



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

Processo nº 10830.725800/2011-89
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1101-001.113 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de junho de 2014
Matéria IRPJ/CSLL - Amortização de ágio
Recorrente CCL LABEL DO BRASIL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO PARA EMPRESA VEÍCULO SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL. Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original. MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. FRAUDE. INOCORRÊNCIA. Existindo ágio pago em aquisição de investimento por terceiros, a interpretação equivocada do sujeito passivo acerca da possibilidade de sua amortização não é suficiente para a qualificação da penalidade aplicável aos tributos que deixaram de ser recolhidos em razão da amortização daquele valor.

ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO. AUSÊNCIA DE SEGREGAÇÃO NO MOMENTO DA AQUISIÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO EM RENTABILIDADE LASTREADA POR LAUDO TARDIO. O ágio deve ser identificado no momento da aquisição do investimento, assim como sua fundamentação em rentabilidade futura deve ser demonstrada por meio de elementos que tenham se prestado à decisão de adquirir o investimento. Laudo emitido depois da incorporação da investida e do início da amortização do ágio não se presta a atribuir fundamento econômico ao ágio, mormente se adota critérios que põe em dúvida a justificativa assim apresentada.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. O não-recolhimento de estimativas sujeita a pessoa jurídica à multa de ofício isolada, ainda que encerrado o ano-calendário. CUMULAÇÃO COM MULTA DE OFÍCIO. COMPATIBILIDADE. É compatível com a multa

isolada a exigência da multa de ofício relativa ao tributo apurado ao final do ano-calendário, por caracterizarem penalidades distintas.

DECADÊNCIA. Regular a exigência formalizada antes de transcorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, o qual, na apuração anual, somente se perfaz ao final do ano-calendário. Os recolhimentos antecipados configuram apenas obrigação acessória imposta àqueles que optam pela apuração anual e não decorrem de fatos geradores autônomos.

JUROS DE MORA. A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula CARF nº 4).

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa SELIC.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em: 1) relativamente à glosa de amortização de ágio pago na aquisição de PRODEMAQ, por voto de qualidade, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário, votando pelas conclusões o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado e divergindo os Conselheiros Benedicto Celso Benício Junior, Marcos Vinícius Barros Ottoni e Antônio Lisboa Cardoso, que davam provimento ao recurso; 2) relativamente à glosa de amortização de ágio pago na aquisição de ITW-Canguru, por voto de qualidade, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, divergindo os Conselheiros Benedicto Celso Benício Junior, Marcos Vinícius Barros Ottoni e Antônio Lisboa Cardoso, que davam provimento ao recurso; 3) relativamente à exigência concomitante de multa de ofício e multa isolada, por voto de qualidade, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário divergindo os Conselheiros Benedicto Celso Benício Junior, Marcos Vinícius Barros Ottoni e Antônio Lisboa Cardoso, que davam provimento ao recurso; 4) relativamente à arguição de decadência, por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário; 5) relativamente ao cálculo dos juros de mora com base na taxa SELIC, por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário; 6) relativamente à aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício, por voto de qualidade, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário divergindo os Conselheiros Benedicto Celso Benício Junior, Marcos Vinícius Barros Ottoni e Antônio Lisboa Cardoso, que davam provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Fez declaração de voto o Conselheiro Marcos Vinícius Barros Ottoni.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Relatora e Presidente em exercício

Processo nº 10830.725800/2011-89
Acórdão n.º **1101-001.113**

S1-C1T1
Fl. 4

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa (presidente em exercício), Luiz Tadeu Matosinho Machado, Benedicto Celso Benício Júnior, José Sérgio Gomes, Marcos Vinícius Barros Ottoni e Antônio Lisboa Cardoso.

CÓPIA

Relatório

CCL LABEL DO BRASIL S/A, já qualificada nos autos, recorre de decisão proferida pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Campinas/SP que, por unanimidade de votos, julgou IMPROCEDENTE a impugnação interposta contra lançamento formalizado em 28/12/2011, exigindo crédito tributário no valor total de R\$ 83.173.517,88.

No Termo de Verificação Fiscal de fls. 46/164, a autoridade lançadora discorre sobre a auditoria promovida nas operações do Grupo CCL no Brasil, relativamente aos anos-calendário 2006 a 2010. Inicialmente registra que o grupo é capitaneado pela holding CCL Industries Inc, relata as intimações lavradas e as respostas obtidas durante o procedimento fiscal, e na sequência passa ao histórico societário do Grupo CCL no Brasil, assim qualificando as partes envolvidas:

- *CCL LABEL DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA, sociedade empresária limitada, com sede na Cidade de Valinhos/SP, inscrita no CNPJ/MF sob nº 07.691.457/0001-39, doravante denominada como "CCL PAR";*
- *CCL INDUSTRIES INC. (CCL INTERNACIONAL INC), sociedade organizada e existente de acordo com as leis do Canadá, com sede em 105 Gordon Baker Road, Suíte 800, Willowdale, Ontário, Canadá M2H 3P8, doravante denominada "CCL INDUSTRIES". Está cadastrada na RFB/Brasil com CNPJ/MF 07.740.424/0001-31;*
- *CCL LABEL DO BRASIL RÓTULOS ADESIVOS S/A, sociedade empresária, com sede na Rodovia Miguel Melhado Campos, s/n, KM 79, Bairro Santa Cândida, Cidade de Vinhedo/SP, inscrita no CNPJ/MF 07.593.518/0001-25, doravante denominada como "CCL LABEL BRASIL";*
- *CCL LABEL DO BRASIL S/A, sociedade empresária, com sede na Rodovia Miguel Melhado Campos, s/n, KM 79, Bairro Santa Cândida, Cidade de Vinhedo/SP, inscrita no CNPJ/MF 07.593.518/0001-25, doravante denominada como "CCL LABEL BRASIL";*
- *PRODESMAQ INDUSTRIA DE EMBALAGENS S/A, sociedade empresária, com sede na Rodovia Miguel Melhado Campos, s/n, KM 79, Bairro Santa Cândida, Cidade de Vinhedo/SP, inscrita no CNPJ/MF 07.593.518/0001-25, doravante denominada "PRODESMAQ S/A";*
- *PRODESMAQ INDUSTRIA GRÁFICA LTDA, sociedade empresária, com sede na Rodovia Miguel Melhado Campos, s/n, KM 79, Bairro Santa Cândida, Cidade de Vinhedo/SP, inscrita no CNPJ/MF 55.209.019/0001-34, doravante denominada "PRODESMAQ LTDA";*
- *CCL LABEL RÓTULOS LTDA (ITW-CANGURU Rótulos Ltda), sociedade empresária, com sede na Cidade de Criciúma, estado de Santa Catarina, na Rua Antonio Dare, 480, CNPJ 01.900.693/001-31, doravante denominada "CCL RÓTULOS";*

- *ITW-CANGURU RÓTULOS LTDA; sociedade empresária, com sede em Criciúma/SC, CNPJ 01.900.693/0001-31, doravante denominada "ITW CANGURU";*
- *Família Jocionis - Membros (cinco) da Família que possuíam a propriedade e o controle integral das empresas PRODESMAQ LTDA e S/A, doravante denominada "FAMILIA PROPRIETÁRIA";*
- *UNIÃO DE CAPITAIS E PARTICIPAÇÕES S/A, sociedade empresária com sede na Rua Tomé de Sousa, 60, Cidade de São Bernardo do Campo/SP, inscrita no CNPJ/MF 07.637.154/0001-38, doravante denominada "UNIÃO";*

Antecipa que as exclusões das despesas na apuração do Lucro Real, tendo por natureza um "ágio amortizável", escriturado e lançado pelo fiscalizado, nos anos calendário sob fiscalização, são decorrentes de alterações contratuais que tiveram por finalidade criar uma situação societária que possibilitasse o aproveitamento dos benefícios fiscais previstos na legislação tributária, em particular nos artigos 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99, aprovado pelo Decreto 3.000/99. Observa que o espaçamento de tempo entre os vários procedimentos societários revela um planejamento minucioso efetuado com a finalidade única de dar credibilidade a práticas que individualmente poderiam não contrapor, aparentemente, o ordenamento jurídico, mas que, se analisadas em conjunto, demonstram a tentativa em se inserir indevidamente em um contexto societário ao qual são conferidos os benefícios fiscais pleiteados.

Relata, então, que CCL INDUSTRIES, para adentrar no mercado brasileiro, optou pela aquisição de PRODESMAQ LTDA, e uma vez firmada intenção de compra e venda, seguiu-se a lapidação do patrimônio desta, sua transformação em sociedade anônima, e a aquisição mediante um "Planejamento Tributário", simulando através de atos e negócios jurídicos concatenados (Integralização de capital, Incorporação, Cisão, Alteração de Denominação), abusando das formas do direito, para se chegar no mesmo fim querido. Isto em razão de um objetivo claro, que foi a redução do valor de aquisição, pois se construiu uma "Despesa dedutível do Lucro Real Anual" (cuja natureza foi a 'incorporação' de um Ágio sobre o Investimento), na proporção de 1/60 (um sessenta avos) mensais.

Para tanto, foi constituída a “empresa veículo” CCL PAR, controlada por CCL INDUSTRIES, e com duração de 5 (cinco) dias (entre 09 e 13/01/2006), pois embora criada em 2005, ela permaneceu sem movimento, até a integralização de seu capital em 09/01/2006 pelo valor de R\$ 125.930.789,20, registro que juntamente com aqueles referentes à aquisição de investimento com ágio, compõem os 7 (sete) lançamentos contábeis escriturados naquele período. A autoridade fiscal reproduz os lançamentos de aquisição do investimento e observa:

Data	Lanç	Conta	Descrição	Valor.....
11	0004	13101004543	VR. INVESTIMENTO NA INCORPORADORA CCL LABEL DO BRASIL RÓTULOS ADESIVOS S/A	126.732.502,38

Data	Lanç	Conta	Descrição	Valor.....
11	0005	1310100455	VR. ÁGIO S/ INVESTIMENTO DE PARTICIPAÇÃO NA INCORPORADORA CCL LABEL DO BRASIL RÓTULOS ADESIVOS S/A	88.388.887,82

109. Pode se extrair destes lançamentos, duas informações de extrema importância: (i) já se tinha pré-estabelecido que a "CCL PAR" seria incorporada pela Investida, que neste momento tinha denominação social de PRODESMAQ INDUSTRIA DE EMBALAGENS S/A e (ii) já se tinha pré-estabelecido que a Investida "PRODESMAQ S/A" teria alteração de sua denominação social para CCL LABEL DO BRASIL RÓTULOS ADESIVOS S/A. Esta operação de mudança de denominação somente ocorreu na Assembléia de 31 de janeiro de 2006 (Processo de Cisão da "PRODESMAQ S/A" e conseqüente nascimento da CCL LABEL RÓTULOS ADESIVOS S/A - "CCL LABEL BRASIL");

110. Apesar da escrituração contábil já ter relatado a futura incorporação da "CCL PAR" pela "CCL LABEL BRASIL" em 11 de janeiro de 2006, o processo propriamente dito somente ocorreu em 01 de julho de 2006;

A Fiscalização afirma que CCL PAR permaneceu sem movimento até junho/2006, e o único produto gerado/produzido por ela foi o ágio antes referido, cujo fundamento econômico, aliás, não foi discriminado no lançamento contábil que o constituiu. Inferindo a partir da inexistência de despesas contabilizadas a inexistência de sede, de empregados, de contratação de serviços externos, de diretoria, e de receitas auferidas, a autoridade fiscal conclui que a "empresa" nunca existiu na substância, conteúdo econômico, resumindo-se a 3 (três) Atas de Assembléias e 7 (sete) lançamentos contábeis, e tendo como único objetivo, propósito primordial de servir de "transportadora" de um ágio em determinada operação, vislumbrando a transformação de um bem lícito (sobre-preço) em um bem ilícito (despesa dedutível do Lucro Real).

