



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

Processo n° 11516.721262/2012-60
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1301-001.852 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de dezembro de 2015
Matéria IRPJ - ágio
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
BRF - BRASIL FOODS S.A.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2009, 2010

AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO. PARTES INDEPENDENTES. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. POSTERIOR INCORPORAÇÃO. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. DEDUTIBILIDADE.

Ao se constatar que o ágio questionado pelo Fisco foi formado em operação de compra e venda de participações societárias, firmada entre partes independentes, baseado em expectativa de rentabilidade futura da investida, e cujo preço foi pago, sendo ainda o preço superior ao valor de patrimônio líquido do investimento, correta a segregação do custo do investimento em valor de patrimônio líquido e ágio. Ao ocorrer, posteriormente, a incorporação da investida pela investidora, a amortização do ágio passa a ser dedutível para fins tributários. Inexistente qualquer acusação de simulação ou outro vício dos atos praticados, e havendo motivação negocial, correta a decisão de primeira instância que afastou essa parte do lançamento.

AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. PARTES INDEPENDENTES. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. POSTERIOR INCORPORAÇÃO. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. DEDUTIBILIDADE.

O instituto da incorporação de ações, previsto no art. 252 da Lei nº 6.404/1976, não proíbe que o critério para determinar a relação de substituição de ações leve em consideração a expectativa de rentabilidade futura. Deve haver equivalência econômica na operação, ou seja, as ações na incorporada são entregues em substituição por novas ações emitidas pela incorporadora, e essas riquezas devem se equivaler. A relação de substituição de ações tem sentido econômico, não sendo possível empregá-la para fins de comparação entre valores patrimoniais. Efetuada a substituição de ações, e sendo o valor do aumento de capital (valor das ações emitidas e entregues) superior ao valor patrimonial das ações recebidas, correta a segregação do

custo do investimento em valor de patrimônio líquido e ágio, por imposição do art. 20 do DL 1.598/1977. Ao ocorrer, posteriormente, a incorporação da investida pela investidora, a amortização do ágio passa a ser dedutível para fins tributários. Inexistente qualquer acusação de simulação ou outro vício dos atos praticados, e havendo motivação negocial, deve ser afastada também essa parcela do lançamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício. Por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário. Vencido o Conselheiro Paulo Jakson da Silva Lucas, que negava provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Wilson Fernandes Guimarães - Presidente

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Waldir Veiga Rocha, Hélio Eduardo de Paiva Araújo, Paulo Jakson da Silva Lucas, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Gilberto Baptista e Wilson Fernandes Guimarães.

Relatório

BRF - BRASIL FOODS S.A., já qualificada nestes autos, foi autuada e intimada a recolher crédito tributário no valor total de R\$ 31.800.147,09, discriminado no Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário do Processo, à fl. 4661.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância, a seguir transcrito.

O presente processo trata sobre Impugnação contra os lançamentos tributários referentes a períodos dos anos-calendários 2008 e 2009, consubstanciados nos seguintes autos de infração:

[...]

2. A descrição dos fatos do auto de infração de IRPJ contém as seguintes infrações:

*0001 CUSTOS, DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS -
GLOSA DE DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.*

Valor referente a glosa de despesas de amortização de ágio surgido na incorporação da ELEVA S/A, deduzidas indevidamente nos períodos abaixo indicados, conforme descrito no Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal em anexo, que é parte integrante deste auto de infração.

0002 EXCLUSÕES/COMPENSAÇÕES NÃO AUTORIZADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL - EXCLUSÕES INDEVIDAS

Valor excluído do Lucro Líquido do período, na determinação do Lucro Real, referente dedução indevida de amortização de ágio surgido na incorporação da ELEVA S/A, conforme Termo de Verificação e Encerramento de ação Fiscal em anexo, que é parte integrante deste auto de infração.

0003 MULTA OU JUROS ISOLADOS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA

Multa Isolada pela falta de recolhimento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, sob forma de estimativa mensal com base em balanços de suspensão ou redução, nos períodos abaixo indicados, apurada em razão dos ajustes decorrentes das infrações constatadas pela Fiscalização, tudo conforme consta da planilha "Estimativas Demonstrativo da Multa Isolada 2008" e descrito no "Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal", em anexo, que é parte integrante deste auto de infração.

3. O Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal (TVEAF) supracitado encontra-se nas fls. 4702/4746 e apresenta os seguintes fatos e argumentos, em síntese:

DA INCORPORAÇÃO DAS AÇÕES DA ELEVA E POSTERIOR INCORPORAÇÃO DA INVESTIDA

- a) Em 21.02.08, a Perdigão concluiu o processo de aquisição da ELEVA Alimentos S.A. (ELEVA) iniciado em 02.01.08, pelo montante total de R\$1.676.160.000,00. Este montante é composto de R\$764.606.000,00 (46,23%) pagos em dinheiro ao antigo acionista controlador e aos acionistas não controladores da ELEVA e R\$911.554.000,00 (53,77%) oriundo da troca de ações da ELEVA por ações da PERDIGÃO aos acionistas remanescentes (controladores e minoritários), com base na relação de substituição (troca) estabelecida no Laudo de Avaliação elaborado pelo Credit Suisse. A PERDIGÃO informou que emitiu 20.000.000 novas ações, que foram entregues aos acionistas da ELEVA para concretizar a incorporação de ações (15.463.349 entregues aos acionistas controladores e 4.536.651 ações foram entregues aos acionistas minoritários da ELEVA).
- b) Na operação, parte das ações da ELEVA foram adquiridas mediante pagamento em dinheiro, e parte mediante "troca de ações" (demonstrativo abaixo), utilizando-se do instituto da incorporação de ações, previsto no art. 252 da Lei das S.A. (a incorporação de ações é um instituto diverso da incorporação de sociedades, que por

sua vez está prevista no art. 227 da Lei das S.A.) . Com a operação, a ELEVA passou a ser subsidiária integral da Perdigão.

- c) Em 30/04/2008, a ELEVA foi incorporada pela PERDIGÃO.
- d) Com relação às ações da ELEVA, tanto na aquisição quanto na incorporação de ações, o preço praticado foi idêntico, ou seja, R\$ 25,8162443 por ação e na proporção de 1 ação de emissão da PERDIGÃO para cada 1,74308855 ação emitida pela ELEVA.
- e) Nesta operação, a PERDIGÃO informou ter apurado um ágio inicial de R\$ 1.345.127.894,03, conforme Nota l.c. das Notas Explicativas da DFP do AC 2008, que após os ajustes (atualização, custas, etc) passou para R\$ 1.364.029.415,55.
- f) No caso em foco, se for analisada cada etapa da operação isoladamente concluir-se-á que todas operações foram realizadas formalmente à luz da legislação específica (a Lei das Sociedades Anônimas, as Instruções CVM e orientações do Conselho de Contabilidade), de modo que não há neste Termo, nos autos e seus anexos, qualquer infração à referida legislação, uma vez consideradas as operações isoladamente.
- g) Assim, não é porque o ato encontra proteção em outro campo da disciplina jurídica que essa proteção é transferida para o âmbito fiscal. Eventual ilicitude perante o ordenamento setorial, pertinente ao caso, contamina a conduta do contribuinte e retira a proteção jurídica aos efeitos fiscais do que foi realizado.

DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

Realizada a incorporação da Eleva em 30/04/2008, a Perdigão passou a amortizar fiscalmente o ágio "criado" a partir de maio de 2008, na proporção de 1/120, ou seja, no prazo de 120 meses. Diante do que foi relatado neste Termo e especialmente considerando:

- a) Que a amortização do ágio, como regra geral, é indedutível para a apuração do lucro real, bem como da base de cálculo da CSLL, conforme previsto no artigo 391 do RIR/99. A possibilidade de deduzi-la contida nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 restringe-se à hipótese em que a pessoa jurídica absorve patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio fundamentado em rentabilidade da coligada ou controlada com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros.
- b) Que o ágio registrado pela PERDIGÃO é decorrente da utilização de diferentes (dísparos) critérios para avaliação e registro do investimento e o registro dos valores da equivalência patrimonial da ELEVA, ou seja, utilização do critério do valor de mercado (Bovespa) para as ações da Perdigão e valor de patrimônio líquido a custo histórico para as ações da ELEVA. Houve tão-somente reavaliação a preço de mercado e contabilização do ágio daí advindo.
- c) Que a Instrução CVM nº 285, de 31 de julho de 1998, que altera a Instrução CVM nº 247, de 1996, estabelece que o ágio por

rentabilidade futura é somente aquele que ultrapassar o valor de mercado dos ativos e passivos. Assim, se a PERDIGÃO quisesse considerar algum "ágio por expectativa de rentabilidade futura", deveria considerar somente aquele que ultrapassasse o valor de mercado dos ativos e passivos da ELEVA, incluindo as suas subsidiárias integrais, avaliadas pelos seus valores de mercado.

- d) Que o ágio apurado na incorporação de ações teve contrapartida no aumento de capital da PERDIGÃO, conforme Ata da AGOE de 30/04/2008, sendo que a empresa não pagou pelo ágio, não sacrificou nenhum ativo, nem tampouco assumiu dívida alguma em troca desse ágio. Pelo contrário, para "pagar" pelo ágio a PERDIGÃO emitiu ações, aumentando seu capital no exato montante do valor das ações incorporadas. Não houve desembolso algum.
- e) Que a despesa de amortização desse ágio é indedutível porque não se enquadra no conceito de despesa necessária prevista no art. 299 do RIR/99. Primeiro porque essa despesa não foi paga nem jamais será paga pela fiscalizada. Ela não decorreu de consumo ou sacrifício de ativos (presente ou futuro), pois o ágio não foi pago nem o será; trata-se de uma despesa fictícia criada para se reconhecer contabilmente a realização de "suposto" um fluxo de rentabilidade futura pelo qual nada se pagou.
- f) Está-se, portanto, diante de um caso em que uma sociedade beneficiou-se de uma dedução prevista na legislação fiscal - o art. 386, inciso III, do RIR/1999 - sem que tenha havido o correspondente e efetivo pagamento do ágio, daí resultando em dano efetivo ao Erário (Fazenda Pública).
- g) Aceitar, enfim, a dedutibilidade tributária/fiscal da amortização desse tipo de ágio, sem amparo no fundamento de expectativa de rentabilidade futura e sem o efetivo pagamento seria perenizar um tipo de evasão fiscal, uma vez que a legislação tributária não ampara a dedução de despesas artificialmente criadas. A ilegitimidade da amortização desse ágio fica patente quando se imagina que, apenas baseado em laudos de avaliação e por meio de uma operação de incorporação, o contribuinte pudesse, ao seu arbítrio e de tempos em tempos, reduzir ou até zerar o pagamento de tributos, bastando, para tanto, criar uma despesa fictícia.

DOS VALORES GLOSADOS

Após termos concluído pela improcedência das exclusões efetuadas pelo sujeito passivo restou recompor as bases de cálculo para, a partir delas, apurar corretamente os tributos devidos em cada período de apuração, bem como, a ocorrência de diferenças a lançar.

No processo de recomposição da base de cálculo foram encontradas duas infrações, a dizer:

- Falta ou insuficiência de recolhimento das estimativas mensais de IRPJ/CSLL, que implica a apuração da multa isolada sobre os valores não recolhidos no ano de 2008, bem como redução dos prejuízos fiscais para o IRPJ e base de cálculo negativa da CSLL;

• Falta de recolhimento de IRPJ/CSLL no primeiro e segundo trimestre de 2009, que implica o lançamento dos tributos e de multa proporcional e juros de mora (SELIC), bem como redução dos prejuízos fiscais para o IRPJ e base de cálculo negativa da CSLL em todos os períodos fiscalizados.

O "Demonstrativo da Multa Isolada - 2008" aponta as bases de cálculo recompostas do IRPJ e da CSLL, bem como, apura as diferenças nas estimativas e conseqüentes multas isoladas devidas no ano calendário de 2008.

Essas planilhas encontram-se juntadas a este Termo e auto de infração, no processo administrativo de exigência do IRPJ e CSLL, no item "Planilhas de Apuração dos Tributos". Os valores glosados em bases mensais e no Ajuste Anual em 2008 e na apuração trimestral em 2009, como exclusões indevidas das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL são informados nas referidas planilhas.

a) Ano 2008:

No ano, através da conta contábil de despesas - 6320 - Amortização de Ágio em investimentos, o contribuinte deduziu na apuração de seu lucro líquido, despesas de amortização de ágio na aquisição de investimentos na Eleva S/A, no valor de R\$ 90.704.839,79, conforme cópia do referido razão contábil e "Demonstrativo de Apuração e Amortização Fiscal do Ágio", apresentado pela BRF, em resposta a intimação fiscal.

b) Ano 2009:

No ano de 2009 a "BRF" não realizou amortização de ágio em sua escrita contábil. Entretanto, realizou a exclusão do lucro líquido de valores referentes a amortização fiscal de ágio de Eleva S/A na apuração das bases de cálculo do IRPJ e CSLL devidos em cada trimestre, conforme "Demonstrativo de Apuração e Amortização Fiscal do Ágio" apresentado pela BRF em atendimento a intimação fiscal e conforme se verifica na parte "A", folhas de apuração do Lucro Real — LALUR, Livros de nº 14 a 17, relativos ao ano de 2009.

DA MULTA ISOLADA - FALTA DE RECOLHIMENTO DAS ESTIMATIVAS MENSAIS

A fiscalizada, como já dito antes, apurou no ano calendário de 2008, Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido com base no lucro real com determinação anual, o que implica em recolhimentos mensais por estimativa, que neste caso a opção foi, pela apuração com base em Balanço ou Balancete de Suspensão ou Redução, nos meses de maio a dezembro 2008.

As glosas de despesas (exclusões) operadas pela Fiscalização repercutiram na determinação da base de cálculo da estimativa mensal para recolhimento obrigatório do IRPJ e CSLL.

Elaboramos uma planilha "Estimativas IRPJ e CSLL - Demonstrativo de Multa Isolada 2008" contemplando esta situação, que em verdade, deveria ser apuração procedida pelo contribuinte à época dos fatos (cópia integrante do PAF item "Planilhas Apuração dos Tributos").

