

# **IRPJ e CSLL: questões em torno da equivalência patrimonial sobre o valor da reserva de ágio nas operações denominadas “casa e separa”**

**Edmar Oliveira Andrade Filho**

## **1. Estrutura da operação “casa e separa”**

A expressão “operação casa e separa” tem sido utilizada para fazer referência a um conjunto de negócios jurídicos de caráter societário e contratual utilizados para viabilizar a alienação de bens sem apuração de ganho de capital tributável pelo imposto de renda. A figura central em torno da qual a operação se realiza é a reserva de ágio, prevista no parágrafo 1º do artigo 182 da Lei n. 6.404/76 e no artigo 442 do RIR/99.

Para ilustrar, imaginemos a hipótese em que os senhores Pedro e João receberam uma oferta de compra da totalidade das quotas do capital da sociedade Beta Ltda. Sendo detentores diretos das quotas, se viessem a vendê-las diretamente, ficariam obrigados a recolher imposto de renda sobre o eventual ganho de capital calculado pela alíquota de quinze por cento, e, com o objetivo de evitar o pagamento do imposto, os sócios foram aconselhados a realizar a operação “casa e separa” que tem essa sequência:

(a) primeiramente, os sócios subscrevem o capital de uma nova sociedade (a qual chamaremos “Gama”) e o integralizam com a entrega das quotas do capital da Beta, de modo que esta última passa a ser controlada da nova sociedade, que tanto pode ser uma sociedade de responsabilidade limitada ou uma sociedade por ações. O valor atribuído às quotas é o constante da declaração de bens dos subscritores na forma do caput do artigo 23 da Lei n. 9.249/95;

(b) em segundo lugar, a nova sociedade (Gama) transfere as quotas do capital da Beta em pagamento de subscrição de ações em sociedade anônima já existente ou constituída para servir de “palco” para o casamento, que chamaremos “Alfa”. A integralização é feita pelo valor contábil das quotas;

(c) em terceiro lugar, o adquirente dos bens objeto do negócio (no caso, o controle da empresa explorada pela Beta) ingressa como acionista da sociedade anônima Alfa referida no item precedente e subscreve capital em dinheiro (e/ou outros bens) com parte do preço a título de ágio (prêmio) que será destinado à formação de uma reserva de acordo com o disposto na alínea “a” do parágrafo 1º do artigo 182 da Lei n. 6.404/76 e cujo valor não será tributado pelo imposto de renda<sup>1</sup> em face do disposto no artigo 442 do RIR/99;

(d) em quarto lugar, a sociedade Gama contabiliza equivalência patrimonial sobre a parcela da reserva de ágio formada na sociedade por ações da qual é acionista – a Alfa – de modo que o valor contábil do investimento seja acrescido tendo como contrapartida um valor caracterizado como “equivalência patrimonial positiva”, que não é tributável.

(e) finalmente, é deliberada a cisão da Alfa, com a retirada da acionista Gama de modo que a parcela patrimonial cindida venha a ser incorporada por esta última e que será formada por dinheiro oriundo da subscrição do capital feita pelo comprador e por capital acrescido de parte da reserva de ágio que irá substituir, no patrimônio da receptora da parcela cindida, o valor do investimento já ajustado pela equivalência patrimonial.

Ao cabo dos passos descritos os senhores Pedro e Paulo deixam os negócios na Beta e ficam com sociedade Gama, cujo balanço patrimonial

---

1. Não há norma concessiva de isenção na legislação que rege a apuração da CSLL, mas essa parcela está fora do campo de incidência de tais regras porquanto ostenta o caráter de capital subscrito e, portanto, não integra o lucro.

registra o valor do dinheiro em caixa (ou outros bens) e o lucro derivado do registro de equivalência patrimonial. A referência à figura do casamento – e da separação subsequente – decorre do fato de que em tais casos vendedor e comprador tornam-se sócios por um curto período de tempo até que o vendedor saia da sociedade e deixe o “objeto” do negócio sob o controle do comprador. O casamento ocorrerá no palco de uma sociedade por ações em face da necessária utilização da figura da “reserva de ágio” e a separação pode ser feita por intermédio de uma operação de cisão ou de resgate de ações com a utilização da mesma “reserva de ágio” antes mencionada.

A operação acima descrita em linhas gerais pode ser modificada em sua estrutura de modo a evitar a realização da cisão. Assim, em lugar da cisão seguida de incorporação utiliza-se a figura do resgate de ações, de modo que, no exemplo hipotético acima exposto, a Gama recebe dinheiro (ou outros bens) pelas ações de sua propriedade que são resgatadas para cancelamento por Alfa, com a utilização da reserva de ágio, na forma do disposto no inciso II do artigo 200 da Lei n. 6.404/76. Assim, por exemplo, houve um caso em que o subscritor do aumento de capital da sociedade por ações fez a integralização com o ágio e imediatamente deixou a sociedade levando consigo (em sociedade seu controle) o “objeto” do negócio. Em outra ocasião a separação não foi integral porque os antigos acionistas permaneceram associados da subscritora que fez a integralização com ágio para adquirir o controle da empresa objeto do negócio.

Essa mesma operação foi utilizada também para obter as mesmas consequências para alienação de outros tipos de bens, como é o caso de uma linha de produtos, um imóvel, de direitos sobre marcas e patentes etc. De outra parte, essa mesma operação já foi utilizada por pessoas comuns como os senhores Pedro e João do nosso exemplo e também por poderosas corporações econômicas.