Reportando-se ao Contrato de Investimento, Associação e outras Avenças, firmado em 11/01/2006 entre a FAMÍLIA PROPRIETÁRIA e CCL INDUSTRIES, a autoridade fiscal assevera que naquele momento se concretizou a alienação de PRODESMAQ S/A ao grupo CCL INDUSTRIES, mediante pagamento do preço e recebimento do bem adquirido. Assim, os demais negócios formalizados estariam sem "propósito negocial" intrínseco, na forma de doutrina citada.

Acrescenta que o Relatório de Avaliação Econômico-Financeira de PRODESMAQ S/A somente foi confeccionado em agosto/2006 e entregue à direção da CCL INDUSTRIES em 10/08/2006, ao passo que a aquisição de verificou em janeiro/2006. Entende, assim, que:

160. Com isto, pode se inferir que o pagamento do sobre-preço, ágio sobre o investimento, foi mais uma "intuição empresarial" dos Dirigentes do Grupo CCL INDUSTRIES INC, do que, porventura, pudesse ter como base os dados econômico-científicos deste Relatório de Avaliação;

161. Pode-se inferir que o sobre-preço foi um "feeling" (associado ao planejamento estratégico) da Alta Administração do Grupo sobre o quanto "mais-valia" a "PRODESMAQ S/A", relacionando todo o contexto que envolvia esta empresa em relação ao Grupo CCL INDUSTRIES INC: (i) estratégia de liderança no mercado global de rótulos adesivos, (ii) posicionamento estratégico no mercado doméstico e global (market share), (iii) ativos tangíveis, tais como prédios, instalações, outros em excelentes condições, (iv) ativos intangíveis, tais como corpo funcional, domínio industrial, domínio tecnológico, processos de qualidade internacional, (v) sinergia global e coincidente de Clientes e Fornecedores, (vi) penetração no mercado ainda não explorado pelo Grupo CCL INDUSTRIES INC (América do Sul e Latina), entre outros;

Observa que as conversações para a geração do Relatório de Avaliação ocorreram entre a Consultoria "ERNST & YOUNG" e a CCL INDUSTRIES, e quanto ao seu conteúdo observa que:

- PRODESMAQ S/A foi constituída em 31/08/2005 mediante cisão com versão de ativos de Prodesmaq Indústria Gráfica Ltda, de modo que a projeção a partir de receita bruta de 2005 corresponderia a uma extrapolação matemática a partir de 3 meses para todo o ano.
- A taxa de desconto adotada foi obtida a partir de dados do mercado norte-americano para evitar distorções, e em consequência o custo de financiamento por meio do patrimônio líquido exigiu o acréscimo do "risco país";
- O fluxo de caixa descontado não se presta a medir a rentabilidade futura do investimento porque utiliza o fluxo de caixa líquido ao invés do lucro da empresa, mediante confronto entre receitas e despesas, consoante doutrina que transcreve;
- É improvável que a empresa apresentasse um retorno de 80% de seu capital social investido em apenas um ano de operação, e se assim fosse ela não teria sido alienada.
- Será que uma empresa que recebeu bens que já vinham sendo utilizados não possuía ativos (tangíveis e intangíveis) subvalorizados, ou mesmo não valorizados, que fundamentariam o pagamento de ágio?

Conclui, assim, que o Relatório de Avaliação Econômico-Financeira aparenta ser um *trabalho científico*, a partir de premissas discutíveis, para alcançar o valor da empresa na data de sua aquisição, apresentando-se frágil para acreditar-se no fundamento exclusivo do ágio em rentabilidade futura, desprezando o ágio pago pelos ativos tangíveis e intangíveis na negociação. Assim, com ajustes das premissas, poderia apenas revelar uma parte do ágio passível de amortização segundo a legislação tributária.

Retomando o negócio jurídico realizado, afirma que ele se destinou a *encobrir um Negócio de fato que se resume na Aquisição de uma empresa brasileira por uma Empresa estrangeira de atuação global*, com vistas a criar uma despesa dedutível na apuração do lucro. Reiterando os aspectos antes descritos, assevera que, *haja vista que quem de fato faz a aquisição da "PRODESMAQ S/A", é a matriz canadense "CCL INDUSTRIES", o sobre-preço (ágio) pago na operação de aquisição da "PRODESMAQ S/A" deveria constar no Ativo daquela empresa*. Conclui, assim, que *o único objetivo buscado neste processo, neste "planejamento", foi a criação e transferência do Ágio, de tal modo a amortizá-lo, como Despesa dedutível do Lucro Real, tendo como consequência a redução diferida, no prazo de 05 anos, do valor pago pela aquisição;*

Complementa que as partes se valeram de *artifícios, de forma ardisosa, onde se impera o excesso de forma ou abuso de direito, para através de operações de Integralização, Incorporações e Cisões, tentarem evitar a devida tributação, ou mesmo criarem ativos que reduzirão a base tributável do Imposto de Renda e reflexos de exercícios futuros*. Aborda a verdadeira intenção das partes e os negócios intermediários realizados, classificando-os de *meras figuras de direito, sem nenhum propósito negocial*.

Demonstra as amortizações escrituradas a partir da incorporação de CCL PAR por CCL LABEL BRASIL (julho/2006), associadas à realização da provisão para perdas de mesmo valor, mas com saldo credor. Observa que em 5 (cinco) anos as contas patrimoniais foram exauridas, sem reflexo no resultado do exercício, mas associadas a exclusões de mesmo valor na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, a título de reversão do saldo de provisões indedutíveis. Finaliza reportando-se aos demonstrativos anexos dos valores que reduziram indevidamente as base tributáveis.

Mais à frente, a autoridade fiscal assevera que não foi atendido o disposto no art. 386, inciso III do RIR/99, invoca o conceito de simulação contido no art. 167 do Código Civil e doutrina acerca do tema, e classifica de indevidas as exclusões de ágio promovidas pela contribuinte, imputando ao crédito tributário daí resultante multa qualificada no percentual de 150%, *haja vista as ações superficiais perpetradas pela fiscalizada, dissimulando dolosamente o negócio jurídico realizado*. Estariam, assim, *caracterizados os atos jurídicos praticados pelo fiscalizado, como atos em que se objetiva impedir a ocorrência do Fato Gerador da Obrigação Tributária, ou que fosse mais brando, o não conhecimento da ocorrência do Fato Gerador*.

A autoridade fiscal também questiona as amortizações de ágio decorrente da aquisição de ITW-Canguru Rótulos Ltda (CCL RÓTULOS). Observa que a autuada adquiriu tal participação societária em 26/01/2007 e incorporou a investida em 30/04/2007, mas não houve segregação do ágio pago na aquisição do investimento, e por consequência não foi indicado seu fundamento econômico. Somente em julho/2007 foi confeccionado Relatório de Avaliação Econômico-Financeira da investida, com deficiências técnicas semelhantes às descritas no caso anterior, e assim não se mostrando *suficiente para se determinar o valor do "Ágio com base no valor da rentabilidade, com previsão nos exercícios futuros" (rentabilidade futura) de forma a torná-lo dedutível na apuração do IRPJ*.

Reportando-se a demonstrativos anexos, a Fiscalização demonstra que o saldo remanescente após a incorporação da investida, no valor de R\$ 7.128.264,09, foi amortizado contabilmente a partir de maio/2007, afetando as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL até o último período fiscalizado (dezembro/2010). Discorrendo sobre os requisitos contábeis e fiscais para registro e amortização do ágio, a autoridade fiscal conclui pela

necessidade de adição dos valores que *não contenham os ingredientes de dedutibilidade*, circunstância nas quais *as despesas com a amortização de ágio são consideradas desnecessárias à manutenção das atividades da empresa, não tendo o amparo legal dos ditames previstos do artigo 324 ao 327 do RIR/99*.

Subsidiariamente, invoca o disposto no art. 111 do CTN por vislumbrar a amortização de ágio como um benefício fiscal conferido aos contribuintes, bem como reporta-se ao Pronunciamento Técnico CPC 04 para asseverar que *a negociação para a compra das empresas "PRODESMAC S/A" e "ITW-CANGURU", consubstancia-se pelo interesse da compradora por ATIVOS TANGÍVEIS E INTANGÍVEIS, pertencentes originalmente às empresas supra-relacionadas, de modo que a Rentabilidade futura das empresas foi uma REALIDADE CRIADA ficticiamente*. Ressalta, ainda, que o ágio pago por *Fundo de Comércio – Intangíveis* não é dedutível na apuração do lucro tributável, e reporta-se aos motivos que determinam seu pagamento (mão de obra especializada, rede de clientes e fornecedores, localização geográfica, alvarás de funcionamento, capital intelectual, certificações, e outros componentes) para afirmar que *o Fundo de Comércio foi fator relevante e decisivo para o pagamento do ágio na aquisição das empresas "PRODESMAC S/A" e "ITW-CANGURU" pelo grupo "CCL INDUSTRIES"*. Cogita, ainda, que *o sobre-preço também foi pago devido a valores subavaliados do ativo tangível, adquirido a valores contábeis*, reportando-se ao percentual de depreciação dos bens ativados, a evidenciar sua subavaliação.

Conclui, assim, pela indedutibilidade, também, das amortizações de ágio vinculadas à aquisição da empresa ITW-CANGURU, promovendo a recomposição das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL nos anos-calendário 2007 a 2010, mas com imputação de multa no percentual de 75%.

Nos anos-calendário 2008 e 2009 a autoridade fiscal também apurou falta de recolhimento de estimativas, mediante recomposição dos balancetes de suspensão/redução levantados pela contribuinte mensalmente, ajustando-os em razão das amortizações de ágio questionadas, e exigindo multa isolada no percentual de 50%, *conforme previsto na alínea "b" do Inciso II do art. 44 da Lei 9.430/96, com redação dada pelo art. 14 da Lei 11.488/2007*.

Impugnando a exigência, a contribuinte argüiu a decadência dos tributos correspondentes aos fatos geradores mensais de julho a novembro/2006 e, no mérito, discordou dos requisitos vislumbrados pela Fiscalização na legislação que rege a dedutibilidade da amortização do ágio. Discorreu sobre os procedimentos que resultaram na aquisição de CCL LABEL por CCL PAR e incorporação desta por aquela, bem como na aquisição e incorporação de ITW-Canguru por CCL LABEL BRASIL, os quais tornaram possível a amortização para fins fiscais. Argumentou que o valor das expectativas de rentabilidade futura de tais investimentos foram calculadas internamente, mas para que não restassem dúvidas acerca da qualidade destes cálculos, foi solicitado à Ernst & Young Assessoria Empresarial Ltda a confirmação das projeções, de modo que o fundamento do ágio pago está devidamente documentado. Invocou julgados deste Conselho em favor da amortização fiscal do ágio em operações com a intervenção de sociedade *holding*, e prosseguiu defendendo que houve a combinação do ágio pago na aquisição de PRODESMAC com o patrimônio da sociedade investida, inexistindo qualquer prejuízo ao Fisco ou obtenção de vantagem fiscal indevida. Afirmou inexistir simulação, artificialidade ou abuso de direito, e defendeu que ante o porte do grupo empresarial, com ações negociadas em bolsa de valores, não poderia sequer iniciar negociações com os vendedores sem ter suporte em estudos de viabilidade econômica financeira do investimento. Discordou das *supostas "fragilidades" dos laudos de avaliação*, e

da oposição à apuração de rentabilidade futura com base em projeções de fluxo de caixa, citando doutrina e julgados administrativos em favor de seu entendimento. Defendeu inexistir fraude, e questionou a dupla cobrança de multa, mormente tendo em conta a exigência de multa isolada depois do encerramento do ano-calendário. Discordou da aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício, e do cálculo dos juros de mora acima do limite previsto no art. 161, §1º do CTN.

