desde que, na data da aquisição, tenha elaborado laudo de mensuração da mais ou me-

**ABSTRACT:** Law 12.973/2014 regulates how to use the goodwill, determining that the taxpayer to acquire equity interest with goodwill and incorporates it may use it for tax purposes, provided that, at the acquisition date, has produced award of measurement more or less

nos-valia dos ativos e passivos adquiridos, sendo que esses valores devem ser reportados à Receita Federal de maneira não viciada e sem incorreções de caráter relevante. O objetivo deste artigo é examinar de que forma a fiscalização pode desconsiderar tal laudo, demonstrando que isso deverá ocorrer por meio de uma autuação fiscal, com a observância dos princípios da motivação, ampla defesa, contraditório e das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (art. 2º, *caput* e parágrafo único, VIII, da Lei 9.784/99).

**PALAVRAS-CHAVE:** Laudo de mensuração do valor justo previsto na Lei 12.973/2014 – Desconsideração – Ágio – Processo administrativo – Devido processo legal – Ampla defesa.

value of acquired assets and liabilities, and these values should be reported to the Internal Revenue untainted and without relevant character inaccuracies way. The purpose of this article is to examine how the supervision can disregard this report, demonstrating that this should occur through a tax assessment, with the observance of the principles of motivation, legal defense, contradictory and essential procedures to guarantee the rights of citizens (art. 2, *caput* and § unique VIII of Law no. 9,784/1999).

**KEYWORDS:** Measurement report of the fair value provisions of Law n. 12.973/2014 – Disregard – Agio – Administrative process – Due process – Legal defense.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Método de procedimento. 3. A gênese e evolução legislativa acerca da utilização fiscal do ágio no Brasil. 4. O ágio como valor residual e a mensuração do valor justo. 5. O processo administrativo fiscal. 6. A desconsideração do laudo de mensuração da mais ou menos valia dos ativos e passivos, e a observância dos princípios da motivação, ampla defesa, contraditório e das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados. 7. Conclusões. 8. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O ágio é um elemento fundamental na combinação de negócios. De um lado, é o “lucro” do vendedor; de outro, é o “sobrepço” pago pelo comprador. Sensível a esse argumento, desde 1997 a lei tributária brasileira permite ao adquirente da participação societária com ágio a sua utilização para fins fiscais, mediante o reconhecimento desse ágio como uma despesa e, conseqüentemente, reduzindo a base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Contudo, em decorrência do ágio caracterizar-se num elemento originário das ciências contábeis (e da economia), mas disciplinado pelo direito, em muitas oportunidades ocorreram equívocos tanto na sua correta identificação e utilização, pois o que o ágio representava para uma das ciências antes citadas não necessariamente teria que representar para outra, e assim estabeleceu-se um ambiente movediço para os agentes do mercado.

Pois bem, objetivando resolver tais questões interpretativas, já que desde o ano de 1997, no Brasil, o ágio – como o conhecemos hoje – tornou-se dedutível, o Governo Federal editou e promulgou a Lei 12.973/2014.

E, sendo o direito um movimento contínuo de contraposições, se de um lado a referida Lei resolveu alguns problemas, acabou, inevitavelmente, criando outros. No que nos interessa, os arts. 21, § 4.º, e 22, § 2.º, da Lei 12.973/2014, estabeleceram que o laudo de mensuração da mais ou menos-valia dos ativos e ágio por rentabilidade futura (*goodwill*) de que trata o art. 20, § 3.º, do Dec.-lei 1.598/1977 poderá ser desconsiderado, para fins de apuração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (IRPJ/CSLL), na hipótese em que os dados nele constantes apresentem comprovadamente vícios ou incorreções de caráter relevante.

Estabeleceu, ainda, que se o contribuinte mensurar a mais-valia dos ativos líquidos incorporados por meio de um laudo viciado ou com incorreção de caráter relevante, não poderia utilizar o ágio. Contudo, de que maneira pode a fiscalização “desconsiderar” o laudo e, com isso, negar a utilização do ágio? A relevância desse questionamento é compreender o contexto da “desconsideração” e, a partir de então, de que forma a Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e que materializa, no plano prático, a observância dos princípios da motivação, ampla defesa, contraditório e das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (art. 2.º, *caput* e parágrafo único, VIII, da Lei 9.784/1999).

## 2. MÉTODO DE PROCEDIMENTO

Nesse artigo examina-se a correção da forma de desconsideração do laudo de mensuração da mais ou menos-valia dos ativos e do ágio por rentabilidade futura previsto na Lei 12.973/2014, com a observância dos princípios da motivação, ampla defesa, contraditório e das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (art. 2.º, *caput* e parágrafo único, VIII, da Lei 9.784/1999).

Elegeu-se, então, o método de abordagem hipotético (não está correta a forma de desconsideração do laudo de mensuração da mais ou menos-valia dos ativos e do ágio por rentabilidade futura previsto na Lei 12.973/2014); dedutivo (tendo em vista a inobservância dos princípios da motivação, ampla defesa, contraditório e das formalidades essenciais à garantia dos administrados).

Para tanto, estabelece-se uma análise da exposição de motivos da Lei 12.973/2014, comparando-os com as disposições legais até então vigentes acerca do tratamento fiscal do ágio para fins de tributação do IRPJ e CSLL.

Identificam-se, da mesma forma, quais são os vícios e especialmente as incorreções que tornam o laudo “desconsiderável” para, então, nesse ponto, demonstrar que tal desconsideração só poderá ocorrer por meio de uma autuação

fiscal, que se caracteriza num processo administrativo que, sem dúvidas, deve observância aos princípios da motivação, ampla defesa, contraditório e das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (art. 2.º, *caput* e parágrafo único, VIII, da Lei 9.784/1999).

Assim, ao final, identifica-se a forma correta (legal e constitucional) por meio da qual a Autoridade Fazendária poderá, eventualmente, desconsiderar o laudo de mensuração da mais ou menos-valia dos ativos e do ágio por rentabilidade futura, sem ferir de morte os direitos e garantias dos administrados.

### 3. A GÊNESE E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA ACERCA DA UTILIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO NO BRASIL

A tributação é um fenômeno multifacetado e, portanto, é objeto de estudo de diversas disciplinas, dentre as quais a administração, a economia, a contabilidade e o direito.<sup>1</sup> No Brasil, a exemplo de uma série de outros países, a tributação é um fenômeno dominado principalmente pela conjugação da contabilidade e do direito, sendo que o direito mantém forte ascendência sobre a contabilidade.<sup>2</sup>

A questão envolvendo o ágio, seu reconhecimento e utilização para fins fiscais, é um dos temas de maior relevância em matéria tributária no Brasil de hoje.<sup>3</sup> Trata-se de matéria que efetivamente combina direito, economia, administração e contabilidade, produzindo efeitos em tais áreas e, portanto, é objeto de estudo de todas essas disciplinas.

No tocante ao direito, a gênese está na Lei das Sociedades por Ações, Lei 6.404/1976 (LSA), no seu art. 248, que regulamentou e fixou a forma de contabilização do investimento em sociedades coligadas e controladas, ou seja, pelo valor de patrimônio líquido via método de equivalência patrimonial. A LSA é uma lei fundamental no tocante à aplicação da matéria contábil às empresas, como se pode ver, com maior destaque, a partir do seu art. 175, que inicia o tratamento do Exercício Social e Demonstrações Financeiras.

Sendo o lucro um fenômeno inicialmente apurado pela contabilidade, e sendo a LSA a lei que trata da forma de apuração do lucro social, em 1977

1. POHLMANN, Marcelo Coletto. *Tributação e política tributária: uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo: Altas, 2006. p. 19.

2. *Idem*, p. 112.

3. CHARNESKI, Heron. A nova disciplina tributária do ágio. *Revista Dialética de Direito Tributário* 235/89.

foi editado o Dec.-lei 1.598 com objetivo de extrair da LSA os elementos necessários para apuração do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ).<sup>4</sup> Mas, além disso, no contexto da ascendência do direito sobre a contabilidade, também acabou por criar regras contábeis, dentre as quais, a propósito do ágio.

O art. 20 do Dec.-lei 1.598/1977 definiu que o ágio era a diferença entre o preço de aquisição da participação societária e o valor do patrimônio líquido da adquirida. Em resumo, o sobrepreço pago pelo adquirente ao vendedor da participação. Desta forma, quando a sociedade adquiria participação societária sujeita ao regime do art. 248 da LSA deveria, fiscalmente, dividir o valor pago em valor de patrimônio líquido e ágio, sem que isso trouxesse qualquer impacto fiscal.

Contudo, para a ciência contábil, ensinam André Mendes Moreira, Patrícia Dantas Gaia e Eduardo Lopes de Almeida Campos,<sup>5</sup> que o conceito contábil de ágio era diferente. Consistia na diferença entre o preço dos ativos da empresa, isoladamente considerados, e o valor de mercado da companhia como um todo. A perspectiva era holística, e não atomista; a base era o valor de mercado da empresa, e não o seu valor do patrimônio líquido.

Além do mais, o art. 20, § 2.º, do Dec.-lei 1.598/1977, adotou a divisão tripartida do fundamento econômico do ágio, distinção que não fazia sentido para a teoria contábil e tornou problemática e confusa a sua contabilização.<sup>6</sup> E, como se não fosse suficiente o distanciamento já estabelecido entre a contabilidade e o direito acerca do reconhecimento e mensuração do ágio, o Dec.-lei 1.598/1977 ainda estabeleceu que dentre as três alternativas, o adquirente da participação societária deveria escolher apenas uma, ou seja, ou o ágio era decorrente do (a) valor de mercado dos ativos superior ou inferior ao custo contabilizado, ou da (b) expectativa de rentabilidade futura, ou do (c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. Quanto aos valores reconhecidos como (a) ou (b), bastaria a mera demonstração arquivada pelo contribuinte na contabilidade para amparar a escrituração do ágio.

4. Posteriormente, com a Lei 7.689/1988, foi instituída a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), cuja incidência, no tocante ao ágio e seu tratamento, é idêntica ao do IRPJ. Assim, a CSLL será tratada conjuntamente com o IRPJ pela sigla IRPJ/CSLL.

5. MOREIRA, André Mendes; GAIA, Patrícia Dantas; CAMPOS, Eduardo Lopes de Almeida. O tratamento fiscal do ágio e a problemática do ágio interno antes e após a vigência da Lei 12.973/14. *Revista Dialética de Direito Tributário* 228/7-8.

6. *Idem*, p. 9.

Lembram André Mendes Moreira, Patrícia Dantas Gaia e Eduardo Lopes de Almeida Campos:<sup>7</sup>

“De fato, havia para o legislador brasileiro duas opções: silenciar-se e relegar à contabilidade o papel de definir o método de avaliação destes investimentos e seus reflexos no resultado e, só então, determinar a forma de ajuste para obtenção do Lucro Real; ou dispor desde logo sobre a forma de avaliação sobre o seu tratamento fiscal. O caminho escolhido foi o segundo (...)”.

Antonio Trevisan Neto,<sup>8</sup> citando a doutrina de Hans Kelsen, refere que no momento em que o legislador dispôs exaustivamente acerca do ágio no Dec.-lei 1.598/1977, colocou-o dentro do mundo jurídico dando-lhe significado jurídico próprio. E o que já era complexo ficou ainda mais em 1997, com a Lei 9.532, que possibilitou a utilização do ágio para fins fiscais da maneira como temos hoje.

Essa possibilidade apenas veio no contexto do Plano Nacional de Desestatização (Lei 9.491/1997) e a sua regulamentação fiscal (Lei 9.532/1997), cujo intuito era de tornar as aquisições de sociedades mais atrativas pelo setor privado, especialmente a privatização das estatais. De fato, a possibilidade de utilização do ágio é uma importante ferramenta de incentivo às reestruturações societárias, na medida em que basicamente 34%<sup>9</sup> do valor pago a título de ágio é recuperado pelo investidor como redução do lucro tributável.

O art. 7.º da Lei 9.532/1997 estabeleceu que a pessoa jurídica que absorvesse o patrimônio de outra em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detivesse participação societária adquirida com ágio ou deságio apurada na forma do Dec.-lei 1.598/1977, poderia amortiza-lo caso seu fundamento fosse a rentabilidade futura na razão de 1/60 para cada período de apuração. Se o ágio fosse apurado com base no valor de mercado dos bens do ativo superior ou inferior ao custo registrado na contabilidade, o ágio seria integrado ao custo do bem e seria utilizado na apuração do ganho ou perda de capital em eventual alienação ou depreciado, amortizado ou exaurido, conforme a sua natureza. Já se o ágio fosse baseado em fundo de comércio, intangíveis ou outro fundamento econômico, não haveria benefício fiscal algum. Quanto ao reconhecimento e mensuração do ágio, permanecia a obrigatoriedade de demonstra-lo em documento arquivado junto à contabilidade.

7. *Idem*, p. 7.

8. TREVIAN NETO, Antonio. Breves comentários sobre as alterações legislativas promovidas pela Lei 12.973/14 relativas ao tratamento tributário do ágio. *Revista Dialética de Direito Tributário* 232/50.

9. 25% de IRPJ e 9% de CSLL.



Desde então os Entes Tributantes passaram a fiscalizar de uma forma mais efetiva e, em muitos casos, lavrar autos de infração em relação a planejamentos tributários que utilizavam, justamente, o ágio,<sup>10</sup> como uma ferramenta para tal. E, antes que os tribunais administrativos e judiciais colocassem fim às contendas daí decorrentes, a edição das Leis 11.638 de 2007; 11.941 de 2009 e, finalmente, 12.973 de 2014, acabaram por levar a efeito tal desiderato.

Primeiramente, a Lei 11.638/2007, alterou dispositivos da LSA para modernizá-la e harmonizá-la aos os princípios e melhores práticas contábeis internacionais, inserindo o Brasil no contexto de globalização econômica.<sup>11</sup> Essa alteração também conferiu poderes a entidades como a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Banco Central do Brasil (BCB) e outros órgãos para deliberar sobre a internalização das práticas contábeis internacionais, tornando o processo de assimilação destas regras mais dinâmico. Paulo Henrique Pêgas<sup>12</sup> refere que neste momento a ciência contábil passou a ter papel de maior destaque, deixando de ser coadjuvante do direito nas matérias que lhes são conexas.

Em seguida, a Lei 11.941/2009 criou o Regime Tributário de Transição (RTT), com objetivo de neutralizar o impacto fiscal das novas práticas contábeis, até a criação de um regime tributário adequado à nova contabilidade.

No mesmo sentido, a Lei 12.973/2014, plenamente em vigor desde 01.01.2015, finalmente criou o novo regime tributário para apuração do IRPJ/CSLL,<sup>13</sup> com a extinção do RTT, dando o tratamento fiscal às novas práticas contábeis instituídas inicialmente pela Lei 11.637/2007 e, hoje, recheada com os variados normativos técnicos específicos, com destaque para os Pronunciamentos do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) e ao seu pronunciamento n. 15,<sup>14</sup> também chamado de CPC 15, que trata justamente da mensuração e reconhecimento do ágio na combinação de negócios.

Não obstante a Lei 12.973/2014 trazer notáveis alterações para comportar a novel contabilidade quanto à utilização do ágio, principalmente no que con-

10. CHARNESKI. Op. cit., p. 92-93.

11. Conforme consta da exposição de motivos no Projeto de Lei 3.741/2000 (Lei 11.638/2007). Disponível em: [[www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrar\\_integra.jsessionid=0F7899D5A0BD5826361934308CE444D0.proposicoesWeb2?cod\\_teor=1118734&filename=Dossie+-PL+3741/2000](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrar_integra.jsessionid=0F7899D5A0BD5826361934308CE444D0.proposicoesWeb2?cod_teor=1118734&filename=Dossie+-PL+3741/2000)]. Acesso em: 01.12.2015.

12. Em palestra ministrada em 05.08.2014 no Sistema FIRJAN. Rio de Janeiro. Disponível em: [<https://www.youtube.com/watch?v=qgB0vPtHRVo>]. Acesso em: 03.12.2015.

13. A Lei também trata do impacto da nova contabilidade para a incidência do PIS/PASEP e a COFINS.

14. Disponível em: [[www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos/Pronunciamento?Id=46](http://www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos/Pronunciamento?Id=46)]. Acesso em: 03.12.2015.

cerne à forma de sua mensuração e reconhecimento, acabou por manter a regra anterior na qual o adquirente deveria incorporar o patrimônio da sociedade controlada e adquirida com ágio, amortizando-o na razão de 1/60.

#### 4. O ÁGIO COMO VALOR RESIDUAL E A MENSURAÇÃO DO VALOR JUSTO

A Lei 12.973/2014 determinou que ao adquirir participação societária contabilizada pelo valor de patrimônio líquido, o contribuinte deve desdobrar o custo de aquisição em (a) valor de patrimônio líquido, (b) mais ou menos-valor dos ativos líquidos e por fim, o que sobejar desse cálculo, (c) ágio (também denominado *goodwill*), com fundamento exclusivo na rentabilidade futura. Portanto, o ágio tornou-se um valor residual.<sup>15</sup>

Por ser residual, a mensuração do ágio passou a depender da prévia mensuração do valor do patrimônio líquido da investida (proporcional ao investimento adquirido) e, fundamentalmente, da mais ou menos-valor, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida na proporção da porcentagem da participação adquirida, pois, em situação normal,<sup>16</sup> quanto maior for a mais-valor, menor será o ágio, e vice-versa.

Contudo, não se trata de qualquer mensuração. A Lei 12.973/2014 deu relevância qualificada ao expediente, determinando que o contribuinte deva apurar o valor justo em laudo elaborado por perito independente protocolado na Receita Federal ou cujo sumário deve ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13.º mês subsequente ao da aquisição da participação. E, ainda que o faça tempestivamente, a Receita Federal poderá desconsiderar o laudo se ele contiver vício ou incorreção de caráter relevante.

Ao valor justo, portanto, foram direcionados todos os holofotes, pois a tempestiva e correta mensuração é condição fundamental para a utilização fiscal tanto do ágio quando do próprio valor justo,<sup>17</sup> conforme dicção dos arts. 20, 4.º, e 22, § 2.º, da Lei 12.973/2014.

Eduardo de Brito ensina que o termo valor tem duas acepções:<sup>18</sup> pode designar a utilidade de um objeto ou o poder que esse objeto tem para comprar

15. TREVIAN NETO. Op. cit., p. 50.

16. Assim compreendida uma situação de não compra vantajosa.

17. A utilização do valor justo para fins fiscais não é objeto do presente estudo.

18. BRITO, Eduardo de. *Um estudo sobre a subjetividade na mensuração do valor justo na atividade da pecuária bovina*. Dissertação de Mestrado em Controladoria e Contabilidade. Ribeirão Preto, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da

outros objetos, ou seja, seu valor de troca. Existem coisas com alto valor de utilidade, como ar e água, mas com baixo valor de troca. Por outro lado, há bens com alto valor de troca, mas baixa utilidade, como o ouro. A utilidade não é medida pelo valor de troca, embora a utilidade seja essencial, pois algo que não é útil não pode ter valor de troca.

Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saadi<sup>19</sup> contam a história da aquisição da ilha de Manhattan pelos holandeses, no ano 1626. Diz a lenda que naquele ano os representantes do governo holandês comparam a ilha por US\$ 24 dos nativos que lá habitavam. Evidente que, seguindo as tradições dos comerciantes europeus, o pagamento foi realizado com objetos usuais nas trocas entre índios e brancos: espelhos, tintas, panos e “só não incluiu um radinho de pilha porque ainda não havia sido inventado”. No ano de 1667, entretanto, frente ao poderio bélico dos ingleses, os holandeses aceitaram trocar a ilha de Manhattan por uma porção de terras chamada Guiana (hoje Suriname).

Verídica ou não, a lição é apenas uma:

“Não se pode dizer que a troca representou um negócio da China para os holandeses, mas, afinal, a então Guiana valia mais de US\$ 24, mesmo em moeda e não em quinquilharias. Para os índios, certamente, os badulaques recebidos deveriam ter mais valor do que uma ilha em meio a tantas outras”.<sup>20</sup>

Por este motivo é que a contabilidade escolheu o critério do valor de troca, mais objetivo, e não o valor de utilidade, mais subjetivo, para fins de mensuração do valor justo de um ativo. O CPC 46<sup>21</sup> determina que o valor justo é o preço que seria recebido pela venda de um ativo ou que seria pago pela transferência de um passivo em uma transação não forçada entre participantes do mercado na data da mensuração. No plano jurídico, a Lei 12.973/2014 não traz uma formatação jurídica pura para o valor justo, como, por exemplo, o Dec.-lei 1.597/1988 fizera com o ágio na sua redação primitiva. Por sua vez, a LSA, no seu art. 183, § 1.º, conceitua o valor justo como sendo, basicamente, o valor que o bem poderia ser vendido (ou comprado) em um mercado. Logo, embora de forma menos precisa, caminha na mesma trilha do CPC 46.

---

Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/96/96133/tde-07012011-105511]. Acesso em: 02.12.2015.

19. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 114-115.

20. *Idem*, p. 115.

21. Disponível em: [www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos/Pronunciamento?Id=78]. Acesso em: 01.12.2015.

---

TESSARI, Cláudio; MARIANI, Orontes Pedro Antunes. A desconsideração do laudo de mensuração dos ativos e do ágio por rentabilidade futura previsto na Lei 12.973/2014, e a observância dos princípios da motivação, ampla defesa e contraditório. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. vol. 128. ano 24. p. 305-329. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2016.

Juarez Freitas<sup>22</sup> ensina que o sistema jurídico é uma rede “axiológica e hierarquizável” de princípios, normas e valores jurídicos cujo sentido é, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático de Direito, assim consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição. E o sistema não se constrói dotado de estreitos e definitivos contornos, “máxime porque o dogma da completude não resiste à constatação de que as contradições e lacunas acompanham as normas, à feição de sombras irremovíveis”.<sup>23</sup>

Nesse panorama, relembra-se que a Lei 11.638/2007 foi editada no sentido de inserir a contabilidade brasileira na contabilidade internacional. A lei, inclusive, possibilitou a celebração de convênio entre a CVM, BCB e demais órgãos e agências reguladoras com entidade cujo objeto seja o estudo e a divulgação de princípios, normas e padrões de contabilidade e de auditoria, podendo, no exercício de suas atribuições regulamentares, adotar, os órgãos, no todo ou em parte, os pronunciamentos e demais orientações técnicas emitidas. Em decorrência disso, ciente das implicações fiscais que tais pronunciamentos podem atingir a Lei 12.973/2014, no seu art. 58, estabelece que a modificação ou a adoção de métodos e critérios contábeis, por meio de atos administrativos emitidos com base em competência atribuída em lei comercial, que sejam posteriores a sua publicação, não terão implicação na apuração dos tributos federais até que lei tributária regule a matéria.

Assim sendo, tem-se claramente que a exegese de norma, isto é, o sentido que se extrai do sistema jurídico, preceitua que para a concretização do objetivo de incluir o Brasil no rol de países que adotam a contabilidade comercial, fortalecendo a posição do mesmo no cenário econômico mundial, a contabilidade brasileira deve estar conectada à internacional. Se as práticas internacionais preceituarem que determinado ativo deve ser contabilizado da maneira X, e não Y, e essas determinações forem recepcionadas no Brasil, assim deve ser feito. E essa alteração não trará efeito fiscal até que haja lei nesse sentido. Daí porque é plausível admitir que o conceito contábil de valor justo adotado pela contabilidade no CPC 46 é o mesmo conceito de valor justo que trata a Lei 12.973/2014.

Importante notar que o CPC 46 refere que o objetivo da mensuração do valor justo é estimar o preço pelo qual um ativo poderia ser vendido

22. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 273.

23. *Idem*, p. 41.

ou um passivo transferido “na data da mensuração sob condições atuais de mercado”.<sup>24</sup> De fato, o objetivo do CPC 46 é a precisão do reporte no balanço atual da empresa. Porém, quando se analisa a mensuração do valor justo dos ativos líquidos discriminados no laudo referido no Dec.-lei 1.598/1977 e na Lei 12.973/2014, identifica-se, de forma clara, que o objetivo é captar o valor justo na data da aquisição da participação societária (sequer se trata da data da incorporação), na medida em que essa é a data-base para fins de mensuração do ágio.

Já o CPC 00,<sup>25</sup> que trata da estrutura conceitual para elaboração e divulgação de relatório contábil-financeiro, estabelece que as demonstrações contábeis devam ter duas características qualitativas fundamentais: a relevância e, no que ora interessa, a representação fidedigna:

“15. A representação fidedigna diz respeito a três atributos: a informação precisa ser completa, precisa ser neutra e precisa ser livre de erro. Para ser completa, precisa contar o necessário para que o usuário compreenda o fenômeno que está sendo retratado. Para ser neutra, precisa estar desprovida de viés na seleção ou na apresentação, não podendo ser distorcida para mais ou para menos. Ser livre de erro não significa total exatidão, mas sim que o processo para obtenção da informação tenha sido selecionado e aplicado livre de erros. No caso de estimativa, ela é considerada como tendo representação fidedigna se, além disso, o montante for claramente descrito como sendo estimativa e se a natureza e as limitações do processo forem devidamente reveladas”.

Importante reforçar que informação livre de erro não é informação totalmente precisa, mas, sim, informação obtida com uma metodologia livre de erros. Noutras palavras, aplicando-se a mesma metodologia, livre de erros, chegar-se-ia à mesma informação reportada. Esse dado é relevante, uma vez que a lei, ao tratar da desconsideração do laudo de mensuração do valor justo, refere “vícios” e “incorrecções de caráter relevante”. E a desconsideração leva à impossibilidade de utilização do ágio (e da mais-valia) para fins fiscais. A consequência, portanto, é determinante.

Heron Charneski<sup>26</sup> refere que “vício” é termo apropriado pela ciência jurídica, remetendo ao disposto no art. 138 e ss. do CC brasileiro e que compromete a validade dos negócios jurídicos. Por outro lado, “incorrecções” e

24. Item B2, dentre outros.

25. Disponível em: [[www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos/Pronunciamento?Id=80](http://www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos/Pronunciamento?Id=80)]. Acesso em: 01.12.2015.

26. CHARNESKI. Op. cit., p. 96.

“caráter, relevante” remetem à linguagem comum, pouco precisa. Entende-se, porém, que a Lei 12.973/2014, ao tratar da incorreção, não remeteu à linguagem comum, e sim à linguagem contábil. Assim, compreende-se que a Lei 12.973/2014 elencou dois fundamentos para a desconsideração do laudo: um jurídico propriamente dito (vício) e outro contábil (incorreção). Quanto ao caráter relevante, de fato, a referida lei parece ter remetido à linguagem comum.

A propósito da incorreção, a norma extraída das Leis 11.638/2007 e 12.973/2014 também auxilia o intérprete. Se a Lei está tratando de um fenômeno contábil, a incorreção de caráter relevante também é aquela disciplinada pela contabilidade. Desta forma, em linha com o CPC 00, o laudo não precisa reportar informação totalmente correta, mas sim obtida em processo selecionado e aplicado livre de erros. Logo, reaplicando-se a mesma metodologia utilizada para a mensuração, com as mesmas informações disponíveis na data da mensuração, deve se chegar à mesma conclusão reportada pelo contribuinte no laudo.

## 5. O PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

José Antonio Saravis<sup>27</sup> ensina que o princípio do Estado de Direito é que conduz a atividade estatal à submissão ao direito que reclama pleno respeito a normas constitucionais. Logo, não há como se avançar sobre bens e interesses dos particulares, de maneira direta ou oblíqua, sem que se empreste respeito à dialética de posicionamentos. Como ensina Roque Antonio Carrazza,<sup>28</sup> a tributação é uma forma de subtração da propriedade privada, um direito, motivo pelo qual, para que a subtração esteja em conformidade com a Constituição, ela deve respeitar as garantias fundamentais do cidadão. Prossegue o autor:

“Queremos deixar gravado, ainda, que em todo e qualquer processo administrativo-tributário de que possa resultar um dano jurídico, uma restrição ou sacrifício de direito, deve ser proporcionada ao contribuinte a possibilidade de defesa eficaz, aí compreendida a defesa técnica (com a presença, pois, de advogado) e, especialmente, a dupla instância administrativa, que vai ensejar uma discussão mais isenta do caso. Deveras, a decisão do órgão superior será prolatada por um colegiado, constituído, paritariamente, por representantes da Fazenda e dos Contribuintes, circunstância que assegura, de modo mais

27. SARAVIS, José Antonio. O processo administrativo fiscal e a Lei 9.784/99. *Revista Dialética de Direito Tributário* 94/81.

28. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 437.

intensivo, a imparcialidade, que deve permear as decisões administrativas em geral. O direito de defesa é elementar, sagrado e inafastável.”<sup>29</sup>

O normativo que rege o processo administrativo fiscal é o Dec. 70.235, de 1972, anterior, portanto, à Constituição Federal de 1988 (CF/1988), que estabeleceu uma vasta gama de instrumentos de defesa do cidadão contra o Estado, aqui compreendidos, especialmente, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, todos inclusive na esfera administrativa.

O Dec. 70.235/1972 contém disposições acerca do direito de defesa, contraditório e duplo grau de jurisdição administrativa. Contudo, não na extensão prevista na CF/1988 e instrumentalizadas em 1999, com a Lei 9.784, que estabelece “normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta”.

Ensina José Antonio Savaris:<sup>30</sup>

“Os parâmetros básicos da lei geral do processo administrativo são os ditames constitucionais que asseguram a aplicação, nos processos administrativos, dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Segundo Caio Tácito, presidente da Comissão constituída para a elaboração do projeto de lei sobre as normas gerais do procedimento administrativo, teve-se presente ‘que o sistema legal resguarda, quanto a matérias específicas, a observância de regimes especiais que regulam procedimentos próprios, como o tributário, licitatório ou disciplinar, a par do âmbito de competência de órgãos de controle econômico e financeiro. Por esse motivo, o projeto ressalvou a eficácia de leis especiais, com a aplicação subsidiária das normais gerais a serem editadas.’”