Os diversos órgãos do CARF têm produzido reiteradas decisões no sentido de declarar inválida a operação conhecida por “casa e separa” sob o argumento de que a mesma constitui típica simulação relativa porquanto evidencia uma notória contradição entre os atos jurídicos praticados e a intenção das partes que estariam utilizando as figuras da reserva de ágio, da cisão e do resgate de ações, fora das finalidades que lhes são assinadas pelo ordenamento jurídico. Neste estudo não pretendo discorrer sobre a validade da operação em si e como um todo porquanto quero me concentrar em um aspecto importante da mesma, que é o registro de equivalência patrimonial sobre o valor contabilizado a título de “reserva de ágio”.

## **2. Precedentes jurisprudenciais do CARF a respeito da equivalência patrimonial sobre reserva de ágio**

Consoante foi dito anteriormente, a operação “casa e separa” está ancorada na figura da “reserva de ágio” que é base para registro de resultado de equivalência patrimonial. Pois bem, em certas ocasiões a jurisprudência do CARF tem se voltado contra a lisura do registro da equivalência patrimonial sobre a reserva de ágio por considerar que o ajuste, nestas circunstâncias, não decorre de lucros obtidos pela sociedade investida. Vejamos a ementa do Acórdão n. 107-09169 (Processo 10680.720293/2005-18), de 16 de outubro de 2007:

IRPJ/CSLL – RESULTADO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL – O ajuste de investimento levado a efeito pela investidora pelo método da equivalência patrimonial, ancorado em ágio recebido pela investida na subscrição de ações, não revela realização de lucros na investida e, portanto, não pode ter a natureza atribuída pela investidora, de modo a propiciar custo majorado na alienação de investimento.

Ao justificar a conclusão contida na ementa acima transcrita, o Relator Luiz Martins Valero atribui ao ajuste por equivalência registrado pelo sujeito passivo a qualificação de “reserva de reavaliação”, na forma do artigo 390 do RIR/99. O douto julgador, depois de transcrever a legislação que julgou aplicável ao caso, afirmou: *“portanto, a mais valia do investimento apropriado pela investidora tem a mesma natureza de reserva de reavaliação, ainda que operacionalmente sua contabilização tenha se dado pela via da equivalência patrimonial”*. E conclui dizendo:

Logo, na alienação do investimento a investidora efetivamente realizou a mais valia, ou seja, apurou ganho de capital que deve ser tributado pelo imposto de renda e pela contribuição social.

Para o ilustre julgador a “reserva de ágio” não tem o caráter de lucro ou ganho apurado pela investida, e, portanto, trata-se de uma mais-valia atípica semelhante à “reavaliação de bens”.

Em outra ocasião, as autoridades fiscais entenderam que o valor da equivalência patrimonial calculado sobre o valor da reserva de ágio traduzia ganho de capital tributável porquanto a formação da reserva de ágio teria ocorrido sob o pálio de negócio jurídico simulado. Na ementa do Acórdão n. 108-08.603 (Processo 10882.003600/2002-75), da Oitava Câmara do Conselho de Contribuintes e datado de 11 de novembro de 2005, encontramos a seguinte declaração:

IRPJ E CSL – ATO SIMULADO – CARACTERIZAÇÃO – Caracterizam a ocorrência de simulação os procedimentos engendrados por grupo de empresas e pessoa física para evitar a tributação do ganho de capital pela venda de participação societária, por meio de exclusão na apuração do lucro real de ganho de equivalência patrimonial ocasionado por ágio não justificado na investida.

Em seguida, na mesma ementa, a justificativa da glosa é reiterada e feita menção expressa à ocorrência de simulação. Ali está dito que é *“pro-*

*cedente a glosa da exclusão na apuração do lucro real do ajuste positivo de investimento controlado pelo método da equivalência patrimonial, quando este ajuste é derivado de atos crivados pela prática de simulação”.*

Do exposto até aqui resulta claro que nas operações “casa e separa” existem pelo menos dois problemas relacionados ao ajuste por equivalência patrimonial. Em primeiro lugar há a questão da qualificação jurídica da reserva de ágio que tem o caráter de um acréscimo patrimonial obtido pela sociedade investida que não corresponde a um lucro na acepção contábil do termo. Em segundo lugar está a questão da validade da formação da reserva de ágio que tem sido considerada em tais operações como um meio para mascarar uma compra e venda de participação societária. Discorrerei sobre essas duas questões a seguir, principiando pela segunda.

(a) Aquisição de participação societária por subscrição de capital

Considero que, ao contrário do que tem sido decidido pelo CARF, a subscrição de capital com ágio é um modo idôneo de aquisição e de alienação de participação societária e que essa idoneidade – que tem caráter formal e material – afasta o caráter simulatório do uso desse conjunto de atos ou negócios jurídicos. A aquisição de ações ou quotas do capital de uma sociedade decorrente de aumento do valor do seu capital social é feita por intermédio de dois atos ou negócios jurídicos sucessivos: a subscrição e a integralização. A subscrição é ato pelo qual o sócio ou futuro sócio se obriga a realizar o valor do capital que pretende adquirir, enquanto a integralização, por outro lado, é ato de cumprimento da obrigação contraída no ato da subscrição e que se perfaz mediante qualquer forma de extinção da obrigação que confirme a aquisição do *status* de sócio pelo subscritor que, em decorrência, se torna proprietário das ações

ou quotas emitidas<sup>2</sup>. Assim, uma vez integralizado o valor subscrito, o sócio adquire as quotas ou ações, e, adquire, ao mesmo tempo, a posição definitiva de sócio.

Para Paulo Olavo Cunha<sup>3</sup> a subscrição “traduz a vontade de aquisição originária de titularidade por partes dos destinatários da emissão”. Na doutrina do consagrado Pontes de Miranda<sup>4</sup> não há dúvida alguma de que subscrição é meio de aquisição de ações:

Quem subscreve põe a assinatura para se vincular à aquisição das ações se a sociedade por ações vier a constituir-se.