A Turma julgadora rejeitou estes argumentos em acórdão assim ementado:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

Prova.

No âmbito do Processo Administrativo Fiscal a prova documental deve ser apresentada no momento da impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual, a menos que demonstrado, justificadamente, o preenchimento de um dos requisitos constantes do art. 16, § 4º, do Decreto nº 70.235, de 1972, o que não se logrou atender neste caso.

Tributação Reflexa. CSLL.

Lavrado o Auto principal, devem também ser lavrados os Autos reflexos, nos termos do art. 142, parágrafo único do CTN (lei nº 5.172/66), devendo estes seguir a mesma orientação decisória daquele do qual decorrem.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

Decadência. Lançamento por Homologação.

Na ausência de pagamento antecipado, bem como nos casos comprovados de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial de 5 anos, prevista no art. 150, § 4º, do CTN, desloca-se para a regra geral, prevista no art. 173, I, do mesmo diploma legal.

Decadência. Multa de Lançamento de Ofício Isolada.

A exigência de penalidade isolada constitui justamente a hipótese de lançamento de ofício, a ela se aplicando, portanto, o prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I, do CTN.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

Amortização de Ágio.

A amortização do ágio pago só se justifica, para fins fiscais, quando este tem por fundamento a expectativa de rentabilidade futura (projeções de resultado), que deve ser demonstrada ao tempo do pagamento do ágio e de sua escrituração, requisitos os quais não se logrou comprovar, no presente caso.

Ante a inexistência de qualquer evidência de a aquisição ter sido motivada pela rentabilidade futura, válida a conclusão fiscal que toma por referência as circunstâncias materiais presentes na contabilidade e na conduta da contribuinte no processo de aquisição, dando ênfase à criação do ágio em razão dos ativos subavaliados.

Multa Isolada. Falta/Insuficiência do Recolhimento de Estimativas.

Constatada a falta/insuficiência do recolhimento das estimativas devidas, correta é a exigência da multa isolada sobre a parcela inadimplida.

Multa de Lançamento de Ofício Qualificada.

A caracterização de atos simulados, que visaram justificar o ágio pago sob fundamento da expectativa de rentabilidade futura, quando evidenciada a sua geração pela mais valia de ativos subavaliados, autoriza, além da glosa fiscal da referida despesa, a qualificação da penalidade aplicada.

Multa de Lançamento de Ofício. Incidência de Juros de Mora.

Sobre a multa por lançamento de ofício não paga no vencimento incidem juros de mora.

Juros de Mora.

O crédito tributário não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta. No tocante à taxa Selic, a utilização desta como juros de mora está fundamentada por expressa determinação legal.

Inconstitucionalidade. Instâncias Administrativas. Competência.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade, restringindo-se a instância administrativa ao exame da validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do fisco.

Cientificada da decisão de primeira instância em 13/06/2012 (fl. 1948/1949), a contribuinte interpôs recurso voluntário, tempestivamente, em 06/07/2012 (fls. 1951/2012).

Inicia sua defesa afirmando que o ingresso do grupo CCL no mercado brasileiro foi realizado de forma legítima e em completo atendimento à legislação brasileira, e na sequência discorre sobre o processo de aquisição de PRODESMAQ, bem como de ITW-CANGURU, para concluir que, com as incorporações posteriormente implementadas, os ágios, devidamente justificados com base em expectativa de rentabilidade futura, tornaram-se passíveis de amortização para fins fiscais. Acrescenta que tal fundamento está confirmado por laudos de avaliação emitidos, pouco após e no mesmo exercício em que as aquisições foram feitas, por empresa especializada, evidenciando o atendimento a todos os requisitos para as amortizações fiscais.

Depois de discorrer sobre a acusação fiscal e a decisão de 1ª instância, a recorrente reafirma a decadência dos valores pertinentes a fatos geradores mensais de julho a novembro/2006, invocando a aplicação do art. 150, §4º do CTN em face de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, na medida em que não houve dolo, fraude ou simulação, e os fatos geradores mensais estão evidenciados pela possibilidade de aplicação de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas.

Observa que o vício de vontade apontado pela Fiscalização para questionar a legitimidade do ágio pago na aquisição de PRODESMAQ foi apenas tangenciado na decisão recorrida, na qual se afirmou ter ocorrido simulação na operação de aquisição societária, mas isto em razão da fundamentação econômica do ágio com base em expectativa de rentabilidade futura, em detrimento à fundamentação que leva em consideração a mais valia dos ativos da sociedade adquirida. Entende, assim, que não se trataria de discutir abuso de direito, simulação, falta de propósito negocial e vício de vontade no reconhecimento de ágio na aquisição de participação societária realizada por empresa veículo, como acusou a Fiscalização na aquisição de PRODESMAQ.

Apresenta, então, suas razões para discordar dos argumentos da decisão recorrida contra a fundamentação do ágio em perspectiva de rentabilidade futura e contra o fato de os demonstrativos não serem “contemporâneos à aquisição”. Reafirma as aquisições com ágio, o seu reconhecimento contábil e a sua justificação em rentabilidade futura, seguindo-se reorganizações societárias que resultaram na combinação dos ágios pagos com os lucros das sociedades objeto das aquisições. E diz que o ágio pago na aquisição de PRODESMAQ *foi primeiramente calculado em estudos econômicos financeiros preparados internamente pelo grupo CCL* e depois confirmados por “E&Y”, ao passo que o ágio pago na aquisição de ITW-CANGURU *encontra-se devidamente suportado pela expectativa de rentabilidade futura de tal sociedade, conforme atesta laudo de avaliação preparado pela E&Y para tal fim*. Frisa, ainda, que todos os atos realizados foram devidamente documentados e objeto de registro perante as autoridades competentes.

Defende que a legitimidade da amortização fiscal do ágio está condicionada à confirmação dos seguintes aspectos: *(i) o grupo CCL adquiriu, por meio da CCL PAR, participação societária na PRODESMAQ? (ii) essa participação societária foi adquirida com ágio? (iii) o ágio está fundamentado com base na expectativa de rentabilidade futura da PRODESMAQ? (iv) houve a combinação dos ágios relativos à aquisição dos investimentos com os lucros das sociedades objeto das aquisições? (v) o ágio relativo à aquisição da ITW-CANGURU pelo grupo CCL está fundamentado com base na expectativa de rentabilidade futura da ITW-CANGURU? (vi) a Requerente tinha o direito de, após as incorporações da CCL PAR e da ITW-Canguru, amortizar o ágio gerado na sua aquisição e na aquisição da ITW-CANGURU pelo grupo CCL?; e (vii) o processo de aquisição e reestruturação societária envolvendo o investimento na PRODESMAQ foi legítimo e lícito, sem incorrer em artificialidade, abuso de direito ou simulação?* E afirma que todas estas perguntas têm respostas positivas.

Todavia, *tendo em vista a relevância conferida e os contorcionismos empregados pela D. Fiscalização e, principalmente, pelas DD. Autoridades Julgadoras para retirar a legitimidade da fundamentação econômica, com base em expectativas de rentabilidade futura, dos ágios pagos*, a recorrente inicialmente enfrenta tais questionamentos. Observa que a legislação exige “demonstração” do fundamento do ágio, arquivada como comprovante de sua escrituração, correspondente a *estudos econômico-financeiros preparados internamente pelo grupo CCL*, na medida em que o porte do Grupo CCL, inclusive com ações negociadas em bolsa de valores, não permitiria sequer *iniciar negociações com acionistas vendedores, sem que estivesse suportado por estudos de viabilidade econômico financeira da Recorrente*. Discorda, assim, das objeções opostas pela autoridade julgadora ao fato de os documentos terem sido produzidos em língua estrangeira, sem o correspondente registro, e fazerem menção a negócio de outra empresa (Valimpress), pois tais aspectos não são hábeis a desqualificar a idoneidade ou contemporaneidade da avaliação, até porque a legislação não estabelece forma ou critérios para elaboração deste demonstrativo.

Reafirma que o grupo está *sujeito a rígidos padrões éticos e de governança corporativa*, e invoca a presunção de idoneidade dos documentos apresentados até prova em contrário. Observa que a legislação não exige o registro do documento e que a menção ao negócio “Valimpress” está intrinsecamente relacionado ao investimento realizado, porque PRODESMAQ contava com ativos adquiridos daquela empresa, os quais afetariam sua rentabilidade futura. De toda sorte, estas projeções foram confirmadas pela consultoria contratada, assim como em relação ao investimento em ITW-CANGURU, sendo impróprias as objeções à contemporaneidade dos demonstrativos apresentados.

Entende, também, que a busca de uma empresa de consultoria para confirmação de seus estudos internos não os desqualificam, mas sim evidenciam sua diligência e boa-fé. Cita doutrina neste sentido e enfatiza que a legislação não faz *menção ao exato momento em que a fundamentação econômica do ágio deve ser cumprida pelo contribuinte*. Observa que a legislação autoriza a amortização fiscal ainda que o investimento não seja obrigatoriamente avaliado pelo valor de patrimônio líquido, hipótese em que o desdobramento do ágio/deságio não é obrigatório, assim como não é sua fundamentação, e mesmo assim, verificada a incorporação entre investida e investidora, a dedutibilidade da amortização será possível desde que a fundamentação esteja demonstrada. Ademais, considerando a complexidade das operações de compra e venda de empresas, não seria razoável condicionar a amortização fiscal do ágio ao arquivamento, no exato momento da aquisição, do comprovante de justificativa econômica do ágio.

Acrescenta que, no caso de o comprador e a adquirida adotarem critérios contábeis diferentes, serão necessários ajustes contábeis na investida, os quais poderão alterar o patrimônio líquido desta e o valor do ágio pago. Deste modo, *negar legitimidade ao ágio, sob a argumentação de que este não foi “cravado” no exato momento da aquisição, não é razoável e foge do espírito da legislação fiscal em vigor*. Assim sendo, e também porque não há qualquer prejuízo ao Fisco, é admissível que a fundamentação econômica do ágio seja arquivada após a aquisição, desde que no mesmo exercício em que se dá seu aproveitamento fiscal. E neste acaso *há laudos de avaliação preparados por avaliador independente, de primeira linha, que justificam referidos ágios com base nos resultados futuros das companhias adquiridas*.

Prossegue abordando os questionamentos fiscais acerca da lisura dos laudos de avaliação econômica, novamente afirmando que a aquisição de PRODESMAQ não poderia ser iniciada sem estudos de viabilidade econômica financeira, assim discordando da afirmação de que o preço teria sido pago *com base em “feeling”/intuição empresarial*. Reitera que os estudos foram confirmados por “E&Y” e, quanto à mencionada “extrapolação matemática” a partir de 3 meses de operação de PRODESMAQ em 2005, observa que esta resultou de cisão de parte substancial das atividades de PRODESMAQ GRÁFICA, aspecto suficiente para gerar informações para a projeção de resultados futuros. Ao invocar o postulado contábil da entidade, a Fiscalização teria extrapolado os limites da razoabilidade.