4. Cientificado pessoalmente dos autos de infração em 18/05/2012, o contribuinte apresentou impugnação em 18/06/2012 (fls. 4748), com os seguintes argumentos:

- a) Ao contrário do entendimento manifestado pelo Agente Fiscal, o laudo de avaliação em questão não tomou como base para definição do valor da companhia o valor das ações cotadas na Bovespa (que, nos termos do laudo de avaliação, no caso da Eleva, variaram de R\$ 14,78 a R\$ 24,84).
- b) Conforme consta no termo de verificação fiscal (fls. 32 do referido documento), na operação de aquisição da Eleva foi gerado um ágio fiscal, correspondente à diferença entre o custo de aquisição das ações da Eleva (R\$1.679.175.000,00) e o valor do patrimônio líquido adquirido (R\$315.146.000,00), no valor total de R\$1.364.029.000,00, amortizável em 120 (cento e vinte) meses.
- c) A operação de aquisição pode ser subdividida, em três operações diferentes: (i) operação de compra e venda de parte das ações detidas pelos acionistas majoritários da Eleva, mediante pagamento em dinheiro; (ii) Oferta Pública de Aquisição de controle (OPA), para aquisição das ações detidas pelos acionistas minoritários; e (iii) incorporação do restante das ações da Eleva mediante emissão de ações da impugnante.
- d) A argumentação do Agente Fiscal acerca da inexistência de pagamento ou preço da operação não tem qualquer aplicabilidade para as operações em que a aquisição foi feita mediante compra e venda com pagamento em dinheiro. Contudo, a fiscalização houve por bem apenas elencar diversas alegações, como se fossem válidas para todas as etapas da operação, que não possuem fundamento ou aplicabilidade, o que dificulta a compreensão pela impugnante das acusações fiscais e a elaboração da presente defesa.
- e) O termo de verificação fiscal é extenso e possui considerações sobre a invalidade da formação do ágio, sem que fosse esclarecido se as acusações são válidas para as três etapas acima descritas ou se para apenas parte delas. Daí não ter a impugnante certeza a respeito das acusações fiscais que lhe foram imputadas, em evidente prejuízo ao seu direito de defesa, fato que, por si só, invalida o trabalho fiscal. Ferimento ao art. 142 do Código Tributário Nacional e descrição imprecisa das acusações implica vício na motivação do lançamento, o que afronta o art. 2º da Lei n. 9784, de 1999.
- f) Para a pessoa jurídica investidora, a amortização contábil dos ágios ou deságios não integra o lucro tributável (art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977), somente vindo a ser prevista a sua consideração nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL se ocorrer um dos fatos descritos no art. 7º da Lei n. 9.532, de 1997, e segundo as respectivas condições, que são variáveis de caso para caso.
- g) O custo total de aquisição tem que ser decomposto entre valor do investimento segundo o valor patrimonial contábil da investida (art. 20, inciso I, e parágrafo 1º, e art. 21, do DL 1.598/77) e o valor do ágio ou deságio (art. 20, inciso II, e parágrafo 1º), devendo-se, para essa segregação, atender aos parágrafos 3º e 4º do art. 20 quanto ao fundamento econômico do ágio ou deságio.
- h) É irrelevante o título jurídico pelo qual o investimento tenha sido adquirido, podendo a aquisição ter ocorrido por qualquer ato ou

negócio jurídico (compra, permuta, subscrição de capital, incorporação de pessoa jurídica, incorporação de ações), isto porque não há no art. 20 do DL 1.598/77 qualquer limitação do seu alcance. Em qualquer caso de aquisição onerosa de propriedade, necessariamente há uma contraprestação e esta representa o custo da aquisição, a ser desdobrado de acordo com as regras do art. 20.

- i) A aquisição aparece na norma do art. 20 não como parte do seu antecedente, onde deveria estar se compusesse a hipótese fática na norma, pois aparece como parte do conseqüente, para fixar o elemento temporal para a aplicação da norma.
- j) O Acórdão nº 107-08656, tratando de perda de capital, aceitou o ágio formado em subscrição da participação societária, enquanto que o Acórdão nº 105-16774 declarou textualmente que “a subscrição é forma de aquisição e o tratamento do ágio apurado nessa circunstância deve ser o mesmo que a lei admitiu para a aquisição das ações de terceiros”. O mesmo ocorreu no julgamento de ágio formado em aquisição mediante aumento de capital com entrega de ações em troca das conferidas, o qual está consubstanciado no Acórdão nº 1101-00354. No mesmo sentido foi o entendimento proferido no Acórdão nº 1101-00708, que reconheceu a validade do ágio apurado na subscrição de capital em bens, sem que tenha ocorrido o pagamento em dinheiro.
- k) A disposição contida no artigo 14 da Instrução CVM nº 247 não é aplicável para fins tributários, dada sua flagrante contradição com o art. 20 do DL 1598 e com o art. 7º da Lei nº 9532, de 1997, pois, ao contrário do disposto na regra fiscal, que determina ser o ágio a diferença entre o custo de aquisição e o valor do patrimônio líquido da sociedade adquirida, a norma regulatória determina ser o ágio a diferença entre o custo de aquisição e o valor de mercado dos ativos da sociedade adquirida.
- l) Descabe a multa isolada, conforme decisões do CARF, porque o pagamento mensal das estimativas constitui-se em mera técnica de arrecadação fiscal. Uma vez encerrado o período de apuração, não há mais falar em sua imposição, pois será exigível apenas a diferença devida a título de IRPJ e CSLL anuais.
- m) Deve ser afastada a incidência dos juros de mora sobre os valores da multa de ofício, pois a lei somente prescreve a aplicação do referido encargo sobre as multas isoladas.
- n) [Aduziu decisões administrativas]

A 4ª Turma da DRJ em Fortaleza/CE analisou a impugnação apresentada pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 08-25.811, de 26/06/2013 (fls. 4921/4948), considerou procedente em parte o lançamento, com a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2008, 2009

LANÇAMENTO. NULIDADE.

Sem a demonstração da existência de prejuízo concreto, não há falar em cerceamento do direito de defesa, incorrendo, pois, nulidade do lançamento fiscal.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009

ÁGIO. DEFINIÇÃO LEGAL.

O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor da proporção adquirida do patrimônio líquido da investida, na época da aquisição, determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação.

AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. PERMUTA DE AÇÕES. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. ÁGIO.

Na aquisição de participação societária realizada por meio de permuta de ações, o custo de aquisição para fins de cálculo do ágio é determinado pelo valor patrimonial do conjunto de ações dadas em pagamento.

A inclusão da expectativa de rentabilidade futura da adquirente no custo de aquisição da participação societária viola o princípio contábil da prudência e viola o artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977.

MULTA ISOLADA. ESTIMATIVA MENSAL.

Aplica-se a multa de 50%, exigida isoladamente, sobre o valor não pago da estimativa mensal de IRPJ, calculada com base na receita bruta ou em balancete de suspensão/redução, ainda que o lançamento tenha ocorrido após o fim do ano-calendário correspondente.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2008, 2009

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. MULTA ISOLADA.

Tratando-se da mesma matéria fática, e não havendo aspectos específicos a serem apreciados, ao lançamento decorrente aplica-se a mesma decisão do principal.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008, 2009

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

No AgRg no REsp 1.335.688-PR, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento das duas turmas que lhe compõem, no sentido de que “é legítima a incidência de

juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário”, referenciando os seguintes precedentes: REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/09/2009; e REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 02/06/2010.