De igual modo, Waldirio Bulgarelli<sup>5</sup> é incisivo ao lecionar que subscrição não é algo diferente de aquisição. De acordo com o acatado jurista:

Subscrever ações: é a declaração de vontade expressa pelo subscritor de adquirir ações de uma sociedade por ações (anônima ou em comandita por ações).

---

2. Para Franklin A. Gevurtz (*Corporation law*. Saint Paul: West, 2000. p. 112) a emissão de ações é equiparável a uma venda das mesmas. Para o autor; “*When a corporation ‘issues’ (in other words sells) stock, two things happen: the Corporation obtains money, property or whatever other consideration the buyers pay to the corporation for stock, and de buyers become owners of the corporation, known as stockholders or shareholders*”.

3. CUNHA, Paulo Olavo. *Direito das sociedades comerciais*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 321.

4. PONTES MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. v. 50, p. 122. Para Fábio Ulhoa Coelho (*Curso de direito comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2, p. 114), “A subscrição é ato unilateral de vontade da pessoa interessada em se tornar titular da ação emitida. Por meio dele, o subscritor adere às condições estabelecidas pela sociedade emissora, isto é, manifesta a sua concordância com o preço de emissão, condições de pagamento, datas de vencimento das obrigações etc.”.

5. BULGARELLI, Waldirio. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 71, p. 71.

No famoso *Black's Law Dictionary*<sup>6</sup>, o vocábulo “*subscription*” significa:

*A written contract by which one engages to take and pay for capital stock of a corporation.*

Parece cristalino, portanto, que a subscrição de ações é modo admitido pela ordem jurídica para permitir a aquisição de ações e, consequentemente, do controle societário de uma sociedade empresarial. A validade da escolha deste modo de aquisição de participação societária depende, todavia, da observância das normas (regras e princípios) dispositivas e imperativas que formam a tutela do capital social.

De acordo com ordenamento jurídico vigente, a sociedade que pretende aumentar o valor do seu capital social tem certa margem de discricionariedade para fixar o preço de emissão das ações. Assim sendo, o valor das ações a serem emitidas pode variar de acordo com as circunstâncias de cada caso e pode ser exigido o pagamento de um prêmio (ou ágio) que corresponderá à diferença entre o valor nominal das ações e o valor estabelecido em avaliação segundo os critérios permitidos em lei.

Esse prêmio tem para o subscritor o caráter de prestação de capital, mas para a sociedade recipiente essa diferença será registrada em conta de “reserva de capital”. A formação da reserva de ágio na subscrição de ações está explicitamente prevista na Lei n. 6.404/76. Na referida lei a constituição da reserva de ágio é regida pela norma do parágrafo 2º do artigo 13 combinada com a regra constante da alínea “a” do parágrafo 1º do artigo 182.

Essas normas devem ser interpretadas em harmonia com aquelas contidas no artigo 170 da Lei n. 6.404/76. O parágrafo 1º do artigo 170 da Lei n. 6.404/76 estabelece parâmetros para a fixação do preço

---

6. BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 4. ed. West Publishing: Minnesota, 1951. p. 1596.

de emissão de ações, e, portanto, o órgão dotado de poder jurídico para determinar o aumento do valor do capital pode escolher fixar o preço de emissão das novas ações de acordo com o que entender ser o melhor para a sociedade naquele momento, desde que sejam observados os critérios fixados na lei.

Como já foi acima explicitado, a subscrição de capital é um modo de aquisição de controle societário nada obstante o fato de que a contrapartida pela aquisição é entregue à própria sociedade em pagamento das ações ou quotas subscritas. Logo, é juridicamente possível que alguém adquira o controle de uma sociedade empresária tornando-se sócio junto com os antigos, isto é, sem que seja necessário adquirir quotas ou ações em poder dos sócios ou acionistas existentes. Logo, a utilização da figura da “reserva de ágio” pode ser normalmente utilizada para o fim de viabilizar a transferência do poder de controle, bastando – para que isso seja feito – que os sócios ou acionistas não exerçam o direito de preferência de subscrição do capital que a lei lhes outorga. Vejamos a doutrina de Guilherme Döring Cunha Pereira<sup>7</sup>:

44. A subscrição de ações num aumento de capital apresenta peculiaridades que merecem ser destacadas. Ela permite que se opere a transferência de controle sem a correlata transferência de ações. O valor das ações subscritas, ao contrário do que ocorre na alienação do bloco de ações de controle, será recebido diretamente pela sociedade emissora, beneficiando assim a totalidade do corpo acionário.

---

7. PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Alienação do poder de controle acionário*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 41. O tema é tratado também por: PRADO, Roberta Nioac. *Oferta pública de ações obrigatória nas S. A.* São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 202.

O enunciado do parágrafo 4º do artigo 29 da Instrução CVM n. 361/02 confirma que a aquisição de controle de uma sociedade se faz pela cessão de direitos de subscrição<sup>8</sup>. Vejamos:

§ 4º. Para os efeitos desta instrução, entende-se por alienação de controle a operação, ou o conjunto de operações, de alienação de valores mobiliários com direito a voto, ou neles conversíveis, ou de cessão onerosa de direitos de subscrição desses valores mobiliários, realizada pelo acionista controlador ou por pessoas integrantes do grupo de controle, pelas quais um terceiro, ou um conjunto de terceiros representando o mesmo interesse, adquira o poder de controle da companhia, como definido no art. 116 da Lei 6.404/76.

A operação “casa e separa” requer a realização de um fato jurídico devidamente qualificado, que é o aporte de capital em sociedade mediante subscrição de ações ou quotas com o consentimento dos antigos sócios ou acionistas que aceitam ter a sua participação societária diluída. Esse fato jurídico tem consistência diferente daquele em que ocorre a alienação das ações ou quotas por parte dos sócios haja vista que, neste último caso, há um contrato de intercâmbio entre os antigos e os novos sócios ou acionistas e a sociedade (a pessoa jurídica que a reveste) não é parte no negócio, de modo que os recursos financeiros envolvidos não são carreados para o seu patrimônio. A despeito de ambos servirem de instrumento para que a aquisição de participação societária parece claro e evidente que os fatos são diferentes entre si em sua estrutura e consequências práticas porque o valor envolvido será destinado a pessoas distintas no caso da eleição de uma ou outra modalidade de negócio: assim, se o negócio é celebrado com a sociedade a ela serão destinados os recursos

---

8. O ato normativo trata do lançamento de oferta pública de aquisição e estabelece que o dever de fazer a oferta só ocorre, nas companhias abertas, se a cessão dos direitos de subscrição for feita de modo oneroso, o que não interfere na análise que ora empreendemos.

utilizados para pagamento do preço de emissão e os sócios ou acionistas não têm direito sobre eles, e, por isso, não podem exigi-los coativamente. De outra parte, se o negócio é firmado entre os sócios ou acionistas, a sociedade (a empresa que ela explora) é um objeto e não parte no negócio, e, de igual modo, não pode exigir coativamente que os recursos sejam aportados ao seu patrimônio. Logo, a relação jurídica que se estabelece, num e noutro caso, é diferente porque os fatos não são idênticos; num – em que há subscrição de capital novo – ocorre, para o subscritor, a denominada “aquisição originária” de participação societária enquanto que noutro (o decorrente da relação estabelecida entre sócios ou acionistas) há “aquisição derivada” de títulos de participação societária<sup>9</sup>. Se a aquisição pode ser feita pelo negócio “a” ou “b” parece certo que a alienação – que é a contraparte da aquisição – também pode ser feita com a escolha admitida pela ordem jurídica<sup>10</sup>.

Diante do que foi exposto até aqui resulta claro que o contrato de subscrição de ações é um modo (um caminho) idôneo, legal e normal para a aquisição do controle de uma sociedade. O propósito negocial é evidente porque aquele que subscreve ações com ágio o faz para adquirir participação societária em sociedade regularmente constituída e o faz para auferir os benefícios econômicos presentes e futuros a serem gerados

---

9. Vide decisões da CVM nos seguintes casos: Processo Administrativo n. RJ-2007/14099, julgado em 29.01.2008; Processo Administrativo n. RJ-2009/0471, julgado em 03.03.2009.

10. A alienação, no caso, não tem como objeto as ações ou quotas embora não seja absurdo considerar (como faz Franklin Gevurtz) que a sociedade emissora “vende” as ações. De todo modo, parece certo que os sócios ou acionistas ao permitirem a entrada de outrem na sociedade abrem mão, isto é, “alienam” o direito de preferência que detêm em razão da posição que ocupam e, deste modo, transferem os benefícios típicos da condição de acionistas que são: (a) o direito de participar dos lucros e na liquidação da sociedade; e, (b) o direito de gerir a empresa, no caso de ações com direito a voto. Para Albert Wahl (*Précis théorique et pratique de droit comercial*. Paris: Sirey, 1922. p. 209), o prêmio é uma prestação a fundo perdido que constitui “*la compensation d’avantages attribués aux actionnaires*”.

pela empresa (ou outro negócio qualquer). Logo, ao menos em princípio, aquele que o utiliza não simula, não abusa de seu direito nem age contra a lei (ou em fraude à lei).

Assim, a caracterização de simulação *tout court* nas operações “casa e separa” que tem sido costumeira na jurisprudência do CARF é problemática se considerarmos que a “alma” da operação – a subscrição de capital com ágio – é um modo idôneo, lícito e normal (ordinário) de aquisição de participação societária. Assim, o controle da legalidade da operação com base na intenção das partes não pode desprezar o fato de que o negócio efetivamente realizado é, além de lícito, perfeitamente compatível com a finalidade da operação; deste modo, esta modalidade de negócio guarda perfeita congruência com a finalidade perseguida nas operações “casa e separa” que é, ao fim e ao cabo, a aquisição de participação societária. Se alguém pode licitamente adquirir o controle societário de uma sociedade por essa via parece claro que alguém pode aliená-lo também por intermédio desse mesmo caminho.

A existência, no caso, da possibilidade de se optar por um ou por outro caminho exclui de plano a cogitação de ocorrência de fraude à lei, abuso de direito e simulação.

#### (b) A justificação econômica da reserva de ágio

Consoante foi exposto acima, a formação da reserva de ágio está sujeita às regras jurídicas pertinentes ao aumento do valor do capital social. Essas regras atendem a um princípio básico que visa a preservar a posição dos sócios ou acionistas nas hipóteses em que outras pessoas se interessam por adquirir ações ou quotas da sociedade à qual pertencem. Por esta razão é que as normas sobre a tutela do capital visam a não permitir a diluição injustificada da posição dos antigos acionistas, e, por este motivo, a lei diz que o valor a ser recebido pela sociedade emissora em razão

da aquisição das novas ações não pode ser arbitrariamente estabelecido se disto resultar diluição injustificável.

Há muito tempo, Henry W. Ballantine<sup>11</sup> observou que os administradores das companhias têm o dever de evitar a emissão de ações “por um preço inadequado, favorecendo certas pessoas e com isso diluindo a participação proporcional dos outros acionistas”. Entre nós, Fran Martins<sup>12</sup> explica que “o estabelecimento de elementos a serem observados na fixação do preço das novas ações tira aos administradores da companhia liberdade ampla para fixar o preço das ações novas, já que na fixação não apenas devem eles ter em conta referidos elementos determinados pela lei como, sobretudo, devem levar em consideração que em nenhuma hipótese a fixação do preço deve levar a uma diluição injustificada da participação dos antigos acionistas”. Para o ilustre Professor Fábio Konder Comparato<sup>13</sup>, a fixação do preço de emissão de novas ações deve levar em conta o fato de que o valor do patrimônio líquido contábil pode não representar adequadamente o valor econômico da empresa. Vejamos:

---

11. BALLANTINE, Henry Whinthrop. *Ballantine on corporations*. Chicago: Callaghan, 1946. p. 488. No original: “*the issue of shares at an inadequate price to favored persons, thereby diluting the proportionate interest of other shareholders*”.

12. MARTINS, Fran. *Novos estudos de direito societário*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 177.

13. COMPARATO, Fábio Konder. *Novos ensaios de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 181. Em outra obra (*Direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 146), o autor afirma: “O critério da lucratividade, obviamente, foi imposto pelo legislador, com o objetivo declarado na parte final da norma: evitar a diluição injustificada da participação dos antigos acionistas, ou seja, os efeitos do que a prática norte-americana denominou, desde o início do século, *watered capital*. O novo subscritor passa, uma vez transformado em acionista, a participar não só do patrimônio atual da companhia, inclusive reservas formadas ao longo dos exercícios passados, mas também das perspectivas de lucro que se abrem no futuro próximo. A sua contribuição ao capital corresponderá a esse amplo direito de participação, ou, ao contrário, a emissão de novas ações representará um aumento do divisor sem correspondente aumento do bolo a ser dividido”.

No lançamento de novas ações à subscrição, a companhia não pode deixar de levar em conta o sobrevalor do patrimônio líquido em relação ao capital social, para a fixação do preço de emissão.

Assim, quando alguém pretende tornar-se sócio de uma sociedade que explora uma empresa em marcha é natural que deva pagar pelo valor dela como um todo. Esse valor será determinado de acordo com os critérios definidos no parágrafo 1º do artigo 170 da Lei n. 6.404/76, que faz referência à avaliação com base na perspectiva de rentabilidade, do valor futuro ou valor de patrimônio líquido ou de cotação em Bolsa de valores. Enfim, se a empresa explorada pela sociedade é próspera e tem valor de mercado superior ao patrimônio líquido contábil é razoável exigir que o subscritor pague um prêmio ou ágio<sup>14</sup>. O referido ágio constitui parte do preço de aquisição que ultrapassa o valor nominal das ações que os acionistas – ao estipularem o preço de subscrição – almejam cobrar dos novos sócios com o objetivo de manter um equilíbrio entre os novos e os antigos sócios, isto é, para que os novos paguem o valor atualizado pela parcela do patrimônio social adquirida que vai além do valor nominal das ações<sup>15</sup>.

Nos assentamentos contábeis da sociedade recipiente (emissora das ações) o valor correspondente ao ágio não comporá o montante do capital e será levado a uma conta de reserva, no patrimônio líquido, haja vista que os recursos aportados a esse título pertencem à sociedade e não aos acionistas, que, todavia, se beneficiam ao menos indiretamente do incremento patrimonial auferido pela sociedade.

---

14. Para Geoffrey Morse (*Charlesworth's company law*. 17 ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2005. p. 145): “Where a company's issued shares have a market value greater than the amount paid up on them, then, when further shares are being issued, the company may require applicants to agree to pay more than the nominal amount of the new shares, i. e. to pay a premium”. Em igual sentido: GAMBARDELLA, Adolfo. *Formazione e variazione di capitale nelle società anonime*. Milão: Vallardi, 1955. p. 96-97.

15. FERREIRA, Waldemar. *Tratado das sociedades mercantis*. 5. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Editora Nacional, 1958. p. 1530-1531.

No direito alienígena as coisas se passam do mesmo modo, ou seja, o prêmio pago pelo subscritor visa a remunerar a sociedade, e, de forma oblíqua, os seus acionistas, pela riqueza formada ao longo de sua existência. Vejamos a lição de Leonardo G. Rodriguez<sup>16</sup>:

*La prima de emisión constituye el sobreprecio que debe pagar cada suscriptor de una emisión de nuevas acciones de una sociedad existente respecto de su valor nominal, siendo tal sobreprecio una de las condiciones de la respectiva emisión y teniendo como fundamento el mayor valor que han adquirido las acciones emitidas por la sociedad em el transcurso de los negocios sociales.*

Em certas circunstâncias o pagamento de ágio justifica-se em razão da existência, no patrimônio líquido da sociedade, de reservas formadas anteriormente<sup>17</sup> à data da subscrição das novas ações ou mais-valias ocultas, aparentes e latentes<sup>18</sup>.

O pagamento do prêmio na subscrição de capital antes de ser uma faculdade é uma necessidade porque constitui um meio de equilibrar<sup>19</sup> a situação dos antigos sócios com a daqueles que ingressam na sociedade,

---

16. RODRIGUEZ, Leonardo G. *La prima de emisión de acciones*. Buenos Aires: Depalma, 2001, p. 34; FRENCH, Derek; MAYSON, Stephen e RYAN, Christopher. *Company law*. 27. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 182.

17. ASCARELLI, Tullio. O direito de preferência e a emissão das ações acima do par. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 495-504.

18. COURET, Alain, e MEDUS, Jean-Louis. *Les augmentations de capital*. Paris: Economica, 1994. p. 46. Para os autores: “*la prime d’émission permet donc, aux anciens actionnaires de préserver leur pouvoir, et d’égaliser les droit des anciens et nouveaux actionnaires sur les réserves et plus-values occultes, apparentes et latentes*”. Para Ives Guyon (*Droit des affaires*. 9. ed. Paris: Economica, 1996. p. 444) o ágio representa um prêmio de emissão de caráter compensatório de modo que constitui “*un droit d’entrée, destiné à compenser la différence entre la valeur nominale et la valeur vénable des actions anciennes*”.

19. ASCARELLI, Tullio. Diritto d’opzione nell’aumento di capitale e emissione delle nuove azioni con aggio. *Saggi di diritto commerciale*. Milão: Giuffrè, 1955. p. 431.

e, deste modo, tem a finalidade precípua de evitar o enriquecimento sem causa dos novos acionistas, o que seria contrário à equidade<sup>20</sup> e à isonomia. Na doutrina de Paulo de Tarso Domingues<sup>21</sup>:

Há, porém, uma primordial razão que se associa à constituição do prêmio de emissão e que se prende exclusivamente com a operação de aumento de capital. O ágio visa fundamentalmente a compensar a diferença entre o valor nominal das ações {subscritas no aumento de capital} e o valor venal das ações antigas; dito de outro modo, visa a assegurar a igualdade entre o valor das entradas e o valor dos direitos sociais, ou seja, com o ágio pretende-se fundamentalmente assegurar o princípio da igualdade de tratamento entre os sócios.

Há muito tempo o nosso J. X. Carvalho de Mendonça<sup>22</sup> atentou para a necessidade da utilização da figura do ágio nos aumentos de capital em certas circunstâncias independentemente da existência de norma legal que a previsse. Vejamos:

Se a sociedade, existindo durante certo tempo, conserva intacto o seu capital, acumula reservas, adquire freguesia e distribui bons dividendos, e o ativo social representa valor superior ao capital, valor que, de ordinário, é indicado cotação na Bolsa; seria injusto permitir aos novos acionistas, entrando com o valor nominal da ação, isto é, com tanto quando os primitivos acionistas pagaram quando ainda não se firmara o êxito da sociedade, gozar as mesmas vantagens destes. Indispensável é, para estabelecer a igualdade entre os antigos e

---

20. FERREIRA, Waldemar. *Tratado de sociedades mercantis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional, 1958. v. 5, p. 1530. No mesmo sentido: PONTES, Aloysio Lopes. Cobrança de ágio em aumentos de capital de sociedades anônimas. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* n. 11. São Paulo: RT, 1973, p. 29-34.

21. DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Variações sobre o capital social*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 455.

22. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 3, p. 394.

os novos acionistas, exigir destes o preço correspondente ao valor intrínseco das antigas ações, o que se obtém pela emissão acima do par.

Enfim, a lei prevê o pagamento do ágio como um “meio de defesa” da posição dos antigos sócios<sup>23</sup>. Do ponto de vista econômico, o ágio representa a mensuração de um ganho gerado pela valorização da empresa explorada pela sociedade emissora das novas ações. Esse ganho pode validamente ser apropriado pelos acionistas caso venham a alienar diretamente as ações que possuem, ou pode ser destinado ao patrimônio da sociedade que, deste modo, torna-se receptora dos valores transferidos pelos novos acionistas.

### **3. A equivalência patrimonial na legislação tributária**

Retomo, a partir de agora, a discussão acerca da pertinência do registro de equivalência patrimonial sobre o valor da reserva de ágio com o objetivo de verificar se a decisão do CARF que considera ilegal esse registro tem fundamento jurídico razoável.

De acordo com o art. 387 do RIR/99, em cada balanço, o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou da controlada, de acordo com o disposto no art. 248 da Lei n. 6.404/76. Aqui, as normas contábeis e fiscais se imbricam, de modo que a incidência destas depende do pleno atendimento às disposições dessas últimas. Em decorrência, a qualificação jurídica do eventual ajuste de equivalência patrimonial sobre o montante da reserva de ágio depende da observância concomitante das normas de caráter tributário e contábil.

---

23. MICCIO, Renato. *Il diritto di opzione nell'aumento di capitale delle società per azioni*. Nápoles: Jovene, 1957. p. 2-3. A cobrança de um ágio (sopraprezzo) constitui, juntamente com o direito de preferência um dos “*mezzi di difesa*” (meios de defesa) que a lei coloca em favor dos antigos acionistas.

Os itens II e III do artigo 248 da Lei n. 6.404/76, modificado pela Lei n. 11.941/09, dispõe o seguinte acerca do registro do ajuste da equivalência patrimonial<sup>24</sup>:

Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos em coligadas ou em controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum serão avaliados pelo método da equivalência patrimonial, de acordo com as seguintes normas:

II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;

III - a diferença entre o valor do investimento, de acordo com o número II, e o custo de aquisição corrigido monetariamente; somente será registrada como resultado do exercício:

- a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;
- b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos;
- c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

Deflui do texto do item II, que a base para cálculo do ajuste de equivalência patrimonial é o valor do patrimônio líquido tal como definido no item III do parágrafo 2º do artigo 178 da mesma Lei n. 6.404/76. Logo, se a reserva de ágio é integrante do patrimônio líquido parece certo que o respectivo não deve ser excluído do seu montante global para fins de aplicação da porcentagem de participação. Ressalva-se, no entanto, a possibilidade de a CVM vir a dispor de outro modo com fulcro na alínea “c” do item acima transcrito<sup>25</sup>.

---

24. A expressão “equivalência patrimonial” não constava do texto original da lei editada em 1976; trata-se de acréscimo introduzido pela Lei n. 11.941/09.

25. A matéria é regida pela Instrução CVM 247/96, sobre a qual falarei mais adiante.

O item III dispõe sobre a qualificação jurídica contábil do eventual ajuste e diz respeito ao registro do valor da equivalência patrimonial como parte integrante ou não do resultado do exercício, isto é, como receita ou como despesa. Pois bem, o registro em conta de receita ou despesa será feito à vista dos elementos integrantes do patrimônio líquido da sociedade investida que decorram de lucros ou prejuízos, ou, ainda, que correspondam a ganhos ou perdas efetivos. Lucro ou prejuízo, neste contexto, representa o resultado do período haja vista que tais expressões devem ser compreendidas segundo aceção contábil ordinariamente adotada para fazer referência à grandeza resultante do confronto entre as receitas, rendimentos e ganhos de capital e o montante global das despesas, custos e perdas de capital.

A alínea “b” do inciso III, por sua vez, diz que também será registrado como receita ou despesa o montante do ajuste por equivalência patrimonial que decorra de ganhos e perdas definitivas que não estejam compreendidas – por óbvio – nos resultados da sociedade investida. Assim, o preceito abrange parcelas integrantes do patrimônio líquido que: (a) não sejam qualificadas como resultado do período; e, (b) resultem de ganhos ou perdas efetivas que tenham sido experimentados pela investida e que não tenham sido imputadas ao resultado desta. Para que se possa afirmar que a reserva de ágio se enquadra ou não nesta categoria de parcelas suscetíveis de gerar o registro de ajuste por equivalência patrimonial como receita é necessário determinar se ela propicia ou não um ganho efetivo para a sociedade recipiente dos recursos, ou se, de outro modo, constitui uma mais-valia potencial ou simples “esperança de lucro”, para adotar a expressão cunhada por Tullio Ascarelli.<sup>26</sup>

A Instrução CVM n. 247/96, modificada pelas Instruções 464 e 469, ambas de 2008, é clara ao estabelecer que os valores registrados

---

26. ASCARELLI, Tullio. *Ensaio e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 210.

em contas representativas de reservas de capital são suscetíveis de gerar ganhos efetivos. Vejamos:

Art. 16. A diferença verificada, ao final de cada período, no valor do investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial, deverá ser apropriada pela investidora como:

I - receita ou despesa operacional, quando corresponder a aumento ou diminuição do patrimônio líquido da coligada e controlada, em decorrência da apuração de lucro líquido ou prejuízo no período ou que corresponder a ganhos ou perdas efetivos em decorrência da existência de reservas de capital ou de ajustes de exercícios anteriores.

O valor destinado à formação de reserva de ágio apurado de acordo com as normas que regem a determinação do valor do capital social constitui ingresso no patrimônio da sociedade a título definitivo e não restituível<sup>27</sup>, e, portanto, parece ser razoável afirmar que se trata de um ganho por ela auferido, nada obstante o fato notório de que a figura do ágio tenha sido engendrada para preservar os direitos dos antigos acionistas<sup>28</sup>. De outra parte, tal parcela não tem caráter meramente escritural posto que a sociedade, efetivamente, recebeu dinheiro ou outros bens em pagamento da integralização do capital aumentado. Afinal, o montante transferido pelos acionistas subscritores constitui parcela integrante do valor do próprio capital integralizado, e, por isso, submete-se ao cânone do princípio da integridade ou efetividade<sup>29</sup> do capital que repele entra-

---

27. O valor do ágio pago constitui, para o acionista, prestação de capital, e, deste modo, não tem natureza jurídica autônoma. A restituição ou o reembolso segue, portanto, as regras atinentes ao capital social. Em parecer ofertado antes do advento da Lei n. 6.404/76, Francisco Campos discorreu sobre as consequências jurídicas de um “ágio reembolsável” em seu *Direito comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. p. 217-224.

28. Para Francisco Campos (idem, p. 395): “o ágio ou prêmio aumenta as reservas da sociedade ou contribui para avultar ou enriquecer o seu patrimônio”.

29. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1, p. 64. Para o autor: “A existência de uma rígida disciplina da avaliação dos bens que irão formar o capital social fundamenta-se basicamente na

das de bens desprovidos de consistência econômica de modo a evitar o aguçamento do capital (*watered stock*).<sup>30</sup>

Não há dúvida de que, no passado, havia acirradas controvérsias acerca do caráter jurídico do prêmio sob o aspecto teleológico. Em antiga lição, Sylvio Marcondes observa que o ágio é indicativo de um ganho obtido pela sociedade em razão do incremento de valor alcançado pela empresa enquanto que os acionistas participam do sucesso econômico desta pelo recebimento de dividendos<sup>31</sup>. Vejamos:

Se, entretanto, a prosperidade e o êxito da sociedade determinam ágio na cotação das próprias ações, esse ágio ela o deve, e somente a si mesma, pois para sua formação em nada participou o acionista. Assim, se o dividendo é remuneração do acionista, o ágio é justo prêmio da sociedade.

Na lição de J. X Carvalho de Mendonça<sup>32</sup> “não se trata de lucro social” a cifra paga à sociedade emitente das ações a título de ágio. Para Aliomar Baleeiro<sup>33</sup> “o objetivo econômico e jurídico dos prêmios exigidos não foi o de realizar um proveito – o que seria legítimo – para a empresa ou para os fundadores, mas evitar que esses ficassem prejudicados”.

---

necessidade de fazer com que o capital social constante dos estatutos corresponda a valores reais e não fictícios, representando assim uma soma não ilusória: trata-se, pois de resguardar a efetividade do capital social”.

30. Na doutrina de Osmar Brina Corrêa-Lima (*Sociedade anônima*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 41): “Diz-se que ocorre o fenômeno do ‘capital aguçado’ quando o pagamento das ações subscritas for efetuado em bens superavaliados”. Em igual sentido: BALLANTINE, Henry Whinthrop. *Ballantine on corporations*. Chicago: Callaghan, 1946. p. 789.

31. MARCONDES, Sylvio. A emissão de ações com ágio. *Revista Forense* v. 156. Rio de Janeiro: Forense, 1954. p. 494. Da lição transcrita eu não endosso a afirmação de que os sócios não participam da valorização da empresa: afinal, sem os prestadores de capital não há empresa.

32. *Idem*, p. 394.

33. BALEEIRO, Aliomar. *Clínica fiscal: questões de finanças e de direito tributário*. Salvador: Progresso, 1958. p. 82.

Logo, para esse autor<sup>34</sup>, “não há lucro onde existe apenas uma entrada dos sócios para o fundo comum, a fim de uns não se locupletarem com a jactura dos demais”. Já Rubens Gomes de Sousa<sup>35</sup> considera que o ágio é uma espécie de indenização atribuída aos antigos sócios:

O ágio é um “preço de entrada” que a sociedade cobra dos novos acionistas, para restabelecer o equilíbrio patrimonial entre eles e os antigos, indenizando a estes pelo fato de que aqueles, pagando apenas o valor da subscrição (nominal), entram para a sociedade com iguais direitos.

Parece-nos que o ordenamento jurídico atual atribui ao ágio pago na integralização de ações o caráter de ganho apropriado pela sociedade. É certo que a valorização da empresa acaba por se refletir em dois patrimônios. Em primeiro lugar, representa aumento de valor econômico da sociedade que explora a empresa, de modo que o sucesso da empresa constitui fator do incremento do patrimônio social ao qual pertence. Em segundo lugar, essa valorização se reflete no patrimônio dos acionistas haja vista que as ações que possuem são bens de segundo grau<sup>36</sup> em relação aos bens sociais pertencentes à empresa.

Sendo o valor do ágio entregue à sociedade (*rectius*: pessoa jurídica) parece claro que este é feito em função da valorização dos ativos da própria empresa que constitui o patrimônio social. Logo, deste ponto de vista, o ganho pertence à sociedade porque é ela quem recebe o valor que

---

34. *Idem*, p. 85.

35. SOUSA, Rubens Gomes de. *Pareceres 2: imposto de renda*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975. p. 138.

36. Para Fábio Konder Comparato (*Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: RT, 1970. p. 79-80): “As ações são, portanto, bens de segundo grau e que, como tal, não nos devem fazer perder de vista o fato de que os bens de uma companhia pertencem indiretamente, ou seja, através desse diafragma acionário, aos seus acionistas”.

é pago por terceiros que virão a se tornar participantes da sociedade<sup>37</sup>. Trata-se de ganho seu porque os bens que lhe são entregues – como disse Francisco Campos – contribuem para “avultar e enriquecer o seu patrimônio”<sup>38</sup>.

O caráter atual e efetivo do ganho auferido pela sociedade é reafirmado pela variada aplicação que a lei permite que seja dada aos valores registrados na conta contábil de “reserva de capital”. De acordo com o artigo 200 da Lei n. 6.404/76, as reservas de capital somente poderão ser utilizadas para: (a) absorção de prejuízos que ultrapassem os lucros acumulados e as reservas de lucros (artigo 189, parágrafo único); (b) resgate, reembolso ou compra de ações; (c) resgate de partes beneficiárias; (d) incorporação ao capital social; e, (f) pagamento de dividendo a ações preferenciais, quando essa vantagem lhes for assegurada (artigo 17, § 5º).

Assim sendo, o montante registrado em conta de reserva, no patrimônio líquido, não é, para sociedade receptora, uma cifra com a mesma qualificação jurídica do capital porquanto sobre tal valor não são calculados dividendos. Todavia, se a lei permite que os valores sejam empregados no pagamento de dividendos e na compensação de prejuízos existentes ou futuros parece claro que atribui a tal cifra o caráter de lucro por equiparação e isto reforça o caráter de ganho efetivo propiciado pelo valor do ágio recebido. A natureza do ganho auferido pela sociedade é, no entanto, *sui generis*: não se trata de receita obtida em razão da exploração de atividade econômica que constitui o seu objeto social e não se qualifica como ganho de capital já que não decorre da alienação ou liquidação de bens da empresa, a menos que se considere que o valor recebido para separação em conta de reserva de capital constitui remuneração pela cessão de um bem intangível não individualizável, que é o direito de estar associado como participante da sociedade e em condições

---

37. IUDICIBUS, Sérgio et al. *Manual de contabilidade societária*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 195.

38. Nota de rodapé 28, acima.

de auferir os benefícios econômicos gerados pela empresa – seja sob a forma de dividendos ou em razão do incremento do valor da empresa no futuro. Não se trata, portanto, de mais-valia potencial que possa ser equiparada a uma “reserva de reavaliação” que, de resto, está sujeita a um regime jurídico próprio e específico que nenhum parentesco tem com o da formação da “reserva de ágio”.

À vista do que foi exposto parece claro que não possui base jurídica a decisão proferida pelo CARF contida no Acórdão n. 107-09169 (Processo 10680.720293/2005-18), de 16 de outubro de 2007, e que atribuiu ao ajuste por equivalência registrado pelo sujeito passivo sobre a reserva de ágio a qualificação de “reserva de reavaliação”, na forma do artigo 390 do RIR/99.

#### **4. Advertência final**

Neste artigo eu fiz diversas referências à utilização do negócio jurídico de subscrição de capital com ágio como sendo um meio idôneo para levar a efeito a alienação e a correspondente participação societária. Quero frisar, no entanto, que a lisura da escolha de uma modalidade negocial não me parece ser suficiente para afastar, de plano, a aplicação de normas repressoras de abuso de direito ou simulação se existirem, em cada caso, outras circunstâncias reveladoras de eventual abuso ou simulação. Enfim, o que eu quero dizer é que a operação “casa e separa” não pode ser considerada *prima facie* como uma via ilícita de obtenção de economia tributária, mas, de todo modo, é necessário investigar os fatos envolvidos em cada caso e o comportamento das partes antes, durante e após a criação dos mesmos fatos. Somente a investigação rigorosa do acervo probatório de cada caso é que revelará se há ocorrência de ilícito por meio deliberado (por dolo, simulação, fraude à lei, abuso de direito, conluio, e figuras afins) ou por simples erro de interpretação.