A competência para legislar sobre o direito processual é exclusiva da União, mas União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm competência concorrente para legislar sobre o procedimento processual. José Antonio Savaris,<sup>31</sup> citando James Marins, relata que a expressão “direito processual” diz respeito ao conjunto de regras inerentes à solução de conflitos entre duas ou mais partes. Já “procedimento processual” diz respeito ao conjunto de regras que dá aplicabilidade à matéria processual, isto é, a forma como serão exercidas as prescrições de direito processual. No caso concreto, em linha com a CF/1988, disposições de direito processual tornaram-se disposições de direito material, substancial.

É por isso que o mesmo autor, citando Nelson Nery Jr., relata que “embora a Lei do Processo Administrativo trate de regras básicas do processo adminis-

29. *Idem*, p. 438.

30. SAVARIS. *Op. cit.*, p. 83.

31. *Idem*, p. 82.

trativo no âmbito federal, há nelas normas *principiológicas*”.<sup>32</sup> Assim, as disposições da Lei 9.784/1999, que materializam direitos e garantias previstas na CF/1988, aplicam-se imediatamente a todos os processos administrativos no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, dentre eles, o Dec. 70.235/1972, inclusive por expressa disposição do art. 69 da Lei 9.784/1999: “Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei”.

Assim, a Lei 9.784/1999 não derogou o Dec. 70.235/1972. Aliás, não era esse o seu objetivo, como também não era o de derogar qualquer lei que tratasse de maneira específica acerca de procedimento administrativo. Mas, é fato, ambas as leis coabitam o mesmo sistema – jurídico. E, assim, devem ser interpretadas sistematicamente, como ensina Juarez Freitas:

“(…) uma operação que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios e normas estritas (ou regras) e dos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando as antinomias em sentido amplo, tendo em vista bem solucionar os casos sob apreciação”.<sup>33</sup>

Portanto, se o Decreto refere que o prazo para a prática de um ato é de 30 dias, permanece o prazo. Contudo, ele deve ser cumprido considerando a percepção do regramento jurídico como um todo, respeitando os princípios norteadores do Estado de Direito.

Especificam-se as prescrições da Lei 9.784/1999 que se julgam mais importantes ao objeto em estudo: observância aos princípios da motivação, ampla defesa, contraditório e das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados.

Refere Marcos Vinícius Neder:<sup>34</sup>

“A diferenciação entre lei e direito traz, em seu bojo, o problema lógico da completude ou da incompletude do sistema. Maria Helena Diniz, a respeito, sustenta que ‘as normas são parte de um âmbito maior, que é o direito; sendo assim não esgotam a totalidade jurídica nem podem identificar-se com ela’. A interpretação desse dispositivo leva, portanto, ao entendimento que, para o processo administrativo, o agente público não deve aplicar a lei interpretando-

32. Idem, *ibidem*.

33. Idem, p. 276.

34. NEDER, Marcos Vinícius. A inserção da Lei 9.784/99 no processo administrativo fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Processo administrativo fiscal*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 85.



-a apenas em seu sentido estrito (plano da expressão), mas buscar níveis de compreensão maiores com a atenção a todo ordenamento jurídico (plano do conteúdo). Assim, pode-se inferir a possibilidade do emprego da analogia, de princípios gerais e dos costumes para preenchimento de lacunas, bem assim a definição de conceitos indeterminados existentes na lei processual no âmbito administrativo”.

A Lei 9.784/1999 informa todo o processo administrativo da administração direta e indireta federal, inclusive no que concerne ao Poder Legislativo e Judiciário no âmbito de suas atribuições administrativas, abrangendo desde matéria disciplinar até licitações e desapropriações. Trata-se de diploma federal, que introduz normas gerais para o procedimento administrativo, estabelecendo critérios processuais e direitos e deveres aos administrados. Neste sentido, confirmam-se as disposições constantes do art. 1.º da Lei 9.784/1999:

“Art. 1.º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

§ 1.º Os preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa.

§ 2.º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I – órgão – a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta;

II – entidade – a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica;

III – autoridade – o servidor ou agente público dotado de poder de decisão”.

Desta forma, a Lei 9.784/1999 veio dispor sobre normas básicas para o procedimento administrativo no âmbito da Administração Federal com vistas à proteção dos direitos dos administrados e o melhor cumprimento dos fins da Administração. Sua vigência iniciou-se a partir de sua publicação em 01.02.1999.

Verifica-se que, com a edição da Lei 9.784/1999, a Administração Pública buscou estabelecer regras básicas que norteassem sua atuação e seu relacionamento com os particulares no procedimento administrativo. A par das regras específicas de cada área de atuação da Administração Pública (fiscal, licitações, disciplinar), as normas gerais padronizam o regramento básico do procedimento administrativo, conferindo, dessa forma, uniformidade ao sistema processual.

Além disso, é importante ressaltar que a Lei 9.784/1999 formula critérios processuais administrativos e direitos e deveres dos administrados, compondo um rol de regras de grande abrangência a serem seguidos pela Administração Federal. Insere-se, portanto, nos domínios do Direito Público, em que a atenção ao interesse da sociedade é primordial e a tutela do mesmo constitui o fim principal do preceito obrigatório. Assim, na exegese dessa lei, o intérprete deve atribuir a esta o sentido que lhe permite a realização de suas finalidades e a preservação da harmonia do sistema jurídico, aplicando-se ao caso em tela o adágio “prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os resulta a inutilidade”.

É bom lembrar que o Dec. 70.235/1972, ato administrativo recepcionado em nosso sistema como Lei Ordinária, cuida apenas dos processos relativos à exigência de crédito tributário e de consulta, não tratando de outros processos também de competência da Administração Pública (v.g., desembaraço aduaneiro, obtenção de licenças e registros de importação aplicação de penalidades).

A função da Lei 9.784/1999 é, portanto, de complementar o desenho constitucional conferido à atuação da Administração Pública, dando coerência ao sistema, de modo a torná-lo compatível com o atual estágio de evolução do processo administrativo brasileiro.

Desta forma, resta demonstrado que são totalmente aplicáveis os dispositivos da Lei 9.784/1999, em relação os procedimentos administrativos que visam a desconstituição do laudo de mensuração dos ativos e do ágio por rentabilidade futura previsto na Lei 12.973/2014.

Cabe ressaltar, ainda, o Dec. 70.235/1972 estabelece a regra básica de que a fase contenciosa do litígio administrativo fiscal se inicia com a impugnação do contribuinte ao lançamento, e não com o lançamento em si (ou antes dele). De fato, considerando as prescrições da Lei 5.172/1966, o Código Tributário Nacional, acerca do lançamento tributário, a primeira regra está em conformidade com a segunda, pois se o lançamento é o ato em que a autoridade examina ocorrência do fato gerador da obrigação, só podendo ser modificado após a notificação do contribuinte, pela impugnação, recurso ou de ofício pela autoridade administrativa em casos específicos, não pode haver contenda antes da notificação do lançamento. Até o lançamento, como ensina Alberto Xavier,<sup>35</sup> há tão somente procedimento inquisitório no qual a autoridade verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente. Por esse motivo,

35. XAVIER, Alberto. *Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 147.

José Antonio Savaris,<sup>36</sup> citando James Marins, argumenta que tão somente a partir do momento em que instaurado o processo administrativo fiscal pela impugnação é que se aplicam as prescrições da Lei 9.784/1999, pois, até então, não há processo tributário administrativo.

Uma vez instaurado o processo administrativo, a Lei 9.784/1999 legitima os interessados em participar do processo, com especial destaque àquele que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada. Essa legitimação, entretanto, não está prevista no Dec. 70.235/1972, que regulamenta exclusivamente a relação sujeito ativo e sujeito passivo da obrigação tributária. Assim, por não haver regra expressa em sentido contrário, Marcos Vinícius Neder<sup>37</sup> entende que a aplicação desse dispositivo é automática ao Dec. 70.235/1972.

Todavia, é na matéria de produção de provas que as disposições da Lei 9.784/1999 e Dec. 70.235/1972 estão mais afastadas. José Antonio Savaris<sup>38</sup> lembra que não há direito de defesa sem direito à ampla produção de provas, e nesse particular a Lei 9.784/1999 trouxe expressamente o princípio da busca da verdade material como elemento nodal do processo administrativo, dentre eles, o fiscal.

O Decreto, no particular alterado pela Lei 9.532/1997, prevê que as diligências e perícias devem ser requeridas na impugnação, já mencionando os quesitos e indicando o assistente técnico, sob pena de preclusão. Já quanto à prova documental, salvo força maior, fato ou direito superveniente ou para contraposição de argumento superveniente, também deve ela ser anexada com a impugnação, igualmente sob pena de preclusão.

José Antonio Savaris,<sup>39</sup> em parte citando Luis Eduardo Schoueri, leciona que: “(...) o princípio da verdade material é forte e base de todo o Estado de Direito, de maneira que “assegurar a ampla defesa é possibilitar que o litigante comprove não ter concretizado a hipótese abstratamente descrita pelo legislador para a imposição de sanção legal. Poder-se-ia, pois, afirmar ser inconstitucional toda e qualquer presunção absoluta, dado impedir a prova da inocorrência da subsunção que se impõe para a sanção legal. (...) A principal argumentação é no sentido de que o “legislador de 1997 emprestou ao “processo” administrativo um princípio de processo judicial – a verdade formal – sem

36. SAVARIS. Op. cit., p. 86-87

37. NEDER. Op. cit., p. 90.

38. SAVARIS. Op. cit., p. 88

39. Idem, *ibidem*.

se fazer acompanhar das demais garantias inerentes ao último'. Dentre essas garantias judiciais, estaria a de que 'o processo seja examinado por julgadores com formação jurídica, afastado o exame por leigo em direito; que as partes se façam representar por advogados; independência e equidistância do julgador'.

Já a Lei 9.784/1999, além de permitir ao interessado juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo até a fase decisória, ainda possibilita a consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada, e desde que a matéria seja relevante e de interesse geral. Além do mais, preceitua que cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, corretamente dimensionando o ônus probatório na linha do preceito basilar de direito de que a prova do fato constitutivo compete a quem alega. Nesse particular, não é demais lembrar que o lançamento tributário é o ato que verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

## 6. A DESCONSIDERAÇÃO DO LAUDO DE MENSURAÇÃO DA MAIS OU MENOS VALIA DOS ATIVOS E PASSIVOS, E A OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA MOTIVAÇÃO, AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E DAS FORMALIDADES ESSENCIAIS À GARANTIA DOS DIREITOS DOS ADMINISTRADOS

O ponto de partida é que a utilização do ágio tem lugar na apuração do lucro real, reduzindo o montante da base de cálculo do IRPJ/CSLL. O lucro real, por sua vez, é o lucro líquido apurado conforme a lei societária ajustado pelas adições e exclusões previstas na lei fiscal. Assim, como leciona Alberto Xavier,<sup>40</sup> "a determinação do lucro real incumbe primariamente ao contribuinte, obrigado a demonstrá-lo analiticamente com dados extraídos da sua contabilidade regular, de tal modo que o dever de investigação do fisco atua subsidiariamente".

O art. 142 do CTN prevê a constituição do crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. No âmbito do IRPJ/CSLL, o fato gerador está previsto no art. 43 do CTN, e é a disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou proventos de qualquer natureza. A soma das rendas e/ou proventos forma o lucro líquido societário que, ajustado pelas adições e exclusões, torna-se o lucro real, base de cálculo do IRPJ/CSLL. Deste modo, se a utilização do ágio (quando da incorporação) reduz a formação do lucro real, e não o seu mero reconhecimento ou mensuração (quando da aquisição),

40. XAVIER. Op. cit., p. 136.

é consequência da sua utilização quando, efetivamente, ocorrem os efeitos tributários.

Nesse panorama, o lançamento tributário tendente a reverter à exclusão do ágio da apuração do lucro real parte da necessária premissa da comprovação de que o laudo contém vícios ou incorreções de caráter relevante. Isto é: porque desconsiderado o laudo efetua-se o lançamento; porque efetuado o lançamento inaugura-se a fase litigiosa pela impugnação; porque impugnado o lançamento conferem-se amplas garantias de defesa ao contribuinte.

Logo, embora a Lei 12.973/2014 fale em “desconsideração” sem qualquer adjetivo, evidentemente que essa desconsideração não pode ser autônoma, desconectada de uma autuação, e ao arrepio dos direitos constitucional garantidos ao cidadão. A relação jurídico-tributária só nasce com a própria obrigação tributária. Antes da utilização (na incorporação), o ágio é um mero ativo contabilizado, sem qualquer efeito fiscal.

Além do mais, essa desconsideração deve cumprir o destaque aos princípios norteadores do processo administrativo fiscal, da Lei 11.638/2007 (e normativos técnicos correlatos) e, ao mesmo tempo, não macular as prescrições do Dec. 70.235/1972 e do CTN. Por esse motivo, reforçando o que já foi dito antes, a desconsideração deve estar calcada em prova do vício (jurídico) ou incorreção (contábil). Lembra Fabiana Del Padre Tomé,<sup>41</sup> em reforço ao que já foi referido acerca da incorreção, que para que o fato jurídico tributário seja considerado “verdadeiro para o direito, não requer a certeza de que o relatado correspondia fielmente ao evento, mas a certeza de que o enunciado descritivo foi elaborado de acordo com as regras do sistema, submeteu-se às provas e resistiu à refutação”.

No intuito de reforçar os princípios norteadores do processo administrativo, notadamente em matéria da envergadura como a ora tratada, a lei federal pode espelhar-se nas leis estaduais. Por exemplo: a lei do procedimento administrativo do Estado de Santa Catarina<sup>42</sup> e Paraná<sup>43</sup> determinam que antes do lançamento propriamente dito deva ser oportunizada a defesa prévia ao

41. TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 328 apud LIRA, Túlio Anderson Soares. O laudo de mensuração do ágio por rentabilidade futura em operações societárias – antes e após a Lei 12.973/14. *Revista Dialética de Direito Tributário* 242/130.

42. Disponível em: [[http://legislacao.sef.sc.gov.br/html/leis/2005/lc\\_05\\_313.htm](http://legislacao.sef.sc.gov.br/html/leis/2005/lc_05_313.htm)]. Acesso em: 08.10.2015

43. Disponível em: [[www.fazenda.pr.gov.br/arquivos/File/Legislacao/LC1072005atualizadaateLC1722014.pdf](http://www.fazenda.pr.gov.br/arquivos/File/Legislacao/LC1072005atualizadaateLC1722014.pdf)]. Acesso em: 08.10.2015.

contribuinte, momento em que ele pode fazer esclarecimentos de fato. Sem dúvidas, um expediente que dá substância não só à garantia da ampla defesa do contribuinte, mas também materializa os princípios da segurança jurídica, interesse público e eficiência estabelecidos na CF/1988. Nessa etapa prévia, em decorrência dos esclarecimentos de fato, pode a administração evitar total ou parcialmente o lançamento, o processo administrativo, o dispêndio de recursos humanos e financeiros (que podem ser melhor ser alocados), garantindo eficiência e segurança jurídica, especialmente em matéria tão multifacetada quanto a mensuração do valor justo dos ativos líquidos da investida.

A propósito, importante lição de Alberto Xavier:<sup>44</sup>

“Na ordem jurídica brasileira não pode duvidar-se da solução a dar ao problema em causa: o respeito pela propriedade privada, consagrado constitucionalmente, e em que matéria tributária se reflete no princípio de uma rígida legalidade, revela só por si que no caso de incerteza sobre a aplicação da lei fiscal são mais fortes as razões de salvaguarda do patrimônio do particular do que as que conduzem ao seu sacrifício”.

Outro ponto que merece relevo ao cotejar a possibilidade de desconsideração do laudo e a Lei 9.784/1999 é aquela que possibilita aos interessados participar do processo administrativo, especialmente aquele que tem interesse direto da decisão a ser adotada. Aqui, não só o exercício do direito de defesa do contribuinte é reforçado, como, também, o do próprio terceiro, senão vejamos.

A Lei 12.973/2014 prevê que o laudo deve ser elaborado por perito independente. Esse perito, por óbvio, é das partes mais interessadas na decisão a ser adotada, haja vista que o laudo foi por ele subscrito. Vale lembrar que antes da Lei 12.973/2014 o ágio era simplesmente demonstrado e arquivado na contabilidade, em procedimento substancialmente mais singelo do que o atual, qual seja, um simples cálculo aritmético (preço pago menos valor de patrimônio líquido) conjunto à indicação do fundamento econômico do ágio.

Assim, embora não seja o perito sujeito na relação jurídico-tributária, é sujeito na relação de direito com o contribuinte que adotou o seu lado e agora pode sofrer um revés econômico. Aliás, eventualmente, o perito pode inclusive responder perante o contribuinte pela sua imperícia na elaboração do laudo. Com efeito, ainda que ocasional demanda por responsabilidade civil se desenrole nas varas cíveis sem qualquer interferência da União, discutindo-se exclusivamente responsabilidade civil, é na esfera administrativa, na relação Estado-contribuinte, que o perito tem condições técnicas de defender seu trabalho e

44. XAVIER. Op. cit., p. 148.

TESSARI, Cláudio; MARIANI, Orontes Pedro Antunes. A desconsideração do laudo de mensuração dos ativos e do ágio por rentabilidade futura previsto na Lei 12.973/2014, e a observância dos princípios da motivação, ampla defesa e contraditório. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. vol. 128. ano 24. p. 305-329. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2016.

assim evitar futura contingência, colaborando para a não ocorrência do prejuízo financeiro. Vê-se, mais uma vez, que a Lei 9.874/1999 tem a contribuir com a Lei 12.974/2014 na matéria em análise, não colidindo com as disposições do Dec. 70.235/1972, que sequer prevê a hipótese da interação com terceiros.

Na mesma linha da participação de interessados diretos, outra contribuição que a Lei 9.784/1999 dá ao Dec. 70.235/1972 no objetivo da desconsideração do laudo em caso de vício e incorreção de caráter relevante é a possibilidade de ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo, evidentemente, se assim concordar o contribuinte. Esse expediente vai ao encontro da garantia de defesa e ao mesmo tempo confere mais legitimidade à decisão administrativa e segurança jurídica à forma de fruição do benefício, gerando regras mais claras e transparentes. Vale lembrar a crítica de Antenori Trevisan Neto<sup>45</sup> no sentido de que a Lei 12.974/2014, embora tenha tentando resolver os gargalos das disposições antigas sobre o ágio, criou novos, dentre eles a ausência de segurança jurídica no tocante ao que é vício e incorreção relevante.

O recurso das audiências públicas vem sendo utilizado com frequência pelo STF e outros Tribunais justamente para democratizar suas decisões, como referem José Miguel Garcia Medina, Alexandre Feire e Alonso Freire em artigo.<sup>46</sup> Portanto, à vista de um caso concreto, o expediente previsto na Lei 9.784/1999, que não confronta com o Dec. 70.235/1972 porque nele não há vedação expressa à audiência pública, pode construir soluções junto à sociedade para a melhor eficiência da norma de aproveitamento do ágio. Como dito, se permanece na legislação a oportunidade de utilização do ágio, é porque a sociedade como um todo vê algo de positivo na benesse. Logo, a construção de regras claras para a fruição do ágio é, também, de interesse da sociedade para que essas operações possam se desenrolar sem prejuízo aos envolvidos.

Por fim, dentre os temas pinçados, há de se conjugar o significado constitucional da ampla defesa e contraditório pelo viés da produção de provas com a faculdade dada à administração de desconsiderar o laudo. E aqui a prova há de ser realizada em conformidade não só com a lei, mas também como o direito, e com observância aos princípios da motivação, ampla defesa, contraditório e das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados:

45. TREVIAN NETO. Op. cit., p. 47.

46. Audiências Públicas tornam-se instrumentos de legitimidade popular. Disponível em: [[www.conjur.com.br/2013-jul-04/audiencias-publicas-tornaram-stf-instrumento-legitimidade-popular](http://www.conjur.com.br/2013-jul-04/audiencias-publicas-tornaram-stf-instrumento-legitimidade-popular)]. Acesso em: 07.12.2015.

“ Lei 9.784/1999:

Art. 2.º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados”.

A Lei 12.973/2014 estabelece que o laudo de mensuração da mais ou menos-valia dos ativos e ágio, para ser desconsiderado (e, assim, não gerar efeitos fiscais), deve comprovadamente conter vícios ou incorreções de caráter relevante. Evidente que não cabe ao contribuinte demonstrar os vícios ou incorreções de caráter relevante, sob pena de produção de prova contra si mesmo, o que é vedado pela CF/1988. Logo, o ônus probatório cabe integralmente à autoridade fazendária em virtude da combinação dos dispositivos não só das Leis 12.973/2014 e 9.784/1999, mas também do próprio Dec.-lei 1.598/1977, que no art. 9.º, § 2.º, determina caber à autoridade fiscal a prova da inveracidade dos fatos registrados e comprovados por documentos que seguem as prescrições legais.

Lembra-se, novamente, com o reforço de Túlio Anderson Soares de Lira,<sup>47</sup> que:

“(...) dentro do que for passível de questionamento, devendo ocorrer apenas dentro do que saltar aos olhos, pois não cabe ao Fisco jamais adentrar no mérito da subjetividade do contribuinte na tomada de decisão. O controle do Fisco deve se afastar do mérito de apreciação, que não lhe compete, e se graduar às formalidades que o cercam, através de critérios objetivos que obedecem aos limites da legislação estabelecida.”

Deste modo, se o contribuinte cumpriu os requisitos formais, há presunção relativa de validade do documento, autorizando-lhe utilizar o ágio para fins fiscais. Dito de outra forma, ou o contribuinte descumpriu os requisitos formais (não o apresentou, o apresentou intempestivamente ou não contabilizou os valores em subcontas distintas, por exemplo) e conseqüentemente não pode utilizar o ágio, ou, se apresentou o laudo dentro das formalidades legais, há presunção relativa, por força da lei, em seu favor. Ao Fisco, na conformidade com a norma extraída do conjunto, deve demonstrar o vício (jurídico) ou a incorreção (contábil).

47. LIRA. Op. cit., p. 138.



## 7. CONCLUSÕES

A legislação a propósito do reconhecimento e mensuração do ágio foi alterada desde 1976, com a LSA, até 2007, com a Lei 11.368/2007, e a inserção do Brasil no roteiro de países que utilizam as normas contábeis internacionais e os CPCs 00, 15 e 46. A legislação tributária desenvolveu-se desde 1977, com o Dec.-lei 1.598, até 2014, com a Lei 12.973/2014, passando pela Lei 9.532/1997, no sentido de oportunizar aos contribuintes utilizar o ágio para fins fiscais.

Primeiramente o ágio era resultado da equação preço pago pelo investimento menos valor do patrimônio líquido da investida, o qual seria reconhecido por mera demonstração na contabilidade da investidora e, quando da incorporação da investida, poderia ser utilizado (amortizado) na razão de 1/60, reduzindo o IRPJ/CSLL. Após a introdução da contabilidade internacional em 2007, e particularmente a adoção do CPC 15, o ágio passou a ser um valor remanescente, uma vez que o valor pago pelo investimento deverá ser contabilizado em três rubricas diferentes: valor de patrimônio líquido, mais ou menos-valia dos ativos líquidos e, por fim, o que remanescer, ágio (*goodwill*).

Nesse panorama, a Lei 12.973/2014, conquanto tenha mantido a autorização de uso do ágio para fins fiscais (amortização à razão de 1/60 quando da incorporação do investimento), acrescentou complexidade à forma de demonstração desse ágio. Agora, considerando o ágio como um valor residual, o contribuinte-adquirente deverá demonstrar em laudo elaborado por perito independente o valor da mais ou menos-valia dos ativos líquidos, protocolando esse laudo na Receita Federal do Brasil ou o seu sumário no Cartório de Títulos e Documentos até o 13.º mês subsequente ao da aquisição da participação. Portanto, a Lei 12.973/2014 deu importância fundamental a mais ou menos-valia dos ativos, considerado o valor justo dos ativos. Quando menor o ágio, maior a mais-valia; quanto maior o ágio, menor a mais-valia.

Contudo, se, por um lado, manteve a autorização do uso do ágio para fins fiscais, por outro, instituiu uma penalidade severa para o caso de não cumprimento das obrigações formais no laudo ou se o mesmo comprovadamente apresentar vícios ou incorreções de caráter relevante: a não possibilidade de aproveitamento do ágio.

O sistema jurídico deve ser analisado como um todo, afastando as antinomias para melhor dar cumprimento ao desiderato constitucional. Assim, a interpretação da desconsideração do laudo não pode ser efetuada pura e simples. A desconsideração se dá no contexto da autuação; é premissa para a autuação, momento em que as garantias fundamentais do contribuinte devem ser respeitadas na forma da Lei 9.784/1999.

O Dec. 70.235/1972 pode ser analisado em conjunto com a Lei 9.784/1999, possibilitando ao contribuinte uma defesa prévia e a participação de interessados no processo administrativo fiscal.

Assim, a Receita Federal do Brasil só poderá desconsiderar o laudo de mensuração dos ativos e do ágio por rentabilidade futura previsto na Lei 12.973/2014, de forma válida e legal, se fizer o lançamento do, então, pseudo-crédito tributário daí decorrente por meio de uma Autuação Fiscal (Dec. 70.235/1972), instaurando o processo administrativo tributário (Lei 9.784/1999), com a observância dos princípios da motivação, ampla defesa e contraditório e das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (art. 2.º, *caput* e parágrafo único, VIII, da Lei 9.784/1999).

Por fim, no tocante à prova, o ônus probatório relativamente à desconsideração do laudo compete única e exclusivamente à autoridade fiscal em decorrência do disposto da norma. Cabe ao Fisco a prova do vício (jurídico) ou da incorreção (contábil), sendo que, quanto à última, exclusivamente no tocante à metodologia de cálculo utilizada para a mensuração do valor justo, em linha com os CPCs 00 e 46.

Conclui-se, portanto, que (a) o laudo não pode ser desconsiderado pura e simplesmente, mas sim no bojo de uma autuação, (b) a desconsideração do laudo deve ser por motivo jurídico (vício) ou contábil (incorreção), sendo que, quanto à incorreção, em conformidade com as prescrições contábeis vigentes à época da mensuração, e que (c) a autuação deveria garantir mais direitos do que o Dec. 70.235/1975 prevê, em conformidade com a Lei 9.784/1999.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRITO, Eduardo de. *Um estudo sobre a subjetividade na mensuração do valor justo na atividade da pecuária bovina*. Dissertação de Mestrado em Controladoria e Contabilidade. Ribeirão Preto, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/96/96133/tde-07012011-105511]. Acesso em: 02.12.2015.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CHARNESKI, Heron. A nova disciplina tributária do ágio. *Revista Dialética de Direito Tributário*. vol. 235. p. 85 a 103. São Paulo: Dialética, abr. 2015.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- LIRA, Túlio Anderson Soares. O laudo de mensuração do ágio por rentabilidade futura em operações societárias – antes e após a Lei 12.973/14. *Revista Dialética de Direito Tributário*. vol. 242. p. 130. São Paulo: Dialética, nov. 2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. *Audiências Públicas tornam-se instrumentos de legitimidade popular*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-jul-04/audiencias-publicas-tornaram-stf-instrumento-legitimidade-popular]. Acesso em: 05.12.2015.

- MOREIRA, André Mendes; GAIA, Patrícia Dantas; CAMPOS, Eduardo Lopes de Almeida. O tratamento fiscal do ágio e a problemática do ágio interno antes e após a vigência da Lei 12.973/14. *Revista Dialética de Direito Tributário*. vol. 228. p. 7-8. São Paulo: Dialética, set. 2014.
- NEDER, Marcos Vinícius. A inserção da Lei 9.784/99 no processo administrativo fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Processo administrativo fiscal*. São Paulo: Dialética, 2002.
- PÊGAS, Paulo Henrique. Palestra ministrada em 05.08.2014 no Sistema FIRJAN. Rio de Janeiro. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=qgB0vPtHRVo]. Acesso em: 03.12.2015.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- POHLMANN, Marcelo Coletto. *Tributação e política tributária: uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2006.
- SARAVIS, José Antonio. O processo administrativo fiscal e a Lei 9.784/99. *Revista Dialética de Direito Tributário*. vol. 94. p. 81. São Paulo: Dialética, jun. 2003.
- TREVISAN NETO, Antonio. Breves comentários sobre as alterações legislativas promovidas pela Lei 12.973/14 relativas ao tratamento tributário do ágio. *Revista Dialética de Direito Tributário*. vol. 232. p. 50. São Paulo: Dialética, jan. 2015.
- XAVIER, Alberto. *Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A nova dimensão do ágio na aquisição de investimentos e implicações tributárias, de José Antonio Minatel – RTA 5/141-169 (DTR\2012\450264);
- Aspectos jurídico – Tributários concernentes ao aproveitamento de ágio, de Ives Gandra da Silva Martins – RT 906/331-354 (DTR\2011\1317);
- O conceito de "ágio interno" na perspectiva da tributação dos balanços individuais e à luz das regras de distribuição disfarçada de lucros (DDL), de Pedro Almeida Sampaio Lima – ReDE 12/331-347 (DTR\2016\103); e
- O tratamento tributário do ágio na aquisição de participação societária a partir da Lei 12.973/2014, de Melina Rocha Lukic – RT 949/183 (DTR\2014\17604).