No que tange à *alegação de utilização de dados do mercado americano para a elaboração dos laudos*, complementa que as autoridades fiscais e julgadoras *não possuem competência técnica para disputar as conclusões trazidas pela E&Y em referidos documentos*, e aborda a *metodologia financeira para a determinação do custo de capital*, a qual seria *largamente utilizada em avaliações financeiras*. Aduz, também, que a isenção da “E&Y”, como terceiro independente, não pode ser questionada *pelo simples fato de ter havido discussões entre ela e a administração do grupo CCL acerca das premissas e dados referentes aos negócios avaliados*, pois se trata de prática comum, que não exime a responsabilidade do avaliador por suas conclusões. Ademais, é contraditória esta afirmação de falta de isenção e a alegação de que a o grupo CCL não disporia de estudos internos à época da aquisição das investidas. Cita doutrina em favor de seu entendimento.

Defende ser *notório o emprego da metodologia de desconto de fluxos de caixa projetados para os fins de avaliação econômico-financeira de companhias com base em suas expectativas de rentabilidade futura*, e que a consultoria contratada afirma ser este o método *que mais apropriadamente traduz o valor econômico de um empreendimento*. Acrescenta que a legislação não define o que deve ser entendido por “previsão de resultados

nos exercícios futuros”, expressão que comporta diversas definições no âmbito financeiro. Transcreve excertos de acórdãos deste Conselho em favor daquela metodologia para aferição de expectativa de rentabilidade do negócio adquirido.

Quanto à alegação de *que a fundamentação econômica do ágio teria desconsiderado a mais valia de ativos e de intangíveis, incluindo o fundo de comércio das sociedades adquiridas*, observa que a Fiscalização apenas faz suposições de subavaliação dos valores contábeis dos ativos tangíveis das investidas, e da existência de intangíveis e de fundo de comércio. Ademais, as autoridades julgadoras tentam se valer de mudanças posteriores das regras contábeis brasileiras para justificar seu entendimento, as quais devem ser desconsideradas também porque não produzem efeitos fiscais por força do Regime Tributário de Transição, inexistindo qualquer obrigatoriedade legal de justificar o ágio segundo uma ordem previamente definida. E, neste caso, a contribuinte elegeu como fundamentação econômica as expectativas de rentabilidade futura das companhias adquiridas, as quais compreenderiam valores referentes a intangíveis e fundo de comércio, como evidenciado em julgados deste Conselho, consoante excertos que reproduz, e em doutrina que cita.

Ademais, na medida em que a Fiscalização não identificou qual parcela deveria ser atribuída à mais valia de ativos, intangíveis, fundo de comércio e rentabilidade futura, deve ser respeitada a fundamentação adotada em observância à legislação fiscal em vigor. Reproduz excerto de julgado administrativo neste sentido.

Enfatiza, ainda, os julgados administrativos favoráveis à *amortização fiscal do ágio em operação em que (i) a participação adquirida com ágio foi contribuída em aumento de capital de sociedade holding; e (ii) a sociedade holding foi, ato subsequente, incorporada pela investida (objeto da aquisição com ágio)*. E destaca os requisitos fixados para amortização fiscal do ágio: efetivo pagamento do custo total de aquisição; realização das operações entre partes não ligadas e lisura na avaliação da empresa adquirida, evidenciando rentabilidade futura.

Prossegue afirmando a *inexistência de simulação, falta de substância econômica e propósito negocial, artificialidade, abuso de direito*, reiterando que as autoridades julgadoras apenas tangenciaram a *suposta existência de “vício de vontade” do grupo CCL em realizar os atos jurídicos praticados*, inclusive centrando a simulação na fundamentação econômica do ágio com base em expectativa de rentabilidade futura. Entende, assim, que *não se trataria de discutir abuso de direito, simulação, falta de propósito negocial e vício de vontade no reconhecimento de ágio na aquisição de participação societária realizada por empresa veículo*, como imputou a Fiscalização, mas apenas de *suposta simulação na fundamentação econômica do ágio na aquisição de PRODESMAQ*. E, sob esta ótica, argumenta que *não se pode imputar simulação à escolha feita, de forma legítima, pelo grupo CCL na fundamentação econômica do ágio pago na aquisição de participação societária*. Ademais, o grupo CCL adquiriu o negócio como um todo, ativos e passivos, e não apenas ativos da investida.

De toda sorte, defende que os vícios apontados pela Fiscalização não se verificaram no caso em exame, reportando-se a excertos de julgados favoráveis à amortização fiscal do ágio em operações de reorganização societárias envolvendo empresas veículo, invocando as razões para o benefício fiscal concedido pela Lei nº 9.532/97, e afirmando atendido o requisito de *combinação do ágio com o patrimônio da sociedade investida*, mediante incorporação da CCL PAR pela PRODESMAQ.

Assevera que não se verificou prejuízo ao Fisco, na medida em que a própria Lei nº 9.532/97 induz os procedimentos adotados. *A vantagem fiscal de amortização está prevista na legislação e o pressuposto para o seu aproveitamento é que o ágio gerado seja legítimo, resultante de uma operação entre partes não vinculadas.* Sendo legítima a causa do negócio jurídico, *motivações fiscais posteriores à causa do negócio jurídico, com vistas a dar cumprimento à vantagem fiscal prevista na legislação também não são ilícitas, devendo ser plenamente respeitadas, como já exposto em julgado deste Conselho.*

Opõe-se à existência de simulação tendo em vista que *todos os atos relacionados à operação de aquisição da PRODESMAQ, bem como a reestruturação societária realizada pelo grupo CCL em relação ao seu investimento em referida sociedade terem sido devidamente divulgados, uma vez que todos os atos foram registrados nos órgãos competentes.* Não houve *intenção escondida ou falsa*, mas sim procedimentos em conformidade com a Lei nº 9.532/97, com vistas ao aproveitamento fiscal do ágio. Novamente transcreve excertos de julgado deste Conselho em favor de seu entendimento, invocando-se também para afirmar que inexistiria artificialidade ou abuso de direito tendo em conta a finalidade da Lei nº 9.532/97, a legitimidade do ágio oriundo de transação entre partes não vinculadas e a indução do procedimento adotado pela legislação fiscal.

Complementa que *ainda que se admitisse que o ágio em relação ao investimento na PRODESMAQ deveria ter sido reconhecido pela CCL INDUSTRIES, empresa controladora da CCL PAR, o que se faz meramente a título de argumentação, ainda assim referido ágio seria passível de amortização fiscal no Brasil, conforme expressamente reconhecido pelo CARF no CASO SANTANDER.*

Defende a validade de sua “opção fiscal” ao escolher comportamento menos oneroso que a aquisição do investimento pela empresa estrangeira, na medida em que a legislação oferece alternativas e até mesmo *induz o contribuinte a optar por uma determinada alternativa que lhe permita materializar as vantagens fiscais expressamente previstas na legislação fiscal em vigor.* Neste caso, não há abuso, mas apenas o exercício de um direito, na forma de doutrina que transcreve, na medida em que *o contribuinte não se aproveita de nenhuma lacuna da lei ou da construção de diversos dispositivos para se contornar uma regra proibitiva*, mas sim estrutura suas operações em conformidade com uma regra permissiva.

Opõe-se à qualificação da penalidade, por entendê-la restrita a casos extremos, nos quais se verifica *prática de ato lesivo a interesses de terceiros, com clara intenção de frustrar regras e deveres legais.* A aplicação da penalidade dependeria, assim, da *comprovação da intenção dolosa de mascarar ou disfarçar a ocorrência do fato gerador*, a qual não está presente porque a contribuinte examinou a legislação em vigor e concluiu pela regularidade de seu procedimento, implementando reorganização societária induzida pela legislação fiscal. Logo, não houve *intenção de “enganar” a D. Fiscalização ao apresentar uma estrutura que, na realidade, não era o que aparentava.* Cita jurisprudência neste sentido.

Por fim, reporta-se a jurisprudência contrária à aplicação concomitante de multa de ofício e multa isolada, bem como à sua exigência depois do encerramento do ano-base; discorda da aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício, bem como do cálculo dos juros de mora com base na taxa SELIC. E encerra estendendo à CSLL os mesmos argumentos apresentados para afastar as exigências de IRPJ.

Às fls. 2142/2179 constam memoriais da Procuradoria da Fazenda Nacional, nos quais se destaca que o verdadeiro adquirente de PRODESMAQ é CCL INDUSTRIES, e

que não houve desdobramento do ágio na contabilização da aquisição de investimento em ITW-CANGURU. Observa-se que os laudos são posteriores à aquisição dos investimentos e não autorizam a fundamentação dos ágios exclusivamente em rentabilidade futura, e que houve a utilização de empresa veículo na aquisição de PRODESMAQ. Defende-se, também, a aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício.

Os autos foram inicialmente sorteados para relatoria do Conselheiro Sérgio Luiz Bezerra Presta, em 08/11/2012, junto à 3ª Turma Ordinária desta 1ª Câmara. Depois de pautado a partir da sessão de dezembro/2012, a contribuinte apresentou memoriais (fls. 2190/2252), mas o processo foi retirado de pauta e, em 13/02/2014 submetido a novo sorteio para esta Conselheira. Em referidos memoriais aduziu razões complementares de defesa, destacando a publicidade da operação de aquisição de PRODESMAQ; o recolhimento de tributos pelos acionistas vendedores de PRODESMAQ; e a efetiva realização da rentabilidade futura das investidas.

Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

A recorrente argúi a decadência de parte do crédito tributário exigido, mas na medida em que houve imputação de multa qualificada, esta matéria não pode ser apreciada como preliminar.

Iniciando, assim, pelos questionamentos dirigidos à amortização do ágio verificado na aquisição de PRODESMAQ, como a própria recorrente aduz, o caso apresenta contornos semelhantes àqueles verificados no caso Santander, também apreciado por esta Turma Ordinária. De fato, a autoridade fiscal afirmou que o negócio jurídico em questão se destinou a *encobrir um Negócio de fato que se resume na Aquisição de uma empresa brasileira por uma Empresa estrangeira de atuação global*, com vistas a criar uma despesa dedutível na apuração do lucro. Asseverou, também, que, *haja vista que quem de fato faz a aquisição da "PRODESMAQ S/A", é a matriz canadense "CCL INDUSTRIES", o sobre-preço (ágio) pago na operação de aquisição da "PRODESMAQ S/A" deveria constar no Ativo daquela empresa. Conclui, assim, que o único objetivo buscado neste processo, neste "planejamento", foi a criação e transferência do Ágio, de tal modo a amortizá-lo, como Despesa dedutível do Lucro Real, tendo como consequência a redução diferida, no prazo de 05 anos, do valor pago pela aquisição;*

O contexto fático, portanto, guarda os mesmos contornos daquele assim apreciado por esta Conselheira, no voto condutor do Acórdão nº 1101-000.961:

As autoridades lançadoras, portanto, dentre outros aspectos, entendem que somente houve ágio pago na aquisição original do Banespa pelo Santander Hispano, de modo que o ágio deve integrar o patrimônio da sociedade espanhola. Destacam, inclusive, que o ágio lá permaneceu indiretamente, depois de todas as operações societárias realizadas. Asseveram, assim, que houve fraude para internalização do ágio aqui amortizado, justificando a glosa destas amortizações e a qualificação da penalidade.

Esta Relatora já se manifestou contrariamente a este tipo de operação, que busca superar os impedimentos práticos verificados no atendimento às condições legais para dedução, na apuração do IRPJ e da CSLL, da amortização do ágio antes da alienação do investimento.

Isto porque os efeitos das amortizações de ágio e deságio estão assim disciplinados no Decreto-lei nº 1.598/77:

Art. 23. [...]

Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

[...]

Art. 33 - O valor contábil, **para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido** (art. 20), será a **soma algébrica** dos seguintes valores:

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - **ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte**, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

§ 1º - Os valores de que tratam os itens II a IV serão corrigidos monetariamente.

§ 2º - Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda de capital por variação na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978). *(negrejou-se)*

Dessa forma, as amortizações de ágio e deságio deveriam ser adicionadas ou excluídas na apuração do lucro real, e controladas na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR, para posteriormente compor a apuração do ganho de capital na alienação ou liquidação do investimento. Mas, segundo a Lei nº 6.404/76:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

II - pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.

Nestes termos, por vislumbrar distinção entre a hipótese do inciso II do art. 219 da Lei nº 6.404/76 e de encerramento prevista no inciso I do mesmo dispositivo, esta hábil a ensejar a aplicação do disposto no art. 33 do Decreto-lei nº 1.598/77, o legislador assim fixou na sequência deste dispositivo:

Participação Extinta em Fusão, Incorporação ou Cisão

Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas:

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos;

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado.

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se:

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e

b) mantiver, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente.

§ 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional.

Nos casos em que a incorporação, fusão ou cisão ocorre em momento próximo à aquisição do investimento com ágio, o valor contábil do investimento é sempre superior ao acervo líquido contábil que substitui as quotas/ações extintas em razão da incorporação, fusão ou cisão, ensejando perda de capital. Para que esta perda fosse dedutível, em interpretação literal do texto, necessário seria que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão fosse avaliado a preços de mercado.

De outro lado, caso atendido este requisito, qualquer ágio apurado na aquisição de investimentos, quando esta fosse seguida de incorporação da investida, ensejaria perda dedutível. A exposição de motivos da Lei nº 9.532/97 expressa preocupação com circunstâncias semelhantes a esta, como a seguir transcrito:

O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas utilizando dos já referidos “planejamentos tributários”, vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em visto o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.

Neste contexto, as disposições da Lei nº 9.532/97 podem ser interpretadas como um instrumento para evitar a dedução do ágio apurado sem fundamento econômico, o qual deveria ser mantido em conta do ativo permanente, não sujeita a amortização, bem como uma forma de parcelar os efeitos tributários do ágio pago sob outros fundamentos:

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)

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

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)

IV - deverá amortizar o valor do deságio 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 durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

- a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
- b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do caput:

- a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;
- b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

No mesmo sentido manifesta-se Luís Eduardo Schoueri, na obra Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários), Dialética: São Paulo, 2012. Depois de reportar-se à doutrina que se posiciona em sentido contrário, diz o referido autor (p. 67):

Tal posicionamento não deixa de ser curioso. Afinal, se anteriormente o ágio era deduzido integralmente, a imposição de restrições não poderia ser considerada um incentivo. A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino esse instituto de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que forem acarretados efeitos econômico-tributários que o justificassem.

Realizada a incorporação, na escrituração comercial, o acervo líquido recebido pelo valor contábil anula o investimento correspondente, avaliado pela equivalência patrimonial, e remanesce no patrimônio da sociedade resultante apenas o ágio/deságio, classificado em Ativo Diferido, quando fundamentado em rentabilidade futura, para amortização no período pelo qual ela foi projetada. Com a edição da Lei nº 9.532/97 a amortização do ágio com este fundamento passa a ser dedutível, na apuração do lucro real, no mesmo momento em que registrada contabilmente, desde que observado o prazo mínimo de 5 (cinco) anos para amortização.

Quanto ao ágio fundamentado em ativos ou em outras razões econômicas, a doutrina contábil orienta em sentido semelhante ao da lei, pois no primeiro caso vincula seus efeitos no resultado à realização do ativo incorporado, e no segundo caso determina sua baixa imediata, por não ser possível associar seu pagamento a algum critério que permita dimensionar sua amortização.

Esta abordagem não autoriza a conclusão de que a Lei nº 9.532/97 tenha instituído um benefício fiscal. A regra expressa em seus artigos 7º e 8º, nos termos de sua exposição de motivos, prestou-se, em verdade, a evitar planejamentos tributários que viabilizassem a dedução de ágios, como perda de capital, qualquer que fosse seu fundamento.

Na sistemática vigente, a amortização do ágio realizada pela investidora permanece indedutível na apuração do lucro real, e somente gera efeitos na alienação ou liquidação do investimento. Já a amortização do ágio realizada após a extinção do investimento não precisa ser adicionada ao lucro real, desde que o ágio esteja fundamentado em rentabilidade futura e a amortização observe o limite temporal mínimo estabelecido pela legislação.

Contudo, é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável. Aqui, porém, ao término das operações, nada mudou, pois o Santander Hispano permaneceu com a mesma quantidade de ações e na mesma condição de controlador do Banespa.

Esta distorção, aliás, é reconhecida pela própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ao analisar a incorporação promovida por meio de uma sociedade veículo, assim expondo na Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349/2001, que alterou a redação da Instrução CVM nº 319/99:

A Instrução CVM nº 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.

Significa dizer que embora transferido o ágio par a empresa veículo, e na seqüência para a incorporadora desta, os efeitos econômicos do ágio originalmente contabilizado na controladora subsistem. Assim, a definição acerca do atendimento à finalidade dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 passa, primeiramente, pelo exame da validade da transferência do ágio originalmente contabilizado pela investidora para a Santander Holding, mediante subscrição de seu capital com o investimento por ela detido no Banespa.

Não se exige, aqui, uma lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital. Se não há vedação legal e os atos societários são realizados com observância dos requisitos formais, e têm por objeto ágio efetivo e pago, seria necessário disposição legal específica para se negar validade aos atos societários no âmbito tributário. Contudo, é necessário verificar se a incorporação entre a investida e esta empresa para a qual foi transferido o ágio atende aos requisitos legais para que a amortização deste afete o lucro tributável.

Recorde-se o que diz a Lei nº 9.532/97:

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)

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

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)

IV - deverá amortizar o valor do deságio 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 durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

[...]

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. (negrejou-se)

Claro está que as empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida. Em que pese a lei não vede a transferência consoante antes demonstrado, este procedimento não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora, diversamente do que cogita a lei.

Em tais condições, a amortização do ágio que passou a existir no patrimônio da investida (Banespa) somente poderia surtir efeitos na apuração do seu lucro real caso se verificasse a sua extinção, ou da investidora (Santander Hispano), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, por meio da qual o ágio subsistisse evidenciado apenas no patrimônio resultante desta operação, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Na medida em que tal não ocorreu, a dedutibilidade do ágio submete-se à regra geral exposta no Decreto-lei nº 1.598/77:

Art. 23. [...]

Parágrafo único - **Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição**, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

[...]

Art 33 - O valor contábil, **para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido** (art. 20), será a **soma algébrica** dos seguintes valores:

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - **ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte**, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

[...]

Pertinente citar, novamente, abordagem contida na obra Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários), antes referida. Nela, o autor Luís Eduardo Schoueri preliminarmente expõe o entendimento de que o ágio, para o investidor, é custo que deve ser considerado em caso de alienação do investimento. Os resultados auferidos com este investimento são reconhecidos, no patrimônio do investidor, como resultados da equivalência patrimonial, não sujeitos a tributação nesta ótica. Seguindo a mesma lógica, a amortização contábil do ágio por rentabilidade futura, por parte do investidor, também não deve afetar o lucro tributável.

Diante deste contexto, o autor reputa incabível afirmar que o ágio, ainda que fundamentado na rentabilidade futura, pode ser considerado realizado antes da incorporação de uma das pessoas jurídicas envolvidas (exceto se antes disso tiver ocorrido baixa da participação societária adquirida, quando, em regra o ágio será realizado) (Op. cit. p. 73). E complementa mais à frente: com a incorporação, alerte-se, já não há mais que falar em investimento nem em ágio. Ambas as figuras desaparecem (Op. cit. p. 74).

Entende o referido autor que a partir da incorporação, os lucros passam a ser tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de equivalência patrimonial, não tributável (Op. cit. p. 79). Aqui, porém, os lucros permanecem tributados na investida, que os reduz mediante amortização de ágio decorrente de investimento que subsiste no patrimônio da investidora original.

Caso a investidora fosse empresa nacional, a provisão determinada pela Instrução Normativa CVM nº 349/2001 impediria que a equivalência patrimonial refletisse no seu patrimônio apenas o valor líquido dos resultados, restabelecendo o reconhecimento bruto dos resultados da investida, sem os efeitos da amortização do ágio na investida, dado que a amortização do ágio se repetiria na investidora. A diferença está na redução da carga tributária da investida que esta manobra permite, em desrespeito ao previsto no art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Evidenciado, portanto, que não houve a extinção do investimento, inadmissível a amortização fiscal do ágio.

Importante destacar que o entendimento aqui firmado não pode ser comparado ao posicionamento desta Relatora expresso em declaração de voto no julgamento consubstanciado no Acórdão nº 1101-00.354, divergindo dos fundamentos do voto condutor de lavra do I. Conselheiro José Ricardo da Silva (caso Vivo):

Com a devida vênia, registro as razões de minha divergência quanto ao posicionamento do I. Relator, que acolheu os fundamentos adotados pela 5ª Turma da DRJ/Porto Alegre para exoneração parcial da exigência, bem como deu provimento ao recurso voluntário interposto pela contribuinte.

Como relatado, a Turma Julgadora restringiu as hipóteses de transferência de ágio aos casos de fusão, cisão ou incorporação envolvendo a investida e a investidora, e afastou tal hipótese no contexto presente nestes autos, no qual vislumbrou aquisição de investimento por realização de capital, em razão da qual surgiria novo ágio na nova investidora, ao passo que a antiga investidora deve baixar seu investimento (e respectivo ágio), apurando eventual ganho de capital.

Admitiu aquela Turma Julgadora que a entrega, à “Investidora”, de ações (ou quotas de capital) de emissão da “Nova Investida” representaria um “pagamento” desta em favor daquela, e sendo ele maior que o valor patrimonial da participação societária adquirida (referente à antiga “Investida”), seria possível o registro de ágio na aquisição de ações.

E transportando estes conceitos para o caso concreto, assim concluiu o I. Relator da DRJ/Porto Alegre:

Ora, foi esta a situação que ocorreu com a criação da empresa TULA Part. Ltda.. Com efeito, a empresa “Nova Investida” (TULA Part. Ltda.): (1) recebe ações da antiga “Investida” (Celular CRT Part.) e (2) entrega à

“Investidora” (TBS Celular Part. S/A) quotas de capital de sua própria emissão. No caso o valor “pago” pela “Nova Investida” – TULA Part. Ltda. (representado pelo valor de seu capital, entregue à “Investidora” – TBS Celular Part. S/A – na forma de quotas de capital de sua emissão) foi maior do que o valor patrimonial da participação societária adquirida (referente à antiga “Investida” – Celular CRT Part., entregue pela “Investidora” à empresa “Nova Investida” – TULA Part. Ltda.).

Assim, nos termos do art. 385 do Decreto 3.000, de 1999, cabe o registro de ágio na aquisição de ações, no patrimônio de TULA Part. Ltda. Por outro lado, há que ser baixado o investimento anteriormente mantido pela Investidora – TBS Celular Part. S/A – na Antiga Investida – Celular CRT Part. – podendo gerar um ganho de capital para a Investidora.

Dessa forma, depreende-se claramente que o ágio eventualmente existente na “Investidora” não é transferido para a “Nova Investida”, mas somente é baixado do ativo da “Investidora”, reduzindo o eventual ganho de capital a ser por ela auferido.

Isso denota que os vícios dos ágios anteriormente existentes em empresas do grupo não têm o condão de serem transferidos para o ágio surgido no patrimônio da TULA Part. S/A. Com efeito, esses vícios lograriam a existência de ganho de capital nas empresas que deram baixa de seus investimentos (e dos respectivos ágios). Entretanto, não foi esse o lançamento efetuado.

Todavia, como bem consignou o autuante nos demonstrativos anexos ao Relatório Fiscal, não houve ali ágio pago, ao qual pudesse ser associado o motivo expresso no laudo de rentabilidade futura apresentado pela empresa fiscalizada. E isto porque não houve terceiros envolvidos nesta operação, mas sim transferência da titularidade das ações entre empresas do mesmo grupo, sob controle comum.

O próprio procedimento adotado para esta transferência, e para aquelas que a antecederam, evidenciam que o ágio em questão, na verdade, formou-se quando da privatização dos serviços de telefonia, e foi sendo atribuído às empresas sucessoras/adquirentes pelo valor remanescente após as amortizações apropriadas nas empresas sucedidas/alienantes, enquanto estas eram titulares do investimento.

Ressalto que o Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações da FIECAFI (Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras, FEA/USP) elaborado por Sérgio de Iudicibus, Eliseu Martins e Ernesto Rubens Gelbcke (7ª Edição) é claro quanto à inexistência de ágio formado em operações de transferência como estas:

[...]

Logo, é necessária uma aquisição onerosa de terceiros para formação do ágio, exigência também expressa na legislação tributária:

Decreto-lei nº 1.598, de 30 de dezembro de 1977

[...]

Lei 9.532, de 10 de dezembro de 1997

[...]

É, portanto, o ágio pago na aquisição de investimentos que pode ser amortizado. Refere-se o art. 7º da Lei nº 9.532/97 ao ágio apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e este, por sua vez, trata do ágio formado entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição.

Assim, se houver uma efetiva aquisição, e o patrimônio líquido da adquirida se mostrar menor que o custo de aquisição do investimento surgirá o ágio passível de amortização com efeitos na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, desde que a pessoa jurídica detentora da participação societária adquirida com ágio incorpore a investida, ou vice-versa (art. 8º, alínea “b” da Lei nº 9.532/97).

Tal tema, inclusive, já foi apreciado por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, mas em situações mais gravosas, nas quais o ágio surge internamente, mediante reorganização societária envolvendo apenas empresas sob controle comum. Neste contexto, foram as seguintes as conclusões do I. Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães, expressas no Acórdão nº 1301-00.058 e acolhidas por unanimidade pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara desta 1ª Seção de Julgamento, em sessão de 13 de maio de 2009:

[...]

Aqui, porém, a autoridade lançadora entendeu que houve formação de ágio na criação da TBH S/A, cujo capital foi integralizado mediante conferência das ações (mantidas pelos antigos acionistas) da CRT, o qual não estava devidamente fundamentado em rentabilidade futura, a inviabilizar a dedução parcial dos valores contabilizados pela atuada.

No entanto, há evidências de formação de ágio na aquisição original da CRT por aqueles acionistas, aquisição esta que se deu em razão da privatização daquela empresa, cujo Edital estipularia preço inicial fundamentado em rentabilidade futura.

Assim, no suposto de que sejam verdadeiras estas alegações contidas em recurso voluntário – até porque sua confirmação não se justifica ante o resultado do julgamento favorável à atuada, pelas razões expostas pelo I. Relator José Ricardo da Silva – o ágio transferido até o momento em que se verificou o evento previsto no art. 7º da Lei nº 9.532/97 teria fundamento, sim, em rentabilidade futura, não havendo motivo para acolher o recurso de ofício decorrente da exoneração desta exigência.

Naquele caso, a acusação fiscal centrava-se na falta de comprovação do fundamento do ágio amortizado e, admitindo-se a transferência do ágio, vislumbrou-se a possibilidade de seu fundamento em rentabilidade futura estar evidenciado no momento da aquisição em processo de privatização, o que desconstituiria a acusação fiscal, vez que não opostas outras condições para dedutibilidade do ágio amortizado. Já no presente caso, a autoridade fiscal, apesar de também questionar o fundamento do ágio contabilizado, observou que requisitos preliminares impediram a repercussão de sua amortização na apuração do lucro real.

A autoridade lançadora demonstra no Termo de Verificação Fiscal, às fls. 395/398, que o investimento inicial de R\$ 9,6 bilhões feito pelo Santander Hispano, para aquisição do Banespa, permaneceu sob sua titularidade indireta, ao final representado por investimento na controlada Banco Santander S/A, que posteriormente incorporou o Banespa. Portanto, o requisito legal de extinção do investimento não se verificou, subsistindo ativas a investidora e a investida, e por consequência os valores representativos do ágio no patrimônio da sociedade espanhola.

Em tais condições, as amortizações promovidas pelas empresas brasileiras são indedutíveis porque não representam despesas próprias, mas sim despesas da adquirente original do investimento, que subsiste ativa. As operações societárias realizadas, visando internalizar o valor equivalente ao ágio pago pela empresa espanhola, e criar uma incorporação para supostamente atender ao requisito do art. 7º da Lei nº 9.532/97, revelam que a contribuinte buscou, apenas, uma vantagem tributária, sem alterar o controle societário da investida no Brasil.

Assim, resta comprovada a conduta contrária à lei, intencionalmente praticada pelo contribuinte, mas que no entender da Fiscalização seria, inclusive, hábil a justificar a qualificação da penalidade. Ocorre que, se de um lado não apenas as omissões de dados e informações constituem o dolo necessário para caracterização da fraude, verificando-se esta também quando o sujeito passivo constrói um cenário falso para aparentar a presença dos requisitos legais que autorizariam a dedução por ele pretendida, não é possível afirmar que a conduta da atuada, no presente caso,

tenha alcançado estes contornos. O grupo empresarial buscou usufruir do que entendia ser um benefício fiscal constituindo empresa veículo para, a partir dela, formalizar uma incorporação que não realizou o objetivo final da lei, qual seja, a união patrimonial entre investida e investidora. De outro lado, porém, o ágio efetivamente existiu e foi pago pela empresa espanhola ao Estado Brasileiro, em procedimento licitatório, apenas não se verificando a incorporação entre investidora e investida, permanecendo o ágio representado no patrimônio da investidora espanhola.

Na medida em que somente a empresa espanhola detinha as condições necessárias para a aquisição, a impossibilidade de aproveitamento do ágio era uma desvantagem a ser considerada na decisão empresarial, não podendo ser posteriormente brandida com fundamento na igualdade entre os licitantes. Mas, interpretando de forma diversa a legislação, a contribuinte praticou os atos que reputou válidos para amortizar o ágio pago na aquisição do Banespa, atos que devem ser reprovados com a conseqüente exigência do crédito tributário. Contudo, não se vislumbra dolo suficiente à caracterização da fraude tributária, na medida em que o ágio existe e foi pago em procedimento licitatório, à semelhança de outros casos práticos que ensejaram o aproveitamento do disposto no art. 7º da Lei nº 9.532/97, a motivar a equivocada interpretação da contribuinte.

Por oportuno registre-se o destaque feito pelo Conselheiro José Sérgio Gomes durante esta sessão final de julgamento, reportando-se aos fundamentos do Conselheiro Antonio José Praga de Souza no Acórdão nº 1402-000.802 que, como já mencionado, tratou da mesma operação aqui em análise:

Voltando a situação versada no presente processo, constata-se pela DIPJ/2003, regularmente apresentada dentro prazo e posteriormente retificada, que o Banespa auferiu receitas tributáveis da ordem de 7,100 Bilhões de Reais em 2002. Por seu turno, a base de cálculo do IRPJ e CSLL foi de aproximadamente 80 Milhões de Reais, ou seja, em pouco mais de 1% da receita total, sendo que a amortização do ágio reduziu em R\$ 1,492 Bilhão de Reais. Além disso, no ajuste anual a contribuinte apurou Saldos Negativos de Recolhimentos de 4 Milhões (IRPJ).

Ora, uma empresa com esses números certamente estava sujeita ao acompanhamento especial de que trata a Portaria SRF nº 448 de 2002. Definitivamente não é crível que a dedução pudesse ser ocultada do Fisco na contabilidade ou na DIPJ da recorrente, o que em verdade não ocorreu.

Em suma, o Santander Hispano jamais abriu mão de seu controle sobre o Banespa, e manteve integralmente em seu patrimônio o investimento feito no Brasil para sua aquisição. Logo, o aporte de capital na Santander Holding, representado pelas ações detidas pelo Santander Hispano no Banespa, somente duplica o ágio que subsiste no patrimônio da investidora original. Em conseqüência, não há ágio a ser amortizado com efeitos fiscais pelas empresas nacionais, efeitos estes que somente se verificam na extinção do investimento, por alienação a terceiros ou por liquidação recíproca entre investidora e investida. Interpretando equivocadamente os dispositivos legais que tratam a matéria, a contribuinte acabou por reduzir indevidamente as bases tributáveis, de modo que regular é a exigência dos tributos não recolhidos. Todavia, não há justificativa para a qualificação da penalidade.

No presente caso, CCL INDUSTRIES não figurou diretamente na aquisição de PRODESMAQ, mas a Fiscalização não só demonstrou que CCL PAR operou por apenas 5 (cinco) dias, nos quais recebeu a integralização de seu capital pelo valor de R\$ 125.930.789,20 e logo na sequência foi extinta por incorporação pela autuada, escriturando neste período apenas 7 (sete) lançamentos contábeis nos quais, inclusive, foram antecipados fatos futuros, mas que decorreriam do Contrato de Investimento, Associação e outras Avenças, firmado em 11/01/2006 entre a FAMÍLIA PROPRIETÁRIA e CCL INDUSTRIES. A Fiscalização,

inclusive, expressa o entendimento de que naquele momento se concretizou a alienação de PRODEMAQ S/A ao grupo CCL INDUSTRIES, mediante pagamento do preço e recebimento do bem adquirido.

No caso Santander, apreciado no Acórdão nº 1101-00.961, antes transcrito, a recorrente arguiu a regularidade de seu procedimento caso pudesse aportar em uma pessoa jurídica nacional os recursos destinados à aquisição da investida, e em resposta esta Conselheira consignou que:

3.5 — Da Sistemática de Alienação das Ações no Leilão — Sigilo do Lance como Fator Determinante para a Aquisição do BANESPA: *o direito ao sigilo da proposta é invocado como impedimento para o prévio aporte do lance no Brasil. O fato, porém, é que os recursos para tal aquisição eram da controladora espanhola, de modo que sua atuação como adquirente nada mais é do que a verdade. Qualquer outra forma adotada somente mascararia esta realidade (a própria recorrente reconhece a inviabilidade de a Santander Holding atuar como licitante no processo de leilão do Banespa, que, do ponto de vista operacional e administrativo, especialmente em razão de seu capital de R\$ 1.000,00 à época), restando inadmissível a invocação de sua não implementação em favor da prática realizada.*

E, nestes autos, como visto, a autoridade lançadora reuniu provas suficientes para evidenciar que CCL PAR não era, propriamente, uma sociedade empresária, mas apenas uma extensão do caixa da real adquirente, CCL INDUSTRIES. Por tais razões, na medida em que a incorporação não se verificou entre a adquirente e a adquirida, a amortização do ágio com efeitos fiscais não encontra amparo nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. De outro lado, havendo ágio pago em efetiva operação de aquisição entre partes independentes, a interpretação equivocada dos dispositivos legais como antes exposto não é suficiente para justificar a qualificação da penalidade.

Frente a tais circunstâncias, é desnecessário abordar os demais argumentos desenvolvidos pela recorrente acerca do interesse do grupo empresarial em atuar no mercado brasileiro, da regularidade da fundamentação do ágio em rentabilidade futura, da *inexistência de simulação, falta de substância econômica e propósito negocial, artificialidade, abuso de direito, dos rígidos padrões éticos e de governança corporativa* aos quais se submetem as empresas do grupo, da publicidade nas operações realizadas, do recolhimento de tributo pelos acionistas vendedores de PRODEMAQ e da efetiva realização da rentabilidade futura da investida. Na medida em que CCL INDUSTRIES é a real adquirente de PRODEMAQ, e ela não foi incorporada, nem incorporou a investida, é inadmissível a amortização do ágio pago nesta aquisição.

Pelas razões expostas, deve ser DADO PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário para manter as glosas das amortizações de ágio na apuração do lucro tributável, mas afastar a qualificação da penalidade aplicada sobre os créditos tributários daí resultantes.

O lançamento também contempla a reversão dos efeitos de amortizações de ágio decorrente da aquisição de ITW-Canguru Rótulos Ltda (CCL RÓTULOS). Neste caso, a própria autuada figurou como adquirente, em 26/01/2007, e incorporou a investida em 30/04/2007, iniciando a amortização do ágio em maio/2007. A autoridade fiscal destacou, porém, que não houve segregação do ágio pago na aquisição do investimento, e por consequência não foi indicado seu fundamento econômico. Somente em julho/2007 foi

confeccionado Relatório de Avaliação Econômico-Financeira da investida, com deficiências técnicas semelhantes às descritas no caso anterior, quais sejam:

- A taxa de desconto adotada foi obtida a partir de dados do mercado norte-americano *para evitar distorções*, e em consequência o custo de financiamento por meio do patrimônio líquido exigiu o acréscimo do “risco país”;
- O fluxo de caixa descontado não se presta *a medir a rentabilidade futura do investimento* porque *utiliza o fluxo de caixa líquido ao invés do lucro da empresa*, mediante *confronto entre receitas e despesas*, consoante doutrina que transcreve;
- É improvável que a empresa apresentassem um retorno de 80% de seu capital social investido em apenas um ano de operação, e se assim fosse ela não teria sido alienada.
- *Será que uma empresa que recebeu bens que já vinham sendo utilizados não possuía ativos (tangíveis e intangíveis) subvalorizados, ou mesmo não valorizados, que fundamentariam o pagamento de ágio?*

Frente a tais circunstâncias, a autoridade fiscal conclui que o Relatório de Avaliação Econômico-Financeira aparenta ser um *trabalho científico*, a partir de premissas discutíveis, para alcançar o valor da empresa na data de sua aquisição, apresentando-se frágil para acreditar-se no fundamento exclusivo do ágio em rentabilidade futura, desprezando o ágio pago pelos ativos tangíveis e intangíveis na negociação. Assim, com ajustes das premissas, poderia apenas revelar uma parte do ágio passível de amortização segundo a legislação tributária.

A recorrente dedica a maior parte de sua defesa a argumentos em favor da regularidade do processo de aquisição de PRODESMAQ, porém apresenta alguns argumentos que são aplicáveis a ambas as aquisições.

Afirmando que o *ingresso do grupo CCL no mercado brasileiro foi realizado de forma legítima e em completo atendimento à legislação brasileira*, diz que o fundamento dos ágios pagos está confirmado *por laudos de avaliação emitidos, pouco após e no mesmo exercício em que as aquisições foram feitas, por empresa especializada*, evidenciando o atendimento a todos os requisitos para as amortizações fiscais. Mais à frente, diz que o ágio pago na aquisição de ITW-CANGURU *encontra-se devidamente suportado pela expectativa de rentabilidade futura de tal sociedade, conforme atesta laudo de avaliação preparado pela E&Y para tal fim*.

Defende que a legislação exige “demonstração” do fundamento do ágio, arquivada como comprovante de sua escrituração, correspondente a *estudos econômico-financeiros preparados internamente pelo grupo CCL*, na medida em que o porte do Grupo CCL, inclusive com ações negociadas em bolsa de valores, não permitiria sequer *iniciar negociações com acionistas vendedores, sem que estivesse suportado por estudos de viabilidade econômico financeira da Recorrente*.

Invoca a presunção de idoneidade dos documentos apresentados até prova em contrário, observa que a legislação não exige o registro do documento e acrescenta que as projeções foram confirmadas pela consultoria contratada, sendo impróprias as objeções à contemporaneidade dos demonstrativos apresentados. Aliás, a busca de uma empresa de consultoria para confirmação de seus estudos internos não os desqualificam, mas sim evidenciariam sua diligência e boa-fé.

Os mencionados estudos prévios à aquisição somente foram apresentados em relação à investida PRODEMAQ. O único documento que atribui fundamento ao ágio pago na aquisição de ITW-CANGURU é o laudo emitido em julho/2007, muito embora a amortização já estivesse sendo escriturada desde maio/2007, e a aquisição tenha ocorrido em 26/01/2007, e pelo valor de R\$ 23.160.782,77, superior ao valor do capital da investida (R\$ 15.333.879,00). Em 30/04/2007 é expedido laudo de avaliação apenas para confirmação do acervo líquido a ser incorporado, com base no balanço intermediário da empresa, levantado em 31/03/2007. Nesta ocasião, os ativos são avaliados por R\$ 17.429 mil, os passivos por R\$ 1.638 mil e o patrimônio líquido por R\$ 15.790 mil.

A autoridade fiscal demonstra que, embora adquirindo o controle da investida, a participação societária foi registrada por R\$ 23.160.782,77, sem o destaque do ágio. Na seqüência, com a incorporação da investida, a conta representativa do investimento teve seu saldo reduzido para R\$ 7.128.264,09 em 30/04/2007, e a partir de maio/2007 esta mesma conta de ativo, representativa de investimentos, começa a ser reduzida pelo reconhecimento de despesas de ágio. Em 02/07/2007 é emitido Relatório de Avaliação Econômico-Financeira da investida, tendo como data base 31/12/2006 e projetando os resultados de 01/01/2007 a 31/12/2016.

A recorrente aduz que a legislação autoriza a amortização fiscal ainda que o investimento não seja obrigatoriamente avaliado pelo valor de patrimônio líquido, e, de fato, a Lei nº 9.532/97 fixa que:

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)

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

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)

IV - deverá amortizar o valor do deságio 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 durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

[...]

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. (negrejou-se)

Todavia, como se vê no balanço publicado pela contribuinte e juntado à fl. 467, seu patrimônio líquido varia de R\$ 45.340.331 para R\$ 69.666.331 entre 2006 e 2007, de modo que a aquisição de participação societária pelo valor total de R\$ 23.160.782,77 certamente seria considerado relevante nos termos da legislação societária e fiscal, por representar isoladamente mais de 10% do valor do patrimônio líquido da investidora.

Assim, a argumentação da recorrente, inclusive no que se refere à possibilidade de alterações do patrimônio líquido em razão da compatibilização de critérios contábeis do comprador e da adquirida, é hipotética e não pode ser aplicada aos fatos constatados pela Fiscalização. Cumpria-lhe, sim, observar o que dispõe a legislação fiscal acerca do registro de investimento avaliado pelo valor do patrimônio líquido:

Dever de Avaliar pelo Valor de Patrimônio Líquido

Art. 384. Serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido os investimentos relevantes da pessoa jurídica (Lei nº 6.404, de 1976, art. 248, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 67, inciso XI):

I - em sociedades controladas; e

II - em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com vinte por cento ou mais do capital social.

§ 1º São coligadas as sociedades quando uma participa, com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la (Lei nº 6.404, de 1976, art. 243, § 1º). § 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores (Lei nº 6.404, de 1976, art. 243, 2º). § 3º Considera-se relevante o investimento (Lei nº 6.404, de 1976, art. 247, parágrafo único):

I - em cada sociedade coligada ou controlada, se o valor contábil é igual ou superior a dez por cento do valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica investidora;

II - no conjunto das sociedades coligadas e controladas, se o valor contábil é igual ou superior a quinze por cento do valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica investidora.

Desdobramento do Custo de Aquisição

*Art. 385. 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** (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):*

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; 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 inciso anterior.

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

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

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

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º). (negrejou-se e grifou-se)

Não há dúvida, no presente caso, que a contribuinte não avaliou o investimento pelo valor do patrimônio líquido no momento da aquisição, não identificou o ágio verificado naquele momento, e por consequência também não associou o registro ao comprovante da escrituração que indicaria o fundamento econômico do sobrepreço pago. O valor amortizado corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o patrimônio líquido da investida três meses depois da aquisição, e está fundamentado por laudo emitido seis meses depois da aquisição.

Luís Eduardo Schoueri, na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, Dialética: São Paulo, 2012, assim se manifesta acerca dos requisitos legais fixados para o laudo de avaliação (p. 33):

A exigência legal de uma fundamentação, quando da própria formação do ágio, impõe que se identifique um instrumento para a documentação daquela motivação.

Não cuidou o legislador de disciplinar a forma como a fundamentação deveria ser comprovada. O texto do parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977 é singelo, determinando a indicação do fundamento do ágio por ocasião de sua contabilização. O parágrafo 3º complementa-o, ao deixar a cargo do contribuinte o ônus da prova, dispondo:

"§ 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."

A expressão "demonstração" é bastante ampla. Não se indica como se faz a prova. Basta que se demonstrem o lançamento e seus fundamentos.

A falta de disciplina legal do tema leva à conclusão de que o contribuinte tem ampla liberdade na forma como comprovará a fundamentação adotada. O legislador impõe que se indique o fundamento por que houve o pagamento do preço, sendo rigoroso quanto ao seu aspecto temporal (no momento da aquisição, já se deve fazer o desdobramento, indicando o fundamento do ágio) mas silenciando quanto à forma. Também exige o arquivo da "demonstração". Mas não diz como deve ser feita.

Ingressa-se no delicado tema da prova. Se é verdadeiro que o contribuinte pode valer-se de qualquer meio de prova em direito admitido, não se pode deixar de observar que se está diante da prova de uma motivação, i.e., do motivo determinante da aquisição.

Não há na lei qualquer requisito quanto à forma do estudo ou seu conteúdo, implicando ampla liberdade nesse aspecto.

[...] (negrejou-se)

Recorde-se que, como apontado no início da apreciação desta matéria, ao contrário do que verificado em relação à aquisição de PRODESMAQ, relativamente à operação aqui em debate a contribuinte não apresentou estudos técnicos que teriam orientado sua decisão de pagar R\$ 23.160.782,77 pela investida ITW-CANGURU, de modo que o único elemento que dá fundamento a esta decisão é o laudo emitido apenas em julho/2007. Assim, são inócuas as alegações acerca da impossibilidade de o grupo empresarial ter deliberado a aquisição de um investimento sem *estudos de viabilidade econômico financeira* da investida. Certamente motivos existiam, mas a legislação fiscal somente admite que um deles enseje a redução do lucro tributável nos 5 (cinco) anos subseqüentes à incorporação da investida, e fixa o momento da aquisição como marco temporal para sua demonstração. Desta forma, é justamente tendo em conta a complexidade das operações de compra e venda de empresas, e a representatividade dos investimentos produzidos que não se pode admitir que estas operações sejam realizadas sem estudo prévio do investimento a ser realizado, nem que um documento produzido somente meses depois do início da amortização do ágio, atribua-lhe natureza que permita a sua dedução fiscal.

Neste contexto são pertinentes as dúvidas postas pela Fiscalização acerca destes motivos. Como questionado no Termo de Verificação Fiscal, *será que uma empresa que recebeu bens que já vinham sendo utilizados não possuía ativos (tangíveis e intangíveis) subvalorizados, ou mesmo não valorizados, que fundamentariam o pagamento de ágio?* Veja-se que, ao assim proceder, a autoridade fiscal não está impondo à contribuinte o dever de atribuir o sobrepreço pago pela participação societária primeiro àqueles itens, classificando apenas a parcela remanescente como decorrente de expectativa de rentabilidade futura. A omissão dos motivos no momento da aquisição permite cogitar que qualquer razão econômica poderia ter determinado a decisão do grupo econômico de adquirir a empresa investida e, neste sentido, a autoridade fiscal desenvolve extensa argumentação para demonstrar como elementos integrantes do fundo de comércio e intangíveis motivariam a decisão em referência (mão-de-obra habilitada, rede de clientes e fornecedores, localização geográfica, capital intelectual da empresa, manuais de procedimento, certificações, acervo de dados), assim como os ativos da investida já se encontrariam depreciados em 71%, e teriam grande possibilidade de se apresentar subavaliados.

Quanto à alegação de que a busca de uma empresa de consultoria, que no caso não se prestou a confirmação de estudos internos como demonstrado, evidenciaria sua diligência e boa-fé, vale notar que a projeção de resultados futuros estampada no trabalho em referência teve em conta 10 (dez) anos de atividade da investida (fl. 866), para assim alcançar o *valor justo de mercado* informado no valor de R\$ 25.689 mil. Caso se considerasse apenas os 9 (nove) primeiros anos, os resultados acumulados seriam inferiores ao montante pago pela adquirente e, caso o somatório ficasse limitado aos 5 (cinco) anos subseqüentes à aquisição – período no qual promoveu-se a amortização – alcançar-se-ia cifra próxima a R\$ 10 milhões, inferior ao patrimônio líquido da investida (fl. 982).

Ademais, como demonstra a Fiscalização, é questionável a apuração de rentabilidade futura com base no método adotado no laudo apresentado, na medida em que se tem em conta, ali, apenas o confronto entre algumas receitas e despesas. Este aspecto, porém, é apenas mais um elemento que se agrega ao contexto antes demonstrado e já suficiente para

afirmar, como fez a Fiscalização, que *a fragilidade do Relatório apresentado demonstra que o único intuito do fiscalizado era gerar uma situação de crença na rentabilidade futura da adquirida para aproveitamento fiscal do ágio, desprezando assim o ágio pago pelos ativos tangíveis e intangíveis na negociação.*

Irrelevante, assim, se a fundamentação econômica do ágio foi arquivada no mesmo exercício em que se deu seu aproveitamento fiscal ou se a rentabilidade futura da investida se confirmou, bem como os argumentos dirigidos à incompetência técnica das autoridades fiscais e julgadoras para questionar as conclusões expressas no laudo de avaliação econômica e à notoriedade da adoção *da metodologia de desconto de fluxos de caixa projetados para os fins de avaliação econômico-financeira de companhias com base em suas expectativas de rentabilidade futura.* Como visto, não há como associar este documento à decisão que motivou o preço pago pelo investimento, e sua elaboração tardia permite rejeitar a amortização fiscal do ágio apenas com as mencionadas suposições de subavaliação dos valores contábeis dos ativos tangíveis das investidas, e da existência de intangíveis e de fundo de comércio.

Considerando que os demais argumentos desenvolvidos pela recorrente prestam-se a defender a validade da amortização do ágio mesmo com a interposição de empresa veículo, e a refutar as alegações de simulação, aspectos somente presentes na primeira infração apreciada, até porque as demais glosas promovidas foram acrescidas de multa no percentual de 75%, importa concluir, com base nos fundamentos antes expostos, que não há prova que vincule ágio pago na aquisição de ITW-CANGURU a expectativa de rentabilidade futura, inviabilizando sua amortização com efeitos fiscais.

Por tais razões, o presente voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente aos créditos tributários decorrentes da glosa de amortizações de ágio pago na aquisição de ITW-CANGURU.

A recorrente também discorda da aplicação concomitante de multa de ofício e multa isolada, bem como à sua exigência depois do encerramento do ano-base.

Ocorre que a legislação fixa como regra a apuração trimestral do lucro real ou da base de cálculo da CSLL, e faculta aos contribuintes a apuração destes resultados apenas ao final do ano-calendário caso recolham as antecipações mensais devidas, com base na receita bruta e acréscimos, ou justifiquem sua redução/dispensa mediante balancetes de suspensão/redução.

Se assim não procedem, desde a redação original da Lei nº 9.430/96 estava assim disposto:

Art.44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

[...]

§1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

[...]

IV -isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;

[...]

Conclui-se, daí, que o legislador estabeleceu a possibilidade de a penalidade ser aplicada mesmo depois de encerrado o ano-calendário correspondente, e ainda que evidenciada a desnecessidade das antecipações, nesta ocasião, por inexistência de IRPJ ou CSLL devidos na apuração anual. Para exonerar-se da referida obrigação, cumpria à contribuinte levantar balancetes mensais de suspensão, e evidenciar a inexistência de base de cálculo para recolhimento das estimativas durante todo o ano-calendário.

Ausente tal demonstração, resta patente a inobservância da obrigação imposta àqueles que optam pela apuração anual do lucro. Logo, para não se sujeitar à multa de ofício isolada, deveria a contribuinte ter apurado e recolhido os valores estimados com os acréscimos moratórios calculados desde a data de vencimento pertinente a cada mês, e não meramente determinar o valor que, ao final, ainda remanesceu devido nos cálculos do ajuste anual.

Ou seja, para desfazer espontaneamente a infração de falta de recolhimento das estimativas, deveria a contribuinte quitá-las, ainda que verificando que os tributos devidos ao final do ano-calendário seriam inferiores à soma das estimativas devidas. Apenas que a quitação destas estimativas, porque posteriores ao encerramento do ano-calendário, resultaria em um saldo negativo de IRPJ ou CSLL, passível de compensação com débitos de períodos subseqüentes, à semelhança do que viria a ocorrer se a contribuinte houvesse recolhido as antecipações no prazo legal.

Já se a contribuinte assim não age, o procedimento a ser adotado pela Fiscalização difere desta regularização espontânea. Isto porque seria incongruente exigir os valores que deixaram de ser recolhidos mensalmente e, ao mesmo tempo, considerá-los quitados para recomposição do ajuste anual e lançamento de eventual parcela excedente às estimativas mensais.

Assim, optou o legislador pela dispensa de lançamento do valor principal não antecipado, e reconhecimento dos efeitos de sua ausência no ajuste anual, com conseqüente exigência apenas do valor apurado em definitivo neste momento, sem levar em conta as estimativas, porque não recolhidas. E, para que a falta de antecipação de estimativas não ficasse impune, fixou-se, no art. 44, §1º, inciso IV, da Lei nº 9.430/96, a penalidade isolada sobre esta ocorrência, distinta da falta de recolhimento do ajuste anual, como já explicitado.

Observe-se, ainda, que a norma antes citada recebeu a seguinte redação pela Medida Provisória nº 351/2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.488/2007:

Art. 14. O art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação, transformando-se as alíneas a, b e c do § 2º nos incisos I, II e III:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

I - (revogado);

II - (revogado);

III- (revogado);

IV - (revogado);

V - (revogado pela Lei nº 9.716, de 26 de novembro de 1998).

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

I - prestar esclarecimentos;

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991;

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei.

..... ”

Nestes termos, em ambos os dispositivos estão presentes idênticos elementos para aplicação da penalidade: permanece ela isolada, aplicável aos casos de falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ e CSLL por pessoa jurídica (art. 2º da Lei nº 9.430/96), mesmo se apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL ao final do ano-calendário. A única distinção é o percentual aplicado, agora de 50% e não mais de 75%.

Impróprio, assim, falar em aplicação concomitante de penalidades em razão de uma mesma infração: a infração apenada com a multa isolada é o não cumprimento da obrigação correspondente ao recolhimento das estimativas mensais – obrigação acessória imposta aos optantes pela apuração anual das bases tributáveis – e a infração apenada com a multa proporcional é o não cumprimento da obrigação referente ao recolhimento do tributo devido ao final do período.

Estas as razões, portanto, para NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário e manter as exigências de multas isoladas.

Afastada a multa qualificada aplicada sobre os débitos exigidos no ano-calendário 2006, e admitida a aplicação concomitante da multa de ofício proporcional e da multa isolada, muito embora tal circunstância somente tenha se verificado, nestes autos, a partir do ano-calendário 2008, importa apreciar a arguição de decadência dos valores pertinentes a fatos geradores mensais de julho a novembro/2006. A recorrente invoca a aplicação do art. 150, §4º do CTN em face de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, na medida em que não houve dolo, fraude ou simulação, e os fatos geradores mensais estão evidenciados pela possibilidade de aplicação de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas.

Como demonstrado, o recolhimento de estimativas nada mais é do que obrigação acessória imposta àqueles que optam pela apuração anual do IRPJ e da CSLL. Não se trata, pois, de pagamento do próprio tributo e, por esta razão, não se sujeita à homologação tácita prevista no art. 150, §4º do CTN.

Por esta razão, inclusive, a regra de contagem do prazo decadencial para lançamento das multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas é definida em razão do regime a que se sujeita o tributo devido no ajuste anual. Se há apuração, declaração ou recolhimento que autorize a aplicação do art. 150 do CTN, e a exigência de eventual diferença apurada no ajuste anual é possível em até 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, o mesmo prazo terá a autoridade lançadora para aplicar a multa isolada decorrente de eventual falta de recolhimento de estimativas durante o correspondente ano-calendário.

No presente caso, as exigências de IRPJ e CSLL devidos no ano-calendário 2006 foram cientificadas à contribuinte em 28/12/2011, antes, portanto, do decurso do prazo de 5 (cinco) anos contados a partir da ocorrência do fato gerador, que no caso somente se perfaz em 31/12/2006. Desnecessário, assim, avaliar se houve conduta da contribuinte passível de homologação tácita, pois mesmo o prazo previsto para tanto, no art. 150, §4º do CTN, ainda não havia se verificado à época do lançamento.

Assim, deve ser REJEITADA a arguição de decadência.

Por fim, a contribuinte discorda da aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício, bem como do cálculo dos juros de mora com base na taxa SELIC.

Quanto à utilização da taxa SELIC para cálculo dos juros moratórios, deve ser NEGADO PROVIMENTO ao recurso voluntário por se tratar de matéria já pacificada nos termos da Súmula CARF nº 4 (*A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais*).

E, com referência à aplicação de juros sobre a multa de ofício, sua manutenção se impõe nos termos das razões de decidir da I. Conselheira Viviane Vidal Wagner expressas em voto vencedor em julgamento proferido em 11/03/2010 na Câmara Superior de Recursos Fiscais, formalizado no Acórdão nº 9101-00.539:

Com a devida vênia, ousou discordar do ilustre relator no tocante à questão da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

De fato, como bem destacado pelo relator, - o crédito tributário, nos termos do art. 139 do CTN, comporta tanto o tributo quanto a penalidade pecuniária.

Em razão dessa constatação, ao meu ver, outra deve ser a conclusão sobre a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

Uma interpretação literal e restritiva do caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96, que regula os acréscimos moratórios sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições, pode levar à equivocada conclusão de que estaria excluída desses débitos a multa de ofício.

Contudo, uma noíma não deve ser interpretada isoladamente, especialmente dentro do sistema tributário nacional.

No dizer do jurista Juarez Freitas (2002, p.70), "interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do direito."

Merece transcrição a continuidade do seu raciocínio:

"Não se deve considerar a interpretação sistemática como simples instrumento de interpretação jurídica. É a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se compreendem os enunciados prescritivos nos plexos dos demais enunciados ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação." (A interpretação sistemática do direito, 3.ed. São Paulo:Malheiros, 2002, p. 74).

Dai, por certo, decorