



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 10920.004063/2010-97
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-001.335 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 6 de março de 2013
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO. IRPJ E CSLL. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO
Recorrente TUPER S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

ÁGIO. DEDUÇÃO. REQUISITOS FORMAIS APARENTEMENTE PREENCHIDOS. NECESSIDADE DE AVALIAR A MATERIALIDADE DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO ÁGIO.

O ágio se caracteriza pela diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20, II, do DL 1.598, de 1.977).

A transferência de ações da empresa investidora para a empresa investida e posterior incorporação desta pela primeira, sem que a incorporadora nada tenha desembolsado, não materializa pagamento a maior, que é elemento essencial à caracterização do ágio.

Para dedução do ágio como despesa em empresa que adquire participação societária, são necessários mais do que registros contábeis e atos contratuais formalmente perfeitos. É imprescindível a materialidade do ágio, isto é, um desembolso por quem adquire. Não se concebe como despesa dedutível o ágio decorrente de atos societários ou reorganizações empresariais onde quem se beneficia nada desembolsou, quer seja em espécie quer seja em bens representativos de valor econômico. No caso concreto, quer nas empresas incorporadas, quer na empresa incorporadora, não houve pagamento pela aquisição. Assim, descaracterizada a materialidade do ágio.

Recurso Voluntário Negado.

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 27/04/2013 por MOISES GIACOMELLI NUNES DA SILVA, Assinado digitalmente e
m 14/05/2013 por LEONARDO DE ANDRADE COUTO, Assinado digitalmente em 27/04/2013 por MOISES GIACOMELL
I NUNES DA SILVA

Impresso em 04/06/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade e a argüição de decadência e, no mérito, negar provimento ao recurso nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

(assinado digitalmente)

Moisés Giacomelli Nunes da Silva - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Relator.

TUPER S/A, já qualificada nos autos, com fundamento no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972, recorre da decisão de primeira instância, que julgou procedente a exigência.

O auto de infração notificado à recorrente em 21/10/2010, consta a partir da fl. 314 e, no que diz respeito ao IRPJ, descreve as seguintes infrações relacionadas aos anos-calendário 2005, 2006, 2007 e 2008.

001 - AMORTIZAÇÕES - Valores não amortizáveis

Fato gerador	Valor Tributável	Multa
31/12/2005	R\$ 25.910.459,40	75%
31/12/2006	R\$ 25.910.459,40	75%
31/12/2007	R\$ 25.910.459,40	75%
31/12/2008	R\$ 25.910.459,40	75%

Enquadramento Legal: Art. 13, inciso III, da Lei nº 9.249/95; Arts. 249, inciso I, 251 e parágrafo único, 299, 324, §§ 2º e 4º, e 325, do RIR/99.

Quanto à CSLL os fatos geradores, base de cálculo e multa são idênticos aos especificados no quadro acima, tendo como normas de incidência o artigo 2º e §§ da Lei nº 7.689, de 1988, artigos 1º da Lei nº 9.316, de 1996, artigo 28 da Lei nº 9.430, de 1996 e artigo 37 da Lei nº 10.637, de 2002. (fl. 323)

Notificada, a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 328 a 351 sustentando a insubsistência do lançamento. Junto com a impugnação foram apresentados os X (dez anexos) anexos de fls.352 a 592, contendo, dentre outros documentos, os balanços patrimoniais de 1999 a 2003; o quadro de evolução funcional da empresa de dezembro de 1999 a dezembro de 2009; a relação dos imóveis disponíveis; o contrato social e alterações da empresa TS Administração e Participações Ltda; o contrato social e alterações da empresa Tuper Administração e Serviços Ltda e o quadro demonstrativo dos herdeiros, filhos dos sócios.

Por meio do acórdão de fls. 598 e seguintes a DRJ rejeitou as preliminares de nulidade e decadência e, no mérito, julgou improcedente a impugnação.

Intimada do acórdão, a parte interessada, de forma tempestiva, apresentou o recurso de fls. 623 a 705, sintetizando suas longas alegações em que destaca a legalidade de suas operações, a dedutibilidade das despesas com ágio, fazendo referência, inclusive, ao artigo 36 da Lei nº 10.637, 2003. Ao final, à fl. 704 dos autos a recorrente requer seja recebido e julgado o seu recurso visando:

a) o reconhecimento da decadência do direito do fisco lavrar autos de infração do IRPJ e CSLL, haja vista que os atos jurídicos praticados pela recorrente em 2004 já estão decaídos, nos termos da fundamentação;

b) reconhecimento da nulidade dos lançamentos, haja vista a inexistência de prova feita pela fiscalização a justificá-los e o indeferimento injustificado do pedido de prova pericial formalizada pela recorrente;

c) no mérito, requer o reconhecimento da correta lisura dos procedimentos da Recorrente na utilização de despesas dedutíveis para a formação da base de cálculo do IRPJ e da CSLL;

d) na remota hipótese de serem mantidos os lançamentos impugnados, que se afaste a imposição de multa punitiva, considerando-se que todos os atos praticados pela recorrente foram reconhecidos lícitos e que a constituição dos créditos de IRPJ e CSLL decorrem exclusivamente da desconsideração de tais atos lícitos.

É o relatório

Voto

Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Relator.

O recurso é tempestivo, na conformidade do prazo estabelecido pelo artigo 33, do Decreto nº. 70.235 de 06/03/1972, foi interposto por parte legítima, está devidamente fundamentado e preenche os requisitos de admissibilidade. Assim, conheço-o e passo ao exame da matéria.

I. Da alegação de decadência

As operações societárias que resultaram na formação do ágio deduzido se efetivaram no ano de 2004. A alegação da recorrente é que, se houve infração isto ocorreu no mês de dezembro de 2004, razão pela qual, quando do lançamento, já tendo decorridos mais de cinco anos, a autoridade fiscal não mais poderia imputar como desnecessárias as despesas verificadas em 2004.

O argumento da autuada é relevante. Praticada uma infração há que se identificar até quando a autoridade competente pode investigá-la para aplicar sanções. Neste sentido, tenho que devem ser analisados os efeitos da infração, quais sejam:

- a) imediatos ou;
- b) prospectivos.

Nos casos em que a infração produz efeitos imediatos o marco inicial do prazo decadencial, ou prescricional quando for o caso, começa a fluir na data em que se efetivar a irregularidade ou quando o prejudicado desta tomar conhecimento.

Nas situações em que os efeitos da infração ocorrem no futuro ou se perduram no tempo, o prazo decadencial ou prescricional, conforme se trate de uma ou de outra situação, tem seu marco inicial na data em que se efetivar o efeito. Exemplo conhecido de todos nós são os casos de revisão da renda mensal inicial da aposentadoria. Sabidamente, as pretensões desta natureza prescrevem em 5 (cinco) anos. No passado a Previdência utilizou critérios inapropriados para calcular o valor do salário-de-benefício. Este erro passou a produzir efeitos futuros em relação aos valores mensalmente recebidos pelas pessoas aposentadas. Decorridos mais de 5 anos o credor só faz jus à diferença devida em razão do último quinquídio. Contudo, nada lhe impede que retorne ao momento original para apurar a situação que gerou o erro no critério adotado.

Nesta linha de raciocínio, como fundamentos de decidir, destaco os seguintes precedentes:

DECADÊNCIA PARA CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VERIFICAÇÃO DE FATOS, OPERAÇÕES, REGISTROS E ELEMENTOS PATRIMONIAIS COM REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA FUTURA. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÕES. O fisco pode verificar fatos, operações e documentos, passíveis de registros contábeis e fiscais, devidamente escriturados ou não, em períodos de

apuração atingidos pela decadência, em face de comprovada repercussão no futuro, qual seja: na apuração de lucro líquido ou real de períodos não atingidos pela decadência. Essa possibilidade delimita-se pelos seus próprios fins, pois, os ajustes decorrentes desse procedimento não podem implicar em alterações nos resultados tributáveis daqueles períodos decaídos, mas sim nos posteriores. Em relação a situações jurídicas, definitivamente constituídas, o Código Tributário Nacional estabelece que a contagem do prazo decadencial para constituição das obrigações tributárias, porventura delas inerentes, somente se inicia após 5 anos, contados do período seguinte ao que o lançamento do correspondente crédito tributário poderia ter sido efetuado (art. 173 do CTN).” (Acórdão nº 1402-001.211, Segunda Turma da Quarta Câmara. Relator Conselheiro Antônio Praga)¹.

Em síntese, no ano de 2010 a autoridade fiscal não poderia retroagir ao ano de 2004 para apurar receitas omitidas ou aspectos correlatos para aumentar a exigência de tributo devido naquele ano. Contudo, em se tratando de amortização do ágio na proporção de 1/60, conforme determina a lei, a autoridade fiscal pode retornar ao passado para verificar se a despesa que está sendo deduzida, no presente, efetivamente se efetivou no passado. Só é possível deduzir no presente a despesa efetivamente incorrida no passado.

Isso Posto, voto no sentido de rejeitar a alegação de decadência.

II - Da alegação de nulidade

Sustenta a recorrente de que o processo é nulo por não lhe ter sido deferido a realização de perícia. Sem razão. A matéria em questão diz respeito à aplicação do direito, sendo desnecessário a realização de perícia. Conforme destaque no item seguinte, em momento algum se questiona os valores lançados na contabilidade e nos laudos apresentados. Igualmente, não se questionam os atos societários visando a reestruturação da empresa. O que interessa saber é se tais atos são aptos a geração do ágio deduzido.

III. Dos fundamentos da autuação

De início, destaque que não levarei em consideração, neste voto, quaisquer elementos relacionados aos fundamentos econômicos do ágio, isto é, a possível insubsistência ou deficiência do laudo de fls. que calculou o montante do ágio tendo por base os elementos lá considerados. Assim procedo porque em momento algum a autoridade fiscal imputa defeito ou imperfeição material ao citado laudo capaz de infirmar os valores lá apontados. A causa da autuação é outra, qual seja, de que não ocorreram os pressupostos legais para formação do ágio cujas despesas foram deduzidas pela recorrente.

Ainda, a título de considerações iniciais, rejeito os argumentos daqueles que sustentam a existência do ágio somente nas transações que ocorrem entre partes independentes ou que este pressupõe pagamento em pecúnia.

No Direito Brasileiro os resultados e o patrimônio líquido de empresa integrante a determinado grupo, para efeitos contábeis e tributários, não se comunicam com os resultados e o patrimônio líquido das outras empresas do grupo. Tanto é assim que o prejuízo de uma das empresas, para efeitos tributários, não pode ser compensado com o lucro obtido por outra. O artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, ao determinar que o contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada, deve adotar determinados procedimentos em relação ao ágio ou

¹ Na mesma linha do acórdão acima referido, do qual participei do julgamento, para citar mais um precedente, aponto o acórdão nº 1402-001.211, também decidido por esta Turma.

deságio, estanca qualquer dúvida quanto à possibilidade de ágio entre empresas do mesmo grupo. Afirmar de modo diferente seria desconsiderar o texto da lei para justificar interpretação subjetiva. Neste sentido observa-se a lição de Humberto Ávila:

*"...a aquisição da participação acionária pode ser feita de várias maneiras, sem deixar de ser uma aquisição. Tanto é assim que o artigo 7º da Lei das S.A. prevê que o capital poderá ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro;" e o seu artigo 8º estabelece que, caso seja feita a conferência com entrega de bens, a sua avaliação será feita por três peritos ou por empresa especializada. O fato da participação societária não ter sido adquirida em dinheiro não quer dizer que ela não tenha conteúdo econômico nem que ela não tenha existido. A aquisição de ativo não deixa de ser uma aquisição, nem o ativo deixa de ser um ativo, porque não foi pago em dinheiro vivo."*²

Havendo aquisição de participação por valor superior ao investimento (patrimônio líquido), haverá ágio, tenha esta aquisição ocorrida entre empresas do mesmo grupo ou não. Ademais, quando a lei fala em aquisição esta pode se dar por qualquer meio legal, isto é, negócio jurídico que tenha por efeito a transmissão da propriedade de participação em coligada ou controlada. O que deve haver, conforme observa o Professor Ricardo Mariz de Oliveira³, "é a transmissão da propriedade pela qual a investida adquira participação, salvo a hipótese excepcional de aquisição por doação ou subvenção sempre há uma contra-prestação, e esta corresponde ao custo, por ser a obrigação da adquirente necessária a adquirir a participação"⁴.

No que diz respeito a existência de ágio interno, Ricardo Mariz de Oliveira aponta como exemplo a situação em que um dos sócios adquire parcialmente as quotas de outro sócio ou nos casos de aumento de capital não subscrito por todos os sócios, ou em que um novo sócio entre na sociedade subscrevendo aumento de capital. Neste sentido, seguem os seguintes fundamentos:

"De outra banda, o ágio pode ser uma necessidade de determinado ato ou negócio jurídico, a fim de evitar prejuízo para o alienante ou para terceiros.

Realmente, nestas situações encontramos, por exemplo, a hipótese em que o detentor da participação de uma empresa jurídica a aliena apenas parcialmente para o outro sócio, conservando para si outra parte, a qual ficaria desvalorizada perante um preço pago por seu sócio nesta empresa. Em outras palavras, pagando menos, o adquirente ficaria numa posição econômica mais vantajosa em relação às proporções de participações na empresa sua, a sua e a do alienante, que seria resultante do negócio entre eles e nas suas repercussões sobre o patrimônio da empresa e seus lucros futuros.

Também encontramos a situação em que o ágio ocorre no ato jurídico de aumento de capital, que não seja subscrito por todos os sócios nas mesmas proporções, ou em que um novo sócio entre na sociedade subscrevendo aumento de capital."

(...)

² Humberto Ávila. Ágio com Fundamento em Rentabilidade Futura. Empresas do Mesmo Grupo. Aquisição mediante Conferência em ações. Direito à Amortização. Licitude Formal e Material. IN. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 205, pág. 181.

³ Questões Atuais sobre o Ágio Interno - Rentabilidade Futura e Intangível - Dedutibilidade das Amortizações - As Inter-relações entre a Contabilidade e o Direito. In Controvérsias Jurídico-Contábeis. Coordenadores Roberto Quiroga Mosqueira e Alexandro Broedel Lopes. Revista Dialética. São Paulo 2010. pág. 231.

⁴ No parágrafo seguinte do texto citado Ricardo Mariz de Oliveira adentra na questão relacionada ao ágio interno com o seguinte destaque inicial, o qual enfrentarei mais adiante:

"Portanto, para haver ágio ou deságio há que haver uma aquisição e um custo de aquisição, o que parece se acaciano, mas coloca a questão do ágio interno, que em tese existe exatamente quando não haja uma aquisição real."

No texto acima, após destacar que situações inversas aos exemplos elencados não justificariam a formação do ágio, o autor finaliza com as seguintes considerações:

"...há, sim, situações em que se justifica o ágio dentro de um mesmo grupo, como, por exemplo, e em tese, quando uma pessoa jurídica subscreva capital de outra cujo controlador seja a mesma pessoa física ou jurídica que a controle, mas cujas pessoas jurídicas (a que aumenta o capital e a que subscreva) tenham acionistas minoritários distintos entre elas, hipótese que ocorre comumente quando se trata de companhias abertas.

Ao meu sentir, superadas as questões relacionadas às formas de aquisição de participação societária, isto é, em moeda ou mediante conferência de ações ou quotas sociais, para que ocorra a dedução do ágio, seja ele entre empresas no mesmo grupo ou não, seja pago em aporte financeiro ou mediante conferência de ações ou quotas, é necessário que o adquirente, em contrapartida a aquisição da participação, transfira para a esfera patrimonial da empresa investida recursos, em espécie ou não, que representam valor econômico superior ao patrimônio líquido da empresa investida ou, no caso de aquisição de parte, proporcionalmente superior.

Em determinadas autuações, quando a investidora é controladora da investida, a autoridade fiscal não tem admitido a dedução do ágio sob o argumento de que ninguém adquire aquilo que já lhe pertence. Dado o sistema de independência contábil e de avaliação patrimonial das empresas integrantes do mesmo grupo, onde cada uma é considerada como ente jurídico autônomo de forma que os aspectos contábeis ou lucros auferidos numa não influem nos aspectos tributários da outra, tal argumento não se sustenta. Nesta linha, volto à lição de Humberto Ávila no sentido de que "a legislação aplicável, em nenhum momento, condiciona a existência de ágio à independência societária e ao pagamento em moeda da aquisição societária⁵."

Ainda que, em última análise, as ações ou quotas sociais de uma empresa, ao fim e ao cabo, sempre estão relacionadas a uma pessoa física, o patrimônio e a personalidade jurídica de uma e de outra não se confundem. Para os efeitos contábeis e tributários são entes distintos.

Quanto ao conceito aos fundamentos econômicos do ágio, na declaração de voto que apresentei no acórdão nº 1402-00.802, que resultou conhecido como "Caso Santander", fiz o seguinte destaque:

(...)

Quanto ao conceito de ágio, este decorre do artigo 20, II, do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, que definiu ágio ou deságio como "a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição". O aproveitamento deste, por coligada ou controlada, com base em expectativa de lucro nos exercícios futuros, deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (art. 20, § 2º, b, e § 3º, do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977).

O fundamento econômico da amortização do ágio, com base em expectativa de lucros futuros, está no fato de que os resultados necessários para se chegar ao ponto de equilíbrio entre o patrimônio líquido e o valor pago a maior, quando da aquisição, não se constitui em lucro, mas sim rendimentos necessários à recomposição do patrimônio do

⁵ Humberto Ávila. Ágio com Fundamento em Rentabilidade Futura. Empresas do Mesmo Grupo. Aquisição mediante Conferência em ações. Direito à Amortização. Licitude Formal e Material. IN. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 205, pág. 181.

investidor. Neste sentido, colho a seguinte lição extraída do Manual de Contabilidade das Sociedades Anônimas⁶:

“o ágio pago por expectativa de lucros futuros da coligada ou controlada deve ser amortizado por tais futuros lucros, ou seja, contra os resultados dos exercícios considerados na projeção dos resultados estimados que justifiquem o ágio. O fundamento aqui é que o de que, na verdade, as receitas equivalentes aos lucros da coligada ou controlada não representam um lucro efetivo, já que a investidora pagou por eles antecipadamente, devendo, portanto, baixar o ágio contra essas receitas. (...)”

Com o Programa Nacional de Desestatização foi editada a Lei nº 9.532, de 1997, estabelecendo novas normas para aproveitamento do ágio. No caso, dado os limites do litígio apontados anteriormente, interessa o artigo 7º, III, que segue transcrito:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 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 nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

Assim, a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, na qual detenha participação acionária adquirida com ágio, se o fundamento econômico do ágio for “valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros”, poderá amortizar o ágio nos balanços correspondentes de apuração do lucro real, levantados posteriormente à incorporação, à razão de 1/60, no máximo, para cada mês do período de apuração.

A regra do artigo art. 7º, III, da Lei 9.532, de 1997, por disposição expressa do artigo 8º, b, da mesma lei, a seguir transcrito, também se aplica quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária, isto é, nos casos de incorporação inversa.

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

- a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;*
- b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.*

.....

A situação prevista no artigo 8º tem por finalidade conjugar questões tributárias com os procedimentos de reorganizações societárias, inclusive de ordem legal. Há casos em que a incorporadora não tem interesse ou não preenche requisitos para prosseguir operando no segmento de atuação da investida. O exemplo dos autos demonstra exatamente esta situação. Por se tratar de instituição financeira que necessita de autorização do Banco Central para

⁶ Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras. Manual de contabilidade das sociedades por ações : aplicável às demais sociedades / FIPECAFI; diretor responsável Sérgio de Iudicibus; coordenador técnico Eliseu Martins; supervisor de equipe de trabalho Ernesto Rubens Gelbcke, 7ª. ed., 2ª.reimp., São Paulo: Atlas, 2007, p.176.3

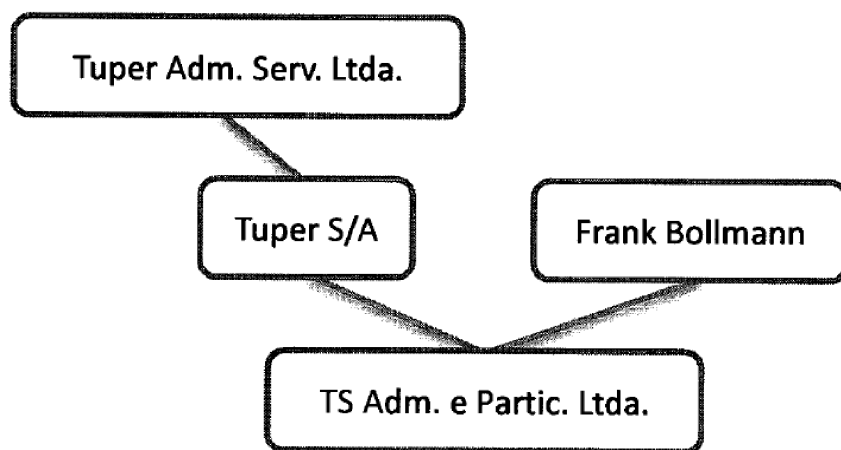
operar, qualquer empresa que viesse a adquiri-la, se não tivesse autorização do Bacen para atuar no mercado financeiro, necessitaria ser incorporada pelo Banespa e não o contrário. Daí a necessidade de o legislador prever a incorporação inversa, sem prejuízo da amortização do ágio.

Fixados os fundamentos acerca do ágio, passo a destacar as operações societárias que, no entender da recorrente, originaram o ágio.

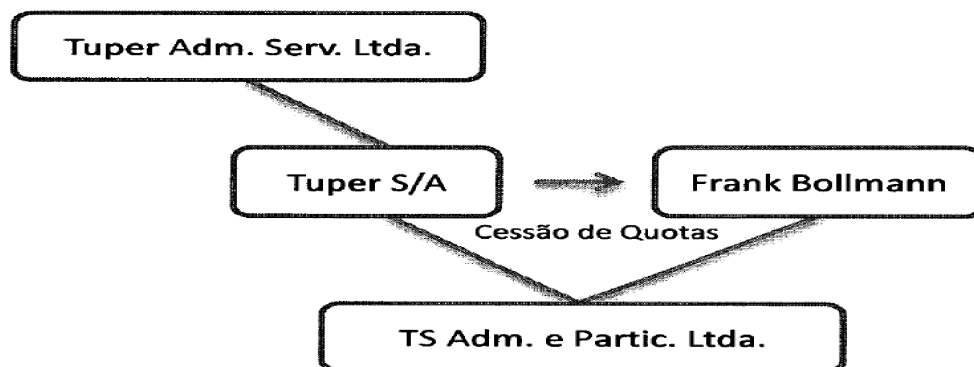
IV. Das operações societárias

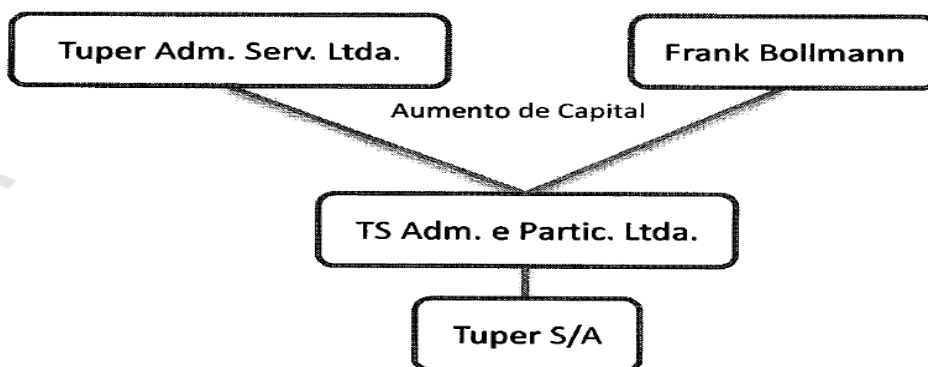
Em 12 de dezembro de 2002 a empresa Tuper S/A e Frank Bollman constituem a empresa TS Administração e Participação, ficando a Tuper S/A com 99,99% e Frank Bollman com 0,01% das quotas.

Em 20 de outubro de 2003 foi constituída a empresa Tuper Administração e Serviços, com capital integralizado pelos sócios de 100% das ações da Tuper S/A, de suas propriedades, assim ilustrada.

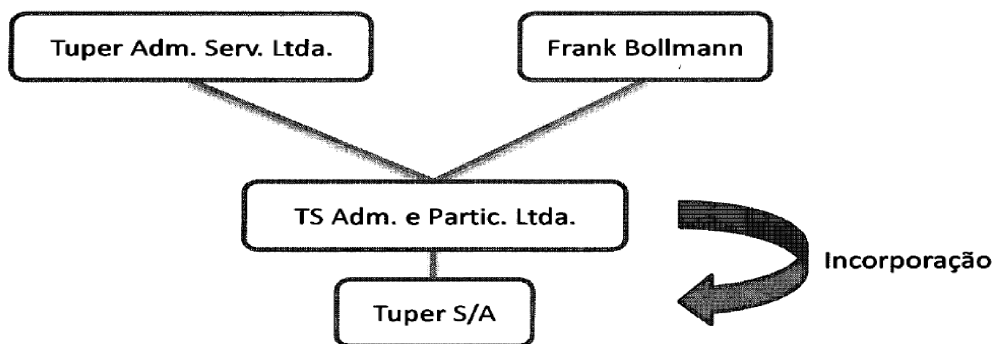


Em 28 de novembro de 2003, a empresa Tuper S/A sai do quadro social da empresa TS Administração e entra a empresa Tuper Administração e Serviços que integraliza capital social mediante a incorporação de 189.740 ações ordinárias nominativas da Tuper S/A, elevando o capital social da TS Administração para R\$ 155.009.000,00. Nesta operação, após a aplicação do método da equivalência patrimonial, a TS Administração registrou um ágio de R\$ 124.995.339,10, referente à diferença entre o valor integralizado, suportado por laudo de avaliação (R\$ 155.009.000,00) e o valor do patrimônio líquido da Tuper S/A (R\$ 30.013.660,90), conforme quadros que seguem:





Em 27/02/2004 a TUPER S/A incorpora a empresa TS Administradora e passa a deduzir o ágio contabilizado na empresa incorporada.



No momento em que o ágio estava contabilizado nas empresas incorporadas, sob os aspectos contábeis, formais e na ótica da estrita interpretação da lei, o ágio deduzido pela empresa recorrente preenche todos os requisitos. Se este relator tivesse como parâmetro a conduta de aplicar a literalidade da lei, tornando-se, na expressão de Montesquieu de que "o juiz é a boca da lei", a conclusão seria pela procedência do recurso. Contudo, a concepção do julgador como mero aplicador da lei é incompatível com a realidade, pois a legislação é incapaz de normatizar todas as condutas humanas. Para a compreensão do litígio e a adequada solução requer-se um processo hermenêutico. Nesta linha e com base no entendimento de que "a contabilidade não é uma verdade em si mesma, mas instrumento para que uma realidade externa a ela seja conhecida e interpretada", para que o ágio seja caracterizado faz necessário o desembolso, em moeda ou bens que o represente, pela empresa investidora. A transferência de ações da empresa investidora para a empresa investida e posterior incorporação desta pela primeira, sem que a incorporadora nada tenha desembolsado, não materializa pagamento a maior, que é elemento essencial à caracterização do ágio.

Em relação ao questionamento para que se apontasse, de forma específica, qual a norma violada pela recorrente, destaco que o direito deve ser interpretado como um todo orgânico, tendo por norte a finalidade a que ele se destina. Aqui, como fundamentos de decidir, transcrevo as razões que apresentei em declaração de voto quando do exame dos processos nºs 16643.000069/2009-54 e 16643.000300/2010-43, julgados, respectivamente, nas sessões de 09 de maio e 11 de setembro de 2012, "in verbis":

Para os que se prendem ao texto da lei, sem se darem conta de que o Direito é um todo orgânico, não sendo lícito ao intérprete ou julgador apreciar-lhe de forma fragmentada, sem a largueza de vistas do conhecedor perfeito de uma

ciência e das outras disciplinas propedêuticas e complementares, conforme cita Carlos Maximiliano^{7,8}, destaco que a interpretação literal, em que pese ser a mais fácil, não raro, leva a soluções imperfeitas. Vale aqui mencionar dois exemplos, repetidamente citado pelos doutrinadores, que demonstram a relevância do que afirmo:

*1. **RECASÉNS-SICHES** descreve uma controvérsia surgida na Polônia no início do século XX. Um letreiro colocado à entrada de uma estação de trem proibia, com base em lei, o acesso às escadas externas de pessoas acompanhadas de um cachorro. Um camponês pretendeu chegar à escadaria acompanhado de um urso.*

O chefe da estação barrou-o na entrada. Os adeptos da interpretação literal da lei certamente acusariam o funcionário de arbitrariedade. Mas seria razoável permitir a entrada do camponês, acompanhado de um urso, sob a argumentação de que “urso” não é “cachorro”?

*2. Outro exemplo nos é dado por **PERELMAN**, em sentido oposto ao de **RECASÉNS-SICHES**.*

*Um letreiro, colocado na entrada de um parque público, proíbe a entrada de veículos. Um cidadão sofre um enfarte dentro do parque. Chama-se uma ambulância. Seria **razoável** que o porteiro impedisse a entrada da ambulância, arriscando a vida do enfartado?*

*Quando penso sobre o absurdo da interpretação literal, lembro-me de um caso referido por **JEAN CRUET**, ao escrever, em 1908, “A vida do Direito e a Inutilidade das Leis”. Conta ele que se citava na Inglaterra uma anedota simbólica:*

“a de um homem que tendo furtado dois carneiros foi absolvido, porque só era punível o furto de “um carneiro”.

Para dedução do ágio como despesa em empresa que adquire participação societária, são necessários mais do que registros contábeis e atos contratuais formalmente perfeitos. É imprescindível a materialidade do ágio, isto é, um desembolso por quem adquire. Não se concebe como despesa dedutível o ágio decorrente de atos societários ou reorganizações empresariais onde quem se beneficia nada desembolsou, quer seja em espécie quer seja em bens representativos de valor econômico. No caso concreto não houve pagamento pela aquisição das quotas sociais. Assim, descaracterizada a materialidade do ágio.

Na interpretação teleológica que tem por critério a finalidade da norma, a alegação de que o valor decorrente da reavaliação societária (art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002) se constitui receita, com tributação diferida, e que era possível a dedução do ágio antes da tributação da referida receita, não se mostra como argumento jurídico suficiente para acolher a tese da recorrente.

Contudo, em face do que tem sido sustentado da tribuna onde as partes argumentam que não se pode glosar o ágio e manter o valor respectivo valor na contabilidade da empresa investida como sendo receita diferida, o entendimento do Colegiado é no sentido de que se a receita não serve para caracterizar o ágio deve ser desconsiderada para efeitos de

⁷ Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 12a. Edição. Ed. Forense. 1992. pág. 195.

⁸ Por sinal, é de Carlos Maximiliano a frase:

“Quem só atende à letra da lei, não merece o nome de jurisconsulto; é simples pragmático.”

sendo total ou parcialmente adquiridas, é lógico que proprietários e investidores se mobilizam para evitar alteração tão drástica.

Argumentos econômicos muito fortes evidenciam que menos dólares entrariam no Brasil nas aquisições de empresas por estrangeiros, ou que a simples depreciação dos preços dessas ações ou quotas poderia desacelerar as operações que, por causa das mudanças de mãos, ajudam a melhorar as empresas e a economia. Argui-se também que tem aumentado, ao redor do mundo, os incentivos governamentais a tais operações via essa dedutibilidade e estaríamos na contramão.

Há também que se notar que a Receita Federal tem razão ao reclamar, pois muitas operações foram montadas para obtenção de benefícios sem que de fato quaisquer mudanças de controle ou de gerenciamento ocorressem, principalmente naquelas acontecidas entre empresas dentro do mesmo grupo econômico. Só que isso ocorreu por culpa do próprio governo, e não (que se saiba) das empresas.

Tudo começou com o Decreto-Lei nº 1.598, de 1976, que cometeu alguns erros técnicos ao definir o ágio como a diferença entre valor de aquisição e valor contábil da parcela patrimonial adquirida, e ao não exigir a utilização fiscal de uma regra de ouro: ágio genuíno por expectativa de rentabilidade futura (goodwill) é apenas o excedente pago sobre o valor de mercado (valor justo, mais recentemente) dos ativos e passivos adquiridos avaliados individualmente. O decreto criou enorme confusão com menção a ágio por expectativa de rentabilidade futura, fundo de comércio e até a incríveis “outras razões econômicas”. Assim, o governo errou na redação original, inclusive ao permitir a interpretação de escolha de classificação e não exigência rígida de hierarquia como passou a ocorrer a partir de 2010 com as normas internacionais de contabilidade. Com isso, passou-se, desde a década de 70, a aceitar valor de ágio chamado de expectativa de rentabilidade futura normalmente por valor maior do que o tecnicamente devido.

Mas tudo suportado por esse decreto-lei.

O Fisco tem tentado consertar, por vias discutíveis, erros do próprio governo

Mas tal decreto só permitia a dedutibilidade do ágio apenas na baixa do investimento. Portanto, na prática nada de problema muito sério. Porém, com o objetivo de aumentar o valor de suas próprias empresas no processo de desestatização, o governo tomou a iniciativa que redundou na Lei nº 9.532 em 1997, onde passou a aceitar a dedutibilidade da amortização do ágio em cinco anos, desde que mediante processo de fusão, incorporação ou cisão (nenhuma lógica nessa subordinação – apenas trabalho adicional às empresas). Pior ainda, emitiu em 2002 a Medida Provisória nº 66 (Lei nº 10.637, de 2002) que permitiu ao vendedor diferir, às vezes quase que para sempre, o ganho obtido por esse ágio. Aí foi o paraíso: o vendedor tributava a prazo, às vezes quase infinito, e o comprador deduzia em cinco anos!

Mais recentemente, com o valor dessas dedutibilidades assumindo vultosas cifras, o Fisco começou a autuar as empresas sob os mais variados argumentos: ágio interno, ou seja, derivado de negociações de participações societárias entre empresas do mesmo grupo – mas nada na lei fiscal ou contábil jamais vedou isso até 2010; ausência de “custo” por não haver desembolso de caixa na aquisição, já que pagamento com emissão de ações às vezes – só que jamais a contabilidade subordinou “custo de aquisição” a desembolso em caixa. Há ainda o laudo de avaliação elaborado após a negociação – o laudo nunca foi exigido legalmente e é mesmo comum que ele seja formalizado após a operação, com esta se dando com base em documentos e estudos internos ou externos elaborados rapidamente, apresentados em forma inacabada etc.; a não atribuição, primeiramente, da mais valia dos ativos – mas o próprio Decreto-Lei nº 1.598, de 1977 abriu a brecha para escolha de classificação e não hierarquização; não há ágio com patrimônio líquido negativo – mas isso jamais foi mencionado na legislação e, contabilmente, esse reconhecimento faz parte das práticas contábeis aceitas; não atribuição de valor a intangíveis não contabilizados – mas essa exigência contábil começou entre nós apenas a partir de 2010 etc. Ou seja, o Fisco vem procurando consertar, por vias na maioria das vezes muito discutíveis, os erros do próprio governo.

Vê-se, assim, que é preciso solução legal para uma reorganização legal fiscal nesse campo do ágio, como houve reorganização contábil com o Comitê de Pronunciamentos Contábeis, emitindo o CPC 15 (Combinação de Negócios), prontamente reconhecido pela Comissão de Valores Mobiliários, pelo Conselho Federal de Contabilidade e outros reguladores.

O governo, porém, passar de um extremo ao outro, impedindo pura e simplesmente a amortização fiscal do genuíno ágio pode ser uma reação exagerada às consequências de seus próprios erros. Portanto, o fundamental é mesmo a adoção do conceito contábil atual de ágio também para fins fiscais, a vedação da amortização fiscal quando de operações entre entidades sob controle comum, talvez não cinco anos para a amortização e sim um prazo mais palatável (o dobro, por que não?), exigência de laudo formal para o cálculo das mais e menos valias de ativos e passivos etc. Ou seja, é fundamental consertar os erros, mas não indo de encontro ao que se vê sendo praticado em tantos países.

A Receita Federal e o Ministério da Fazenda foram, nos últimos anos, os grandes baluartes que, com a aceitação da neutralidade tributária (segregação das informações para fins informacionais e para fins tributários), permitiram o enorme avanço da contabilidade brasileira se igualando agora, novamente (a Lei nº 6.404, de 1976 também fizera isso), às melhores do mundo. Logo, há de se esperar atitude também discutida e amadurecida com vistas ao que de melhor se pode fazer neste país.

A Medida Provisória referida no texto acima resultou não editada. No entanto, quer no artigo ora transcrito, quer na obra "Controvérsias Jurídico-Contábeis"¹¹, o Professor Eliseu Martins e Sérgio de Iudicibus deixam claro que, apesar de muitas operações terem sido montadas sem quaisquer mudanças de controle econômico, elas foram praticadas com base em interpretação literal da norma. Neste sentido, vale refletir acerca das seguintes observações apontadas pelos autores:

- "- O Estado, via Decreto-lei 1.598/77, admitiu a amortização do ágio o classificado na letra **a** do artigo 20 (diferença entre valores contábeis e de mercado) como dedutível na proporção da baixa dos ativos a que se referia. E determinou que as amortizações e baixas classificadas nas letras **b** e **c** só seriam dedutíveis apenas na baixa do investimento;
- O Estado, neste mesmo DL 1.958, criou diversas confusões com as incorretas denominação e classificação do ágio;
- O Estado, via Medida Provisória 1.602/1977 (Lei 9.532/1977), para incentivo ao processo de desestatização, permitiu a dedutibilidade dos ágios tipo **a** e **b** (Goodwill) nos processos de incorporação (inclusive reversa), fusão ou cisão. Criou um forte incentivo governamental à privatização e uma forma de procurar incrementar o valor das entidades desestatizadas, trocando uma redução do caixa futuro (menos tributos quando das amortizações) por uma facilidade na venda de suas empresas e por um aumento de caixa via preço dessas vendas.
- O Estado, via Medida Provisória 66/2002 (Lei 10.637/2002), beneficiou a entidade que integralizasse participação societária numa empresa no aumento de capital de outra, promovendo o diferimento do lucro na vendedora mas a dedutibilidade imediata do ágio na adquirente.
- Ora, o Estado foi ativismo na criação de toda essa legislação quase que induzindo o contribuinte à utilização de todo esse instrumental que poderia beneficiá-lo.
- O Estado não determinou, jamais, qualquer exceção aos Ágios originados de empresas sob o controle comum; antes, pelo contrário, sempre obrigou, fiscalmente ao reconhecimento de todos os lucros e prejuízos nas operações

com mercadorias, com imóveis equipamentos e todos os tipos de ativos nessas transações, obrigando à tributação do resultado da vendedora e à ativação pelo valor total da transação na compra.

...

- Só agora vem o Estado e dá vazão a um esforço enorme no sentido de penalizar tantos dos contribuintes que fizeram uso desses espaços criados por ele mesmo.

- É claro que podem ter havido abusos, mas muito provavelmente maioria dos casos está inserida em todo esse contexto discutido e lembrado, num ambiente de pouca Regulamentação contábil sobre a matéria e regulamentação fiscal a induzir empresas às ações tomadas.

Estas constatações, no mínimo, no que diz respeito à exigência da multa de ofício, não podem ser desprezadas por tantos quantos julgarem a matéria. É por esta razão que, apesar de manter o entendimento atual quanto ao cabimento dos tributos, acrescido de multa de 75%, reservo-me no direito, ou melhor, no dever, de aprofundar as reflexões acerca do assunto.

ISSO POSTO, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade e decadência e, no mérito, negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Moisés Giacomelli Nunes da Silva