

SOBRE O CARÁTER ININTERRUPTO DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO: REFLEXÕES ACERCA DA SOLUÇÃO DE CONSULTA N. 223/2019 COSIT

Charles William McNaughton

Advogado. Mestre e Doutor em Direito Tributário pela PUC-SP. Concluiu estágio de Pós-doutorado na USP. Professor do Mestrado do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET).

Artigo recebido em 19.05.2023 e aprovado em 28.05.2023.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 Sobre os arts. 7º da Lei n. 9.532/1997 e 22 da Lei n. 12.973/2014 3 Da interpretação do fisco 4 Reflexão sobre a posição do fisco 5 Conclusão e reflexões finais 6 Referências.

RESUMO: Este artigo busca demonstrar que não há previsão na legislação brasileira de que o ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) deva ser aproveitado, para fins fiscais, de modo imediato, ininterrupto e a uma razão fixa.

PALAVRAS-CHAVE: Ágio. Expectativa de rentabilidade futura. Legalidade. Direito subjetivo.

ON THE UNINTERRUPTED NATURE OF GOODWILL AMORTIZATION: REFLECTIONS ON QUERY SOLUTION N. 223/2019 COSIT

CONTENTS: 1 Introduction 2 About arts. 7 of Law no. 9,532/1997 and 22 of Law no. 12.973/2014 3 The tax authorities' interpretation 4 Reflection on the tax authorities' position 5 Conclusion and final reflections 6 References.

ABSTRACT: This article seeks to demonstrate that there is no provision in Brazilian legislation that goodwill for expected future profitability (*goodwill*) should be used, for tax purposes, immediately, uninterruptedly and at a fixed rate.

KEYWORDS: Agio. Expectation of future profitability. Legality. Subjective right.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por intuito refletir sobre a posição consolidada na Solução de Consulta n. 223/2019 Cosit que veiculou a seguinte interpretação acerca do direito de a pessoa jurídica excluir da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, para fins fiscais, o chamado “ágio por expectativa de rentabilidade futura” (*goodwill*):

[...] a pessoa jurídica que realizar operação societária de incorporação, fusão ou cisão, e absorver o patrimônio da outra, deve, no primeiro período de apuração após a operação: (i) decidir, em caráter definitivo, se fará a exclusão do ágio da base de cálculo do IRPJ e CSLL; (ii) optando pela exclusão, definir a razão a ser utilizada, desde que não seja superior a 1/60 (um sessenta avos) para cada mês de apuração; e (iii) aplicar, de modo ininterrupto, a razão escolhida em todos os períodos de apuração posteriores à operação societária, a começar do primeiro, até que não haja saldo de ágio a amortizar/excluir.

A tese que se buscará defender é a de que o sujeito passivo detentor do ágio passível de ser excluído da base de cálculo dos referidos tributos, para fins fiscais, possui o direito subjetivo de efetivar a exclusão no lucro real e na base de cálculo da CSLL sem definir uma razão uniforme aplicada de modo ininterrupto, desde que observe o limite máximo de 1/60 (um sessenta avos) por mês.

Para isso, será examinada, brevemente, a dicção do art. 7º da Lei n. 9.532/1997 e do art. 22 da Lei n. 12.973/2014 com uma primeira demonstração de que os referidos artigos não impõem o ônus ao contribuinte de excluir, da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, ágio com uma razão fixa e de modo ininterrupto; em seguida, serão explicadas as razões pelas quais a Solução de Consulta n. 223/2019 Cosit sustenta que tais requisitos seriam obrigatórios; por fim, será exposto por que se afasta, no presente artigo, do ponto de vista apresentado pela referida solução de consulta.

2 SOBRE OS ARTS. 7º DA LEI N. 9.532/1997 E 22 DA LEI N. 12.973/2014

Conforme dito acima, a primeira parte do presente artigo tem por intuito demonstrar por que, nos termos do art. 7º da Lei n. 9.532/1997 e do art. 22 da Lei n. 12.973/2014, não é atribuído o ônus ao contribuinte de excluir, da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, ágio a partir de uma razão fixa, escolhida em

um primeiro momento, e de modo ininterrupto. E tal demonstração é simples: inexistente tal ônus por ausência de previsão legal que o institua.

De fato, uma pessoa jurídica que adquire participação societária de outra, contabilizando pelo método de equivalência patrimonial, deverá registrar o valor de sua participação no patrimônio líquido e o valor pago que supere tal quantia:

(1) se o cômputo fosse efetivado antes da vigência da Lei n. 12.973/2014, deveria ser registrado como ágio, tendo por fundamento econômico:

- a) o valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; ou
- b) o valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; ou
- c) o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas; ou

(2) caso a contabilização seja efetivada na vigência da Lei n. 12.973/2014, deverá ser registrada:

- a) como mais-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor do patrimônio líquido; e
- b) como ágio por rentabilidade futura (*goodwill*), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor justo da companhia adquirida.

Nesse sentido, o art. 7º, III, da Lei n. 9.532/1997, que regia o antigo regime jurídico aplicado ao ágio, determinava, originalmente, o seguinte:

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 n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (*Vide Medida Provisória n. 135, de 30.10.2003*) [...]

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 n. 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados em até dez anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração; [...]

Assim, a redação original da Lei n. 9.532/1997 previa a possibilidade de se amortizar o valor do ágio cujo fundamento fosse o de que tratava a alínea “b” do § 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados em até dez anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração.

Com o advento da Lei n. 9.718/1998, houve alteração na redação do inciso III, que passou a prever o seguinte:

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 n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória n. 135, de 30.10.2003) [...]

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 n. 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; (Redação dada pela Lei n. 9.718, de 1998)

Note-se que, originalmente, havia a previsão de um prazo máximo de dez anos para a amortização do ágio, que foi extinta com a redação dada pela Lei n. 9.718/1998.

Por sua vez, o art. 22 da Lei n. 12.973/2014 prescreve o seguinte:

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

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

I – o laudo a que se refere o § 3º do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977, não for elaborado e tempestivamente protocolado ou registrado;

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

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

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

Abrindo-se parênteses, enquanto a redação da legislação anterior utilizava o termo “amortização”, o art. 22 da Lei n. 12.973/2014 prevê a “exclusão do lucro real”, haja vista que, com a contabilidade regida pela Lei n. 11.638/2007, que inseriu no Brasil as normas de International Financial Reporting Standards (IFRS), passou-se a aplicar a sistemática de *impairment*, de modo que o *goodwill* será reconhecido como perda, caso se verifique que o valor recuperável, a título do investimento, seja menor do que o registrado na contabilidade¹.

Fechando-se os parênteses, e abstraindo-se outras inovações da Lei 12.973/2014, ambos os artigos destacam a possibilidade de aproveitamento do ágio, observados os requisitos legais, em no máximo 1/60 para cada mês, inexistindo qualquer previsão de (a) prazo máximo de amortização/exclusão, (b) necessidade de se manter uma razão constante, e de (c) exigibilidade de se manter o cômputo do ágio de modo ininterrupto.

Nesse contexto, entende-se que a única determinação que o fisco deve aplicar, no que tange ao valor aproveitado em cada mês, é que o cômputo do ágio não seja superior a 1/60 por mês.

Assim, em uma primeira análise, poder-se-ia concluir que não há previsão nos referidos artigos de que a amortização/exclusão do ágio seja:

- (a) no primeiro período de apuração após a confusão patrimonial;
- (b) efetivada à razão constante e ininterrupta, a partir de então.

1. GELBCKE, Ernesto Rubens; SANTOS, Ariovaldo dos; IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu. *Manual de contabilidade societária*. 3. ed. 2. impr. São Paulo: Atlas, 2021. p. 215. [Livro eletrônico].

Contudo, se a exigência prevista na Solução de Consulta 223/2019 Cosit não está inserida na legislação, por que o fisco sustenta sua aplicação? Vamos compreender a interpretação fazendária no próximo item.

3 DA INTERPRETAÇÃO DO FISCO

Vejamos, agora, os motivos pelos quais o órgão fazendário sustenta que o ágio deve ser aproveitado, para fins fiscais, de modo ininterrupto, com uma razão fixa, a partir do primeiro mês em que há o evento de confusão patrimonial entre investidora e investida.

Inicialmente, vale apontar que, como visto acima, o regime jurídico do ágio sofreu alterações com o advento da Lei n. 12.973/2014. Porém, a Solução de Consulta n. 223/2019 parte da premissa de que o regime antigo e a nova sistemática preveem, essencialmente, as mesmas disposições no que tange ao modo de exclusão/amortização do ágio para fins do problema que é objeto do presente estudo.

Indo direto ao ponto para se compreender a perspectiva fazendária, entendeu-se que o uso das expressões “nos balanços [...] levantados posteriormente” e “dos períodos de apuração subsequentes”, expressamente utilizados pela legislação anterior citada, denotaria que a amortização/exclusão do ágio deveria ser realizada em todos os balanços/períodos de apuração após o evento societário, haja vista que não foram empregadas, na legislação, expressões como “em balanços”, “em períodos”, “em alguns dos”, “em qualquer dos” etc.

Da inferência acima, o fisco conclui que se há necessidade de amortização em todos os balanços dos períodos após a realização do evento societário, o termo inicial deveria ser o primeiro balanço do período de apuração imediatamente após a confusão patrimonial que autoriza o aproveitamento fiscal do ágio.

Das duas conclusões indicadas, a Solução de Consulta 223/2019 Cosit conclui que o aproveitamento do ágio, uma vez iniciado, não pode ser interrompido. Veja-se a seguir o trecho que evidencia tal aspecto:

22. A leitura dos dois dispositivos legais nos leva à conclusão de que a data de aquisição da participação societária e o regime sobre ela aplicável, “regime antigo” ou “novo regime”, são irrelevantes para fins de determinação do termo inicial de amortização/exclusão do ágio por rentabilidade futura (*goodwill*). É que, apesar de serem institutos diferentes e não terem sido utilizadas as mesmas expressões para

delimitar quando deve ser iniciada a amortização/exclusão, tanto o disposto no art. 7º da Lei n. 9.532, de 1997 (“regime anterior”) quanto o disposto no art. 22 da Lei n. 12.973, de 2014 (“novo regime”) possuem a mesma essência.

23. Neste particular, tanto a expressão “nos balanços [...] levantados posteriormente” quanto a expressão “dos períodos de apuração subsequentes” significam que a amortização/exclusão do ágio deve ser realizada em todos os balanços/períodos de apuração após o evento societário. Caso a intenção do legislador fosse permitir a amortização apenas em alguns e não em todos teria utilizado expressão diversa, como por exemplo “em balanços”, “em períodos”, “em alguns dos”, “em qualquer dos” etc.

24. Por decorrência lógica, e uma vez que a norma impõe a necessidade de amortização/exclusão em todos os balanços/períodos após a realização do evento societário, o termo inicial é o primeiro balanço/período de apuração imediatamente após a ocorrência da operação que culminou na absorção do patrimônio. Pela mesma razão, não deve ser interrupção/saltos, visto que se assim fosse possível não seriam alcançados todos os balanços/períodos.

25. Por outro lado, a parte final de ambos os enunciados evita que a amortização/exclusão ocorra até o infinito, para isso determina que ela deve ser fracionada em parcela não superior a 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração. É a fixação desta fração, que deve ser feita no primeiro período de apuração, não podendo ser modificada posteriormente, que determinará o prazo máximo de amortização/exclusão, ou seja, define que deve ser realizada em “todos os balanços/períodos de apuração até o máximo de períodos nela previsto, não podendo ser inferior a 60 meses, por decorrência da parcela máxima fixada na lei (1/60)”.

Em suma, o argumento a ser examinado é o seguinte:

- (i) a legislação prevê o direito de se amortizar o ágio “nos balanços levantados” e “nos períodos de apuração”, e não “em balanços”, “em períodos de apuração”, de modo que o ágio deve ser amortizado em todos os períodos e em todos os balanços após a confusão patrimonial, sendo vedada a interrupção;
- (ii) se o ágio deve ser amortizado em todos os períodos e em todos os balanços, deve ser amortizado já na primeira oportunidade e sem “saltos”;
- (iii) por fim, a fixação da parcela da amortização do ágio deve ser efetivada no primeiro período de apuração, não podendo ser modificada.

Por que o presente artigo discorda de tal linha? Passa-se a explicar no próximo item.

4 REFLEXÃO SOBRE A POSIÇÃO DO FISCO

O argumento do fisco, como visto, parte da expressão empregada pelo legislador, a saber, “nos balanços [...] levantados posteriormente” e “dos períodos de apuração subsequentes” que implicaria que a amortização/exclusão do ágio deve ser realizada em todos os balanços/períodos de apuração após o evento societário, haja vista que não foram empregados termos como “em balanços”, “em períodos”, “em alguns dos”, “em qualquer dos”, que permitiriam, na interpretação fazendária, um aproveitamento em alguns períodos e não em outros.

Contudo, será que o aproveitamento do ágio em todos os períodos de apuração e em todos os balanços é um requisito legal? Para examinar tal questão, passa-se a expor a estrutura sintática das normas para se verificar o que é requisito, para aproveitamento do ágio, e o que é direito do contribuinte. Esse exame estrutural é útil, porque nos permitirá identificar se as exigências determinadas pelo fisco estão relacionadas aos pressupostos de aproveitamento do ágio ou extensão do direito atribuído ao contribuinte.

Para tal desiderato, é possível desmembrar a norma passível de ser construída pelo art. 7º da Lei n. 9.532/1997², identificando sua hipótese de incidência, isto é, os requisitos do aproveitamento do ágio, e seu consequente, que prescreve o direito atribuído ao contribuinte.

Nesse sentido, os requisitos que delineiam a hipótese da norma são os seguintes:

- (a) aquisição de participação societária paga com ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura; e
- (b) confusão patrimonial entre investida e investidora³ por fusão, cisão ou incorporação.

Já extensão do direito é o seguinte:

2. Vamos abstrair a análise do art. 22 da Lei n. 12.973/2014, já que, como a própria Solução de Consulta 223/2019 aponta, tais normas não são essencialmente diferentes no que interessa ao prazo de amortização.
3. Do art. 8º da mesma lei depreende-se que a Lei n. 9.532/1997 infere que pode ser o caso de a investida absorver o patrimônio da investidora.

Permissão para amortizar ágio 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.

Note-se que o modo de amortização do ágio não é um pressuposto inserido na hipótese da norma – isto é, não é requisito para a amortização do ágio –, mas é ínsito ao próprio direito atribuído ao contribuinte, isto é, à faculdade que possui para fins de aproveitamento fiscal do ágio. A identificação desse aspecto estrutural do problema nos permite focar nosso estudo do ponto de vista da teoria dos “direitos subjetivos” e refletir sobre o que significa “ter um direito”.

Essa reflexão tem como objetivo permitir uma resposta à seguinte questão: quando a norma permite a amortização do ágio “nos balanços correspondentes [...] levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão”, ela permite a amortização *desde que* seja em todos os balanços?

Vou iniciar meu argumento do seguinte modo: em termos lógicos, quando um predicado P convém a todos os elementos de uma classe K, então convém a qualquer elemento que pertence a uma subclasse S da classe K. Se todos os paulistas são brasileiros, então, certamente, um paulista que reside na capital do Estado de São Paulo também é brasileiro.

Transportando-se tal raciocínio ao mundo do direito, se certo sujeito tem a permissão de realizar todo comportamento que pertença a uma classe K, então, *a priori*, tem o direito de realizar cada comportamento que pertença a tal classe K. Ou seja, o direito subjetivo de realizar uma classe de comportamento pressupõe o direito de praticar qualquer comportamento específico que se enquadre nessa classe.

Vamos tomar como exemplo, para ilustrar o que foi dito acima, o art. 2º da Portaria n. 083/16-SMT.GAB emitida pela Secretaria Municipal de Trânsito de São Paulo. A redação do artigo é a seguinte:

Art. 2º – Fica permitida a circulação de veículos automotores de passageiros e de uso misto, nos finais de semana, das 15h00 de sábado até as 04h00 de segunda-feira; nos feriados, das 00h00 até as 04h00 do dia seguinte; e nos demais dias, das 23h00 até as 04h00, nos “Corredores Exclusivos de Ônibus do Sistema de Transporte Público”.

Como se percebe do artigo acima, veículos automotores de passageiros e de uso misto, “nos finais de semana” e “nos feriados” – e não “em finais de semana” e “em feriados” – *poderão* circular “nos Corredores Exclusivos de Ônibus do Sistema de Transporte Público” – e não “em Corredores Exclusivos de Ônibus do Sistema de Transporte Público”.

Julgo que não preciso argumentar, aqui, que os condutores de veículos automotores de passageiros poderão circular nos corredores “em qualquer” final de semana e em qualquer feriado, independentemente de terem exercido tal faculdade em períodos anteriores. Esse exemplo ilustra que, ao facultar a circulação de tais veículos nos corredores de ônibus “nos finais de semana” e “nos feriados”, a regra geral é que, ao permitir o “tudo”, o legislador também “permite em alguns”.

Esse tipo de raciocínio é designado no direito de “argumento *a fortiori*”, em que uma das formas é do tipo “quem pode o mais pode o menos” – *a maiori ad minus*. Chaïm Perelman explica esse raciocínio do seguinte modo:

A segunda forma se manifesta no brocardo “quem pode o mais pode o menos”. Se o artigo 2.265 do Código Civil declara que o “direito legítimo proprietário de reclamar a propriedade de quem adquiriu a *non dominion* de boa-fé e por justo título prescreve em dez anos, se o proprietário reside na jurisdição da Corte de Apelação dentro do qual está situado o imóvel, e dentro de vinte anos se está situado na jurisdição”, pode-se dizer, graças a um raciocínio *a maiori ad minus*, que, do mesmo modo, é possível tornar-se titular de qualquer outro direito real menos importante que o de propriedade⁴.

Se o raciocínio *a fortiori* não existisse, o motorista Tício poderia ser autuado caso circulasse em corredor de ônibus, por não ter feito isso em qualquer dos sábados ou feriados abrangidos na legislação.

Algo ínsito à característica da faculdade de se realizar uma conduta, portanto, é que pode ser realizado, ou não. A faculdade de se realizar a conduta em todas as vezes que tiver a oportunidade pressupõe, como regra geral, a faculdade de realizá-la algumas vezes, e apenas algumas vezes. O exemplo acima de Tício poder se locomover em alguns corredores de ônibus, e em algumas vezes, ilustra o que pretendemos demonstrar.

4. PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. 2. ed. Tradução: Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 77.

Isso não significa que o sistema jurídico não possa, excepcionalmente, extinguir um direito quando o seu titular deixa de exercê-lo em certa ocasião, ou que o direito não possa exigir um comportamento uniforme de alguém para que exerça tal direito. Ocorre que, para isso, é preciso justificar tal necessidade com base em algum fundamento jurídico específico, não sendo suficiente, com a devida vênia, a argumentação de que certa norma permite que a conduta seja realizada “todas as vezes”.

O meu ponto de vista distinto em relação ao fisco, portanto, é o de que vejo que a permissão de se amortizar o ágio “nos balanços” não pressupõe que a legislação exija que a amortização seja, necessariamente, “em todos os balanços”, assim como a Portaria municipal que permite a circulação de automóveis de passageiros e de uso misto “nos feriados” não exige que certo condutor tenha o ônus de circular em “todos os feriados”, sob pena de perder seu direito.

Inúmeros exemplos poderiam ser invocados para se demonstrar que o argumento *a fortiori* do tipo “quem pode o mais pode o menos”, ou, “quem pode sempre pode às vezes” é uma regra geral de nosso ordenamento, cuja exceção demandaria uma motivação a partir de uma justificativa do texto legal⁵. Isso significa que o fato de o legislador ter se utilizado de artigos definidos para a expressão “no balanço”, “nos períodos de apuração” etc. não nos parece comprovar a tese da necessidade de amortização do ágio de modo ininterrupto e fixo, na falta de uma determinação específica, ou de algum outro argumento complementar para embasar tal restrição.

Por outro lado, a legislação que trata do ágio traz consigo uma série de requisitos e limitações explícitas. O legislador foi cuidadoso, com o advento da Lei n. 12.973/2014, ao prever que o ágio deve ser entre partes não dependentes; ele previu o limite máximo de aproveitamento, previu a necessidade de laudo protocolado em cartório ou na Secretaria da Receita Federal do Brasil, entre outras previsões.

5. O próprio Chaïm Perelman admite que tal regra não é universal, como no caso da Lei de Vanderveelde, em que se admite que se vendam três garrafas de bebida alcoólica mas se proíbe que sejam vendidas em um número menor (PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. 2. ed. Tradução: Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 77). Note-se, no entanto, que a própria lei proíbe a venda em quantidades menores, de modo que, caso a proibição não existisse, a permissão de vender três garrafas implicaria a permissão de se vender menos do que três.

Um legislador tão cuidadoso, tão meticuloso, teria, contra a lógica comum de que “quem pode o mais pode o menos”, previsto, de modo tão sutil e implícito – ao utilizar artigos definidos e não indefinidos –, a exigência de que o ágio fosse aproveitado de modo ininterrupto e uniforme? A resposta positiva não nos convence.

Em síntese, portanto, o fato de que, salvo exceções que devem ser fundamentadas, “quem pode o mais pode o menos”; o fato de que o legislador buscou indicar, explicitamente, uma série de restrições e requisitos ao uso do ágio; e o fato de que o legislador não previu, expressamente, que o uso do ágio deve se dar de modo uniforme e ininterrupto, me fazem assumir interpretação distinta da empregada pelo douto órgão administrativo, de modo que eu entendo que o contribuinte poderia se aproveitar do ágio sem as restrições impostas pela Solução de Consulta n. 223/2019 Cosit.

5 CONCLUSÃO E REFLEXÕES FINAIS

Como podemos concluir nossa breve reflexão?

Gostaria de repetir: o legislador cria explícitos requisitos específicos e rigorosos para o aproveitamento do ágio, para fins fiscais. Quando o poder público imputa ônus que não seja decorrência necessária do texto legal, sem um fundamento claro do texto normativo que o indique, surge uma situação de incerteza e insegurança que não seria desejável em situações que normalmente envolvem valores expressivos, como costuma ocorrer com o aproveitamento fiscal do ágio.

Nesse sentido, é interessante notar que na ADI 2.446, que tratou da constitucionalidade do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional, uma das preocupações da Excelentíssima Ministra Cármen Lúcia foi demonstrar que o dispositivo não autorizaria “uma interpretação inteiramente criada pelo intérprete e sem qualquer respaldo normativo ou fático”⁶.

Invoco esse exemplo para lembrar que ainda que a ideia de “tipicidade fechada” seja cada vez mais relativizada, em prol, por exemplo, de uma “legalidade suficiente”, a necessidade de se buscar respaldo normativo para embasar posições é imprescindível para que o direito tributário adquira um mínimo de previsibilidade, possibilitando, ao administrado, tomar decisões.

6. STF, ADI 2.446, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DOU* 10.05.2022, p. 10.

O que busco demonstrar no presente artigo é que a justificativa empregada pela administração pública para exigir que a amortização do ágio seja necessariamente ininterrupta, a uma taxa fixa, pauta-se em uma construção a partir do texto legislativo que não é, em nosso ponto de vista, a mais convincente, quando se observa o modo com que o ordenamento jurídico tutela os direitos subjetivos.

Visamos a argumentar que a autorização de que o contribuinte amortize o ágio em “todos os balanços” e em “todos os períodos de apuração” não pode ser uma motivação a título de restrição do aproveitamento desse direito, justamente porque a faculdade de se “fazer sempre” envolve o direito de se fazer às vezes, *salvo em restrições expressamente apontadas pelo sistema jurídico*.

Em sendo afastado tal argumento, não nos parece haver uma proibição prevista na legislação para se aproveitar o ágio de modo não padronizado, sendo tal prerrogativa uma faculdade conferida ao contribuinte, por ausência de proibição a tal prática prevista na legislação.

Gostaria de finalizar com a seguinte meditação: é indiscutível que nosso sistema tributário apresenta grau elevado de litígio, entre fisco e contribuintes, por conta de sua complexidade, e devemos reconhecer que há uma preocupação de ambas as partes para que tal situação seja superada. Parece-me que grande parte desse expressivo litígio envolve controvérsias sobre a extensão de direitos usufruídos pelos contribuintes. Se o poder público tem a pretensão de limitar certos direitos conferidos ao particular em matéria tributária, a previsão explícita e clara de tais restrições, na legislação, é o modo mais legítimo de assim se efetivar, pois o consenso que advém da aprovação da lei, com todas as discussões, ponderações e concessões ínsitas ao processo legislativo que a aprovação de um diploma legal envolve, confere aquela ideia de “consentimento”, que o sistema democrático exige a toda restrição de direitos.

6 REFERÊNCIAS

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 8. ed. São Paulo: Noeses, 2021.

GELBCKE, Ernesto Rubens; SANTOS, Ariovaldo dos; IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu. *Manual de contabilidade societária*. 3. ed. 2. impr. São Paulo: Atlas, 2021. [Livro eletrônico].

McNAUGHTON, Charles William. *Curso de IRPF*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2022.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo: IBDT, 2020. v. I e II.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. 2. ed. Tradução: Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SANTOS, Ramon Tomazela. *Ágio na Lei n. 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

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