Por relevante, é de se esclarecer que o acórdão de primeira instância manteve o lançamento na parte relativa ao alegado ágio gerado pela permuta de ações, bem como as respectivas multas isoladas e os gravames moratórios.

Como o sujeito passivo foi exonerado de crédito tributário (principal e multa) em valor superior ao limite de alçada (R\$ 1.000.000,00), a Turma Julgadora recorreu de ofício a este Colegiado. À época, esse procedimento era disciplinado pelo art. 34 do Decreto nº 70.235/1972, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.532/1997, e, ainda, pela Portaria MF nº 3/2008.

Ciente da decisão de primeira instância em 22/08/2013, conforme Aviso de Recebimento à fl. 4961, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 20/09/2013 conforme carimbo de recepção à folha 4962.

No recurso interposto (fls. 4963/5022), após historiar o ocorrido, sob sua ótica, a recorrente reitera, preliminarmente, suas alegações acerca de nulidade do lançamento por cerceamento ao seu direito à ampla defesa e ao contraditório. Sustenta que o termo de verificação fiscal é extenso, e conteria acusações sobre a invalidade da formação do ágio, sem que fosse esclarecido se as acusações seriam válidas para as três etapas da operação descritas ou se apenas para parte delas. Isto teria restado claro pela decisão de primeira instância, ao decidir que aquelas considerações não teriam qualquer aplicação à operação de compra e venda com pagamento em dinheiro.

No mérito, traz os argumentos abaixo sintetizados:

Inicialmente, a recorrente busca situar e esclarecer o processo de reestruturação de negócios e expansão de suas atividades, especialmente a operação de aquisição da sociedade Eleva, que teria ocorrido em três etapas distintas, a saber (fl. 4972):

Iniciando o processo de aquisição da Eleva, na primeira etapa da operação, a Recorrente adquiriu ações dos controladores, representativas de 35,74% [...] do capital social da Eleva, nos termos do “Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças” (fls. 3440/3479), firmado em 30.10.2007, mediante pagamento em dinheiro.

Posteriormente, dando continuidade ao processo de aquisição da Eleva, a companhia efetuou liquidação financeira de aquisição das ações detidas pelos acionistas minoritários, nos termos do “Edital de Oferta Pública para Aquisição de Ações Ordinárias de Emissão da Eleva Alimentos S.A.”, devidamente registrada na Comissão de Valores Mobiliários em 11.1.2008 (fls. 3774/3784).

Ato subsequente, houve a aquisição do restante das ações detidas pelos acionistas controladores da Eleva mediante incorporação de ações, nos termos do disposto no art. 252 da Lei n. 6404, por meio da qual a Eleva passou a ser subsidiária integral da Recorrente.

A interessada enfatiza que as partes envolvidas na operação optaram pela utilização do laudo de avaliação de ambas as sociedades elaborado pelo Credit Suisse, com base no método do fluxo de caixa descontado, para todas as etapas da operação, e especialmente para cálculo da relação de substituição de ações da sociedade Eleva por ações da Recorrente.

Com isso, “na operação de aquisição da Eleva foi gerado um ágio fiscal, correspondente à diferença entre o custo de aquisição das ações da Eleva (custo total da operação no valor de R\$ 1.679.175.000,00) e o valor do patrimônio líquido adquirido (correspondente a R\$ 315.146.000,00), no valor total de R\$ 1.364.029.000,00”. Após a incorporação da Eleva pela Perdigão, o ágio passou a ser amortizável para fins fiscais. A discriminação dos valores estaria à fl. 3495 do processo.

A recorrente ressalta que a fiscalização não teria tecido qualquer consideração a respeito do valor do preço de venda das ações na primeira etapa, tampouco da OPA na segunda etapa nem mesmo o preço de emissão na operação de incorporação de ações. Os questionamentos do auto de infração estariam relacionados ao valor do ágio apurado (no entender do Fisco, deveria ser residual em relação ao valor de mercado dos bens do patrimônio líquido da investida); ao fundamento econômico do ágio (segundo o Fisco, seria de mais valia de ativos); e a falta de desembolso de caixa, principalmente. A decisão recorrida teria inovado, ao questionar os critérios de avaliação das ações da Perdigão dadas em pagamento na aquisição das ações da Eleva, inovação que não seria admissível, por trazer argumentos não cogitados pelo Fisco, quando da lavratura do auto de infração. Apesar da nulidade da decisão recorrida, trazida pela inovação, lembra que esta pode ser superada se, no mérito, a autuação for cancelada, o que requer.

A interessada reclama, ainda, que a decisão recorrida, mesmo tendo admitido o ágio na operação de compra realizada, desconsiderando somente aquele surgido na operação de incorporação de ações, deixou de considerar o valor do ágio apurado na Oferta Pública de Ações, em que teria havido efetiva liquidação financeira da operação, conforme reconhecido pela fiscalização.

A recorrente passa, então, a combater o entendimento do acórdão recorrido (inovação, por sua ótica), de que a interessada não poderia ter considerado o valor de mercado das suas ações como custo de aquisição do investimento na Eleva, na etapa de incorporação de ações. Transcreve o art. 252 da Lei nº 6.404/76, que disciplina o instituto da incorporação de ações, e colaciona doutrina sobre o assunto. Conclui que (fls. 4989 e segs.):

A função prática do ato jurídico de incorporação de ações é a transferência do seu domínio dos acionistas de uma determinada companhia para outra, de maneira a que aquela se torne subsidiária integral desta, com a contrapartida da entrega, por esta, de ações do seu capital aos acionistas detentores das ações incorporadas; portanto, há alienação das ações incorporadas, feita pelos respectivos titulares, e a aquisição, por estes, de novas ações da companhia incorporadora.

[...]

Toda aquisição, como visto, pressupõe uma contraprestação e, no caso da incorporação de ações, não é diferente. É evidente que a “troca” de ações pelos antigos acionistas da Eleva, que receberam ações da Perdigão, represente o pagamento de uma contraprestação pela Recorrente. Isto porque, ao contrário do entendido pelo Sr. Agente Fiscal, houve um desembolso pela Perdigão, *i.e.*, houve o

pagamento do preço do valor das ações, tal como acordado pelas partes, mediante a entrega de suas ações.

[...]

O pagamento corresponde, a todo rigor, ao adimplemento de qualquer obrigação, sendo, portanto, irrelevante se for feito em dinheiro ou em bens.

Sustenta a recorrente que o acórdão recorrido ter-se-ia equivocado ao equiparar a operação de incorporação de ações a uma permuta, e discorre sobre as diferenças entre esses institutos.

Aduz (fl. 4993) que, *“sendo a incorporação de ações forma de aquisição onerosa de propriedade (tal como reconhecido pela própria decisão recorrida) necessariamente há uma contraprestação, e esta representa o custo da aquisição, a ser desdobrado de acordo com as regras do art. 20”*.

No que toca à avaliação do valor das ações na incorporação de ações, a interessada pondera que (fls. 4995/4996):

Ao incorporar as ações de uma companhia, a dita incorporadora emite novas ações, como contraprestação ao recebimento das ações incorporadas. Essas novas ações emitidas pela incorporadora são moeda de troca com os acionistas da companhia cujas ações são incorporadas e, como tal, devem possuir um preço.

Esse preço, utilizado como moeda de troca, é justamente o valor atribuído a elas quando do aumento de capital da companhia incorporadora (a própria Lei n. 6404 utiliza o termo “preço de emissão”). Insista-se: a entrega das novas ações da companhia dita incorporadora ocorre como contraprestação pelo recebimento das ações incorporadas, que passam a ser de titularidade da empresa incorporadora, E como a lei estabelece que essa emissão possui um preço, esse será o custo da incorporadora pela aquisição do investimento.

Reporta-se ao art. 264 da Lei nº 6.404/1976 e sustenta haver cumprido integralmente o ali disposto. Acrescenta que a decisão recorrida teria confundido o critério de apuração do valor de ações com o fundamento econômico do pagamento do ágio gerado. Afirma, ainda, que o acórdão combatido teria entendido que o correto não seria considerar o valor das sociedades apurado com base no fluxo de caixa descontado, devendo ser considerado o valor patrimonial das ações da referidas companhias, sem trazer qualquer fundamentação legal para esse critério.

A recorrente sustenta ser descabido o entendimento do Fisco de que o ágio teria sido “criado” pelas empresas envolvidas e que as operações teriam o fim último de amortização do ágio. Ao contrário, afirma que a operação teve evidente propósito comercial, o que teria ficado evidenciado pela decisão recorrida, ao reconhecer o ágio em uma parte da operação. Também seria descabida qualquer afirmação sobre tratar-se de “*ágio de si mesmo*”, por se estar diante de operação realizada com terceiros, em que há o efetivo desembolso de recursos, seja em dinheiro, seja mediante entrega de ações.

A interessada passa, então, a discorrer sobre outros argumentos, suscitados pela Fiscalização, e que não teriam sido mantidos pela decisão recorrida. Com isso, pretende afastar quaisquer dúvidas sobre a validade do ágio gerado na aquisição da Eleva. Trata dos

seguintes tópicos: (a) regime jurídico no qual aparecem os ágios; (b) fundamentação do ágio (no seu caso, rentabilidade futura).

A recorrente aduz argumentos contrários às multas exigidas isoladamente por falta/insuficiência no recolhimento de estimativas mensais, no ano-calendário 2008.

A recorrente sustenta a inaplicabilidade de juros sobre a multa de ofício.

Contrarrazões da Fazenda Nacional

A Fazenda Nacional, por seu Procurador, com base no § 2º do art. 48 do Regimento Interno do CARF em vigor, apresentou suas contrarrazões (fls. 5103/5141) ao recurso voluntário interposto pela contribuinte.

Após sintetizar, sob sua ótica, os fatos, a autuação, a decisão de primeira instância e o recurso voluntário, a Fazenda Nacional passa a expor seus argumentos, os quais entende que podem conduzir ao reestabelecimento integral do auto de infração lavrado. Segue apertada síntese.

Inicialmente, a Fazenda Nacional busca refutar o argumento da contribuinte, de que a Fiscalização não teria tratado de forma individualizada cada uma das situações abarcadas pela autuação (fl. 5108):

Ocorre, entretanto, que o exclusivo propósito tributário que permeou a operação, afastando-se de um desejável propósito negocial, é circunstância que atinge todas as modalidades de aquisição envolvidas na aquisição global da **Eleva**.

[...] A ausência de propósito negocial macula, como veremos a seguir, toda a operação de aquisição, e não apenas a parcela envolvendo o suposto ágio pago na incorporação de ações da **Eleva** pela **Perdigão**.

A amortização fiscal do ágio como grande motivo para se realizar a aquisição da **Eleva** já teria sido identificada e apontada pela fiscalização desde o início, e consta inclusive como Fato Relevante divulgado pela **Perdigão** em 30/07/2007 e também no item 6.1 do Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações. À fl. 5110 assim se manifesta a douta PFN:

Quando no Protocolo e justificação de Incorporação se afirma que “as administrações da **Perdigão** e da **Eleva** entendem que a operação societária criará valor para os acionistas de ambas as companhias”, estamos exatamente diante do real objetivo perseguido, que é a “**criação**” de valores, através de uma reavaliação a preço de mercado das ações dos acionistas da **Eleva**, trazidas para dentro da **Perdigão** (incorporadas) a custo zero e ainda gerando despesas de amortização do ágio “criado”, reduzindo o Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro líquido – CSLL da **Perdigão**, beneficiando os acionistas em geral, inclusive os ex-acionistas de **Eleva**, agora acionistas da **Perdigão**.

Prossegue a PFN, sustentando que não seria apenas a ausência de propósito negocial a impedir o aproveitamento fiscal do ágio. Especificamente no que toca à incorporação de ações, a PFN lembra que “a *Fiscalização (fls. 16 do TVF) analisa a relação de troca (substituição) das ações, que deve ser equitativa, concluindo que os critérios utilizados para determinar a relação de substituição podem ser os mais variados possíveis, desde que*

visem a substituir de forma justa os direitos dos sócios, que se extinguirão pela entrega de suas ações”.

Após historiar os valores das ações de **Perdigão** e **Eleva**, a PFN conclui (fls. 5111/5112):

Neste caso especificamente, não há que se falar em ágio, uma vez que as ações adquiridas e as trocadas foram avaliadas (laudo de avaliação) pelo valor econômico, com base na expectativa de rentabilidade futura, cujos valores por ação, tanto da **Perdigão** quanto da **Eleva**, correspondem ao valor de mercado, calculado pela média ponderada dos preços praticados na “Bovespa” no período de 31/10/2007 a 10/11/2007, data de referência da transação.

Tanto na "Incorporação de Sociedades", quanto na "Incorporação de Ações" não há que se falar em "Preço de Emissão das Ações", uma vez que, as normas relativas às duas formas de incorporação determinam a adoção da "Relação de Substituição" dos direitos dos sócios por ações representativas do capital social da incorporadora como garantia a equitatividade econômica a ser preservada para as partes envolvidas.

Assim sendo, não há preço, no sentido próprio, porque um dos figurantes promete um bem, que não é dinheiro, e o outro figurante promete outro bem, que não é dinheiro.

Nestes casos o comprador e vendedor se equivalem, pois há troca sempre que se presta direito de propriedade, ou posse, e se contrapresta outro direito de propriedade, ou posse, ou qualquer outro direito, inclusive o direito a alguma quantia certa. Assim sendo, não se caracteriza qualquer pagamento de ágio na operação.

No caso sob análise, quanto à incorporação de ações, os direitos e deveres de cada uma das empresas envolvidas foram criados e extintos na mesma proporção, ou seja, em condições de igualdade, sem prejuízo para nenhuma das partes, sem geração ou alteração da riqueza nem pagamento de sobrepreço (ágio), até porque não houve nenhum sacrifício de ativo ou efetivo pagamento pelas ações da **Eleva**.

[...]

O ágio apurado na incorporação de ações teve como contrapartida no aumento de capital da **Perdigão**, conforme Ata da AGOE de 30/04/2008, ou seja, a empresa não pagou pelo ágio, não sacrificou nenhum ativo, nem tampouco assumiu dívida alguma em troca desse ágio. Pelo contrário, para “pagar” pelo ágio a **Perdigão** emitiu ações, aumentando seu capital no exato montante do valor das ações incorporadas. Não houve desembolso algum.

Está-se, portanto, diante de um caso em que uma sociedade pretende beneficiar-se de uma dedução prevista na legislação fiscal - o art. 386, inciso III, do RIR/1999 - sem que tenha havido o correspondente e efetivo pagamento do ágio, daí resultando em dano efetivo ao Erário.

A quantificação do ágio tomou por base valores estabelecidos pelas diretorias da **Perdigão** e **Eleva**, próximos (intermediários), porém não idênticos, aos estabelecidos nos laudos de avaliação pelo valor econômico das ações das duas empresas ou no preço médio ponderado das ações no período de 31/10/2007 a 10/11/2007 na Bovespa de R\$ 47,12 ações da **Perdigão** e R\$ 24,84 ações da **Eleva**, conforme consta do Laudo de Avaliação elaborado pela Credit Suisse, tendo utilizado para cada ação de emissão da **Perdigão** o valor de R\$ 45,00 e para as ações

de emissão da **Eleva** de R\$ 25,8162443 e relação de substituição de 1,74308855 ações da **Eleva** para cada 1 (uma) ação de emissão da **Perdigão**.

Inconcebível imaginar que numa relação de substituição, as duas partes firmassem protocolo de intenções com tamanho prejuízo para uma delas. As próprias administrações entenderam justa a relação de troca.

[...]

Dessa forma, a autuação deverá ser mantida integralmente, inclusive a glosa de prejuízos fiscais e a multa isolada pela falta de recolhimento das estimativas do ano de 2008, sobretudo por encontrar amparo em sedimentada jurisprudência do CARF.

A Fazenda Nacional aduz, ainda, razões pela possibilidade de cumulação da multa isolada e da multa de ofício, por se tratar de materialidades distintas, lembrando ainda que se cuida de fatos geradores posteriores à MP 351/2007.

A Fazenda Nacional aduz razões pela incidência de juros sobre a multa de ofício.

A Fazenda Nacional conclui com o pedido de provimento ao recurso de ofício e de desprovimento ao recurso voluntário.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Waldir Veiga Rocha, Relator

Quanto à admissibilidade do recurso de ofício, deve-se ressaltar o teor do art. 1º da Portaria MF nº 3, de 03/01/2008, publicada no DOU de 07/01/2008, a seguir transcrito:

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

No caso em tela, ao somar os valores correspondentes a tributo e multa afastados em primeira instância (fl. 4960), verifico que superam o limite de um milhão de reais, estabelecido pela norma em referência.

Portanto, o recurso de ofício é cabível, e dele conheço.

Da mesma forma, o recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Dele conheço.

Inicialmente, para maior clareza, devo estabelecer as duas etapas ou fases em que se dividiu a operação de aquisição da totalidade das ações da Eleva pela Perdigão. Antes

dessa operação, as ações da Eleva pertenciam a um grupo de acionistas majoritários e controladores (que serão doravante referidos como Família Shan), além de acionistas minoritários. Ao longo do presente processo, as partes atribuíram nomes, letras ou números diferentes às diversas etapas, o que pode causar alguma dificuldade no entendimento. Para os fins deste voto, serão referidas as fases (1) e (2), a seguir especificadas.

1) Primeira etapa da operação: em 02/01/2008 a Perdigão adquiriu 23.170.156 ações da Eleva, até então de propriedade da Família Shan, representativas de 35,74% do capital social da Eleva, nos termos do “*Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças*” (fls. 3440/3479), firmado em 30.10.2007, mediante pagamento em dinheiro. Cláusula 3.1 do Contrato, fl. 3452. Ainda dentro desta etapa, a Perdigão adquiriu, mediante pagamento em dinheiro, parte das ações da Eleva detidas pelos acionistas minoritários, nos termos do “*Edital de Oferta Pública para Aquisição de Ações Ordinárias de Emissão da Eleva Alimentos S.A.*”, (fls. 3774/3784). O total, incluindo pagamentos a controladores e minoritários, foi de R\$ 764.606.000,00 (46,23% das ações). Vide TVF fl. 4713 e demonstrativo do contribuinte à fl. 3495. A parte da autuação correspondente a esta fase foi afastada em primeira instância, e é objeto do recurso de ofício.

2) Segunda etapa da operação: A Perdigão adquiriu o restante das ações (53,77%) detidas pelos acionistas controladores e minoritários da Eleva mediante incorporação de ações, nos termos do disposto no art. 252 da Lei nº 6.404/1976, por meio da qual a Eleva passou a ser subsidiária integral da Perdigão. Em substituição às ações da Eleva recebidas, foram entregues 20.000.000 de ações da Perdigão (15.463.349 + 4.536.651), às quais foi atribuído o valor de R\$ 911.554.000,00, com a relação de 1 ação da Perdigão para 1,74308855 ação da Eleva. A parte da autuação correspondente a esta fase foi mantida em primeira instância, e é objeto do recurso voluntário.

Ao final, a interessada demonstrou o ágio por ela apurado no valor total de R\$ 1.364.029.000,00, como sendo a diferença entre o custo total da operação (no valor de R\$ 1.679.175.000,00) e o valor do patrimônio líquido adquirido (correspondente a R\$ 315.146.000,00). Vide fl. 3495. Após a incorporação da Eleva pela controladora Perdigão, o ágio passou a ser amortizado, para fins fiscais, pela sociedade incorporadora.

RECURSO DE OFÍCIO

Sobre a etapa (1), acima, creio não haver maiores controvérsias. Trata-se de operação de compra e venda, firmada entre partes independentes, sendo o preço livremente estabelecido em condições de mercado. Desde que o preço pago superou o valor de patrimônio líquido do investimento adquirido, correta a segregação em valor de patrimônio líquido e ágio, a teor do art. 20 do DL 1.598/77. Quanto à classificação do ágio, segundo seu fundamento econômico, o Fisco afirmou que somente poderia ser classificado como expectativa por rentabilidade futura aquilo que ultrapassasse o valor de mercado dos ativos e passivos da Eleva, avaliados a valor de mercado (TVF, fl. 4725). Esse entendimento, todavia, foi superado pela decisão de primeira instância, confira-se o parágrafo a seguir transcrito, do voto vencedor do acórdão recorrido (fl. 4946):

Considerando o valor total dessa operação e a quantidade de ações negociadas, conclui-se que foi praticado o preço de R\$ 25,81624453 por ação, o que é compatível com o valor encontrado pela Credit Suisse ao aplicar o método do

fluxo de caixa descontado (R\$ 25,04 por ação). Portanto, pode-se concluir que esse ágio é devido a uma expectativa de rentabilidade futura (goodwill) e é passível de amortização, conforme a legislação tributária.

Além das razões acima, registre-se que a classificação e o cálculo do ágio, à época, eram regulados pelas disposições do art. 20 do DL nº 1.598/1977, para as empresas optantes pelo RTT, situação da interessada (vide documentos às fls. 5165/5166). Diante disso, a metodologia de cálculo adotada pelo Fisco foi corretamente afastada.

A decisão de primeira instância afastou as exigências sobre a amortização do ágio formado nesse etapa (1), e não faço aí qualquer reparo.

Sustenta a Fazenda Nacional que o negócio estaria maculado pela falta de propósito negocial, tendo sido firmado com o “*grande motivo*” de aproveitamento fiscal do ágio.

Com todo o respeito, devo divergir. O grande motivo para a operação foi a aquisição da Eleva pela Perdigão. O negócio foi firmado entre o grupo Perdigão e o grupo controlador da Eleva, nada havendo nos autos que permita concluir que se tratasse de partes de alguma forma relacionadas ou sob controle comum. A transferência foi de fato realizada, passando a Eleva à condição de subsidiária integral da Perdigão. A questão, então, reside na forma como foi conduzida a operação, primeiro com a aquisição, em dinheiro, de parte das ações da Eleva, a seguir com a aquisição, mediante incorporação de ações, da parcela restante das ações da Eleva e, finalmente, com a incorporação da Eleva. Se esse caminho passou pela formação de ágio e, a seguir, permitiu sua amortização para fins fiscais, tenho que se trata de benefício adicional ao fim pretendido e conseguido, não se podendo exigir que o contribuinte adotasse um caminho que lhe fosse mais oneroso para conseguir seus objetivos societários precípuos, a saber, a expansão e reorganização de suas atividades empresariais. Observo, finalmente, que o Fisco fez lavrar a autuação com multa de 75% e em momento algum afirmou a presença de simulação ou de outra prática dolosa.

Com esses fundamentos, nego provimento ao recurso de ofício, mantendo a decisão que afastou a tributação sobre a parcela do ágio formado na aquisição de ações da Eleva até então de propriedade dos acionistas controladores e minoritários desta última, mediante pagamento em dinheiro (fase (1), antes referida). Por consequência, também são afastadas as multas isoladas e encargos incidentes sobre as parcelas afastadas.

RECURSO VOLUNTÁRIO

A discussão se adensa ao se analisar a etapa (2). Aqui não houve pagamento em dinheiro pelas ações da Eleva recebidas pela Perdigão. As partes se valeram do instituto da incorporação de ações, de que trata o art. 252 da Lei nº 6.404/1976, *verbis* (grifos não constam do original):

Art. 252. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembléia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.

§ 1º A assembleia-geral da companhia incorporadora, se aprovar a operação, deverá autorizar o aumento do capital, a ser realizado com as ações a serem incorporadas e nomear os peritos que as avaliarão; os acionistas não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital, mas os dissidentes poderão retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 2º A assembleia-geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas somente poderá aprovar a operação pelo voto de metade, no mínimo, das ações com direito a voto, e se a aprovar, autorizará a diretoria a subscrever o aumento do capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas; os dissidentes da deliberação terão direito de retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 3º Aprovado o laudo de avaliação pela assembleia-geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem.

§ 4º A Comissão de Valores Mobiliários estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de incorporação de ações que envolvam companhia aberta. (incluído pela MP nº 449, de 03/12/2008, convertida na Lei nº 11.941, de 2009)¹

O caput do artigo acima faz menção a *protocolo e justificção*, nos termos dos arts. 224 e 225 do mesmo diploma legal. Eis seu conteúdo (grifos não constam do original):

Art. 224. As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá:

I - o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição;

II - os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio, no caso de cisão;

III - os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores;

IV - a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das sociedades possuídas por outra;

¹ O parágrafo 4º foi incluído em data posterior aos fatos aqui narrados. Assim sendo, as normas a que se refere, a serem estabelecidas pela CVM, não são aplicáveis, pois inexistentes à época.

V - o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte na operação;

VI - o projeto ou projetos de estatuto, ou de alterações estatutárias, que deverão ser aprovados para efetivar a operação;

VII - todas as demais condições a que estiver sujeita a operação.

Parágrafo único. Os valores sujeitos a determinação serão indicados por estimativa.

Art. 225. As operações de incorporação, fusão e cisão serão submetidas à deliberação da assembléia-geral das companhias interessadas mediante justificação, na qual serão expostos:

I - os motivos ou fins da operação, e o interesse da companhia na sua realização;

II - as ações que os acionistas preferenciais receberão e as razões para a modificação dos seus direitos, se prevista;

III - a composição, após a operação, segundo espécies e classes das ações, do capital das companhias que deverão emitir ações em substituição às que se deverão extinguir;

IV - o valor de reembolso das ações a que terão direito os acionistas dissidentes.

Antes de iniciar a análise, ressalto o fato (óbvio) que a incorporação de ações é instituto previsto em lei. Não se trata de criação das partes envolvidas, muito menos de adaptação enviesada de múltiplas disposições legais para se chegar a um resultado. Em assim sendo, o que resta é verificar se o instituto foi corretamente empregado, de acordo com a finalidade para a qual foi criado e seguindo as prescrições legais. É o que passo a fazer.

O laudo de avaliação (mencionado no § 1º e no § 3º do art. 252) é para avaliar as ações da companhia que terá suas ações incorporadas, no caso, a Eleva. O art. 252 não deixa claro qual seria o critério de avaliação. Mas, como seu *caput* remete ao *protocolo* do art. 224, e este fala em *critérios utilizados para determinar as relações de substituição*, parece-me possível que a avaliação considere a expectativa de rentabilidade futura da Eleva. Esse foi o procedimento das partes envolvidas na operação aqui discutida.

O § 1º do art. 252, dirigido à companhia incorporadora (no caso, Perdigão), diz que o aumento de capital será realizado com as ações a serem incorporadas. O § 2º, agora dirigido à companhia que terá suas ações incorporadas (Eleva), estabelece que a diretoria subscreverá o aumento de capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas (no caso, a Família Shan e demais acionistas minoritários). Essa leitura, conjugada à observação anterior quanto à avaliação das ações que serão incorporadas, me conduz à conclusão de que o aumento de capital na incorporadora (Perdigão) deve ser feito pelo valor resultante da avaliação das ações que serão incorporadas (ações da Eleva).

O *Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações de emissão da Eleva Alimentos S.A. pela Perdigão S.A.* se encontra às fls. 3480/3487. Sua cláusula 4.1 (fl. 3483), que trata do aumento do capital social da Perdigão, não especifica o valor do aumento, mas prescreve que será conforme a Avaliação Econômico-Financeira da Eleva.

A ata (fl. 3648) da AGE e AGO da Perdigão que aprovou o aumento de capital dispõe:

[...] 4. [...] (iii) em 21.02.2008, aprovando a emissão de 20.256.751 [...] ações ordinárias, escriturais, sem valor nominal, as quais foram integralizadas com as ações de emissão da Eleva e atribuídas aos acionistas, de acordo com a relação de substituição de 1 (uma) nova ação ordinária da Companhia para cada 1,74308855 ação ordinária de emissão da Eleva, nos termos do artigo 5º, parágrafo 1º, do Estatuto Social da Companhia. O preço de emissão foi de R\$ 45,00 por ação, resultando no aumento de capital social de R\$ 911.553.795,00 [...].

O valor do aumento de capital na Perdigão (R\$ 911.553.795,00) corresponde, pois, às 34.860.000 ações da Eleva (vide demonstrativo à fl. 4713/4714), a valores unitários de R\$ 25,80 (arredondei os valores). Daí se extraiu a relação de substituição (1,743) entre as ações da Perdigão e da Eleva. Isso é compatível com o entendimento, do qual comungo, de que deve haver uma equivalência econômica entre as riquezas envolvidas na incorporação de ações. Em se tratando de partes independentes, a Família Shan entrega uma riqueza (suas ações na Eleva) em troca de uma outra riqueza (as novas ações emitidas pela Perdigão). O valor global de cada uma das riquezas mencionadas deve ser equivalente. No caso, os critérios de avaliação foram os mesmos, a saber, a expectativa de rentabilidade futura de cada uma das empresas, mediante o emprego do método do fluxo de caixa descontado, vide laudo às fls. 3497/3562.

Com o exposto, é possível afastar o principal argumento empregado pelo julgador *a quo* para manter esta parte do lançamento. O voto vencedor do acórdão recorrido aplicou a relação de substituição (1,743) ao valor de patrimônio líquido de cada ação da Eleva (R\$ 8,92), chegando ao valor de R\$ 15,55. A seguir, comparou o valor assim obtido ao valor de patrimônio líquido de cada ação da Perdigão (R\$ 13,81). Como o primeiro era maior do que o segundo, concluiu pela inexistência de ágio, dado que “*a Perdigão teve um sacrifício patrimonial de R\$ 13,81 para adquirir um patrimônio de R\$ 15,55*”. Ora, a relação de substituição foi claramente obtida a partir da comparação entre valores avaliados pelo fluxo de caixa descontado, ou seja, valores nos quais estava embutida a expectativa de rentabilidade futura de cada uma das empresas, conforme se depreende da leitura dos itens 1.1 e 1.2 do *Protocolo* já mencionado (fl. 3482). Essa relação somente faz algum sentido (econômico) dentro do contexto em que foi determinada, com o fim de fazer com que as ações que trocaram de mãos tivessem valores equivalente, avaliadas a critérios uniformes. Sua aplicação, como fez a DRJ, para fins de comparação entre valores patrimoniais não faz qualquer sentido.

Da perspectiva da Perdigão, o aumento de capital (R\$ 911.553.795,00) deve ser registrado contabilmente em seu patrimônio líquido, a crédito da conta de capital social. A contrapartida, por óbvio, deve ser o registro contábil do investimento representado pelas ações da Eleva, antes pertencentes à Família Shan, recebidas na incorporação de ações. A esta altura, imprescindível lembrar que esse registro contábil deve obedecer ao disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, em sua redação vigente à época:

Art 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá,

por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Ou seja, o registro do custo de aquisição do investimento será, necessariamente, desdobrado entre valor de patrimônio líquido e ágio, sendo este calculado pela diferença entre o custo total de aquisição e o valor de patrimônio líquido do investimento adquirido. Esse foi o procedimento da interessada, e daí surgiu o ágio cuja amortização para fins fiscais, após a incorporação da Eleva pela Perdigão, veio a ser questionada pelo Fisco. Melhor dizendo, a parcela do ágio cuja amortização permaneceu após a decisão de primeira instância. Ressalto que esse registro do investimento é impositivo. Descabe, como chegou a sugerir a Fazenda Nacional (fl. 5114), o registro do investimento pelo valor do laudo de avaliação, o que conduziria a “ágio zero”. O equilíbrio entre o recebimento e a entrega de ações é econômico, mas o registro contábil segue prescrições estritas.

Quanto à motivação do ágio e sua classificação como decorrente de expectativa de rentabilidade futura da investida, acredito que já foi sobejamente esclarecido que o laudo de avaliação adotou a metodologia do fluxo de caixa descontado, cujo resultado é compatível com esse fundamento. Acrescento que o Fisco não confrontou o laudo, em si, nem os valores a que chegou.

Pode-se questionar que não se poderia chamar de “custo de aquisição” ao valor do aumento de capital da Perdigão. Afinal, não teria havido um “sacrifício de ativos” para a aquisição do investimento, expressão comumente empregada no sentido de que não houve pagamento nem em dinheiro nem mediante a entrega de qualquer outro bem ou direito registrado no ativo, nem assunção de dívida. A esse argumento, deve-se contrapor que houve a entrega à Família Shan de ações de emissão da própria incorporadora das ações da Eleva (a Perdigão).

Segundo a doutrina, “ação é a menor parcela em que se divide o capital social da companhia”². Por sua vez, o capital social é conceituado como segue³:

O investimento efetuado na companhia pelos acionistas é representado pelo Capital Social. Este abrange não só as parcelas entregues pelos acionistas como também os valores obtidos pela sociedade e que, por decisões dos proprietários, se incorporam ao Capital Social, representando uma espécie de renúncia a sua distribuição na forma de dinheiro ou de outros bens.

Ou seja, aquele que recebe ações de uma companhia recebe fração de seu capital social e, em consequência, fração do patrimônio líquido (valor contábil pertencente aos sócios, por diferença entre ativos e passivos). Ademais, recebe também o direito de participar da vida ativa da companhia, seja pelo voto, seja pelo recebimento futuro e eventual de dividendos e juros sobre o capital próprio. Finalmente, as ações são negociáveis no mercado, podendo ser convertidas, com maior ou menor facilidade, em dinheiro. Do ponto de vista do emitente (Perdigão), ao emitir ações e entregá-las a terceiros (Família Shan), está reduzindo a participação dos demais acionistas no capital social, ou seja, as ações em poder dos demais acionistas são “diluídas”, passando a representar menor parcela do capital social. O mesmo ocorre com eventuais lucros a serem apurados no futuro, os quais terão que ser divididos entre maior número de acionistas. Com todo o exposto, concluo que a entrega de ações na situação analisada representa, sim, um sacrifício patrimonial, muito embora diferente daquele a que estamos mais habituados, pela entrega de numerário.

Assim, devo concluir que o instituto da incorporação de ações, no caso concreto, foi utilizado de acordo com a lei que o instituiu, e que o registro contábil, pela Perdigão, do ágio no investimento na Eleva, seguiu também os preceitos legais.

Na sequência, a Perdigão incorporou a Eleva. Com isso, passou a fazer jus ao benefício do art. 7º da Lei nº 9.532,1997, a saber, a possibilidade de amortizar, para fins fiscais, o ágio até então registrado em sua contabilidade.

Ressalto que, também aqui, são válidas as ponderações feitas acerca do propósito comercial da operação (ou da alegação de sua inexistência), quando da apreciação do recurso de ofício. O mesmo vale também para as considerações para afastar a metodologia de cálculo do ágio empregada pelo Fisco (somente poderia ser classificado como expectativa por rentabilidade futura aquilo que ultrapassasse o valor de mercado dos ativos e passivos da Eleva, avaliados a valor de mercado).

O lançamento, assim, não se sustenta, e as exigências devem ser canceladas.

Afastadas as glosas de despesas com a amortização de ágio, desaparecem, por conseguinte, as insuficiências no recolhimento de estimativas mensais de IRPJ e CSLL, motivo pelo qual também devem ser canceladas as multas exigidas isoladamente com esse fundamento.

Deixo de me manifestar sobre a preliminar de nulidade da decisão recorrida em face do disposto no art. 59, § 3º, do Decreto nº 70.235/1972, e sobre a incidência de juros

² Iudicibus, Sergio de, e Outros. MANUAL DE CONTABILIDADE SOCIETÁRIA. FIECAFI / Editora Atlas. São Paulo, ed. 2010, fl. 346.

³ Op. Cit., fl. 345. Informe MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Processo nº 11516.721262/2012-60
Acórdão n.º **1301-001.852**

S1-C3T1
Fl. 5.239

moratórios sobre a multa de ofício, visto que a discussão sobre esse assunto se tornou irrelevante.

Por todo o exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

CONCLUSÃO

Em conclusão, voto por negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento ao recurso voluntário, com o que ficam integralmente afastadas as exigências do presente processo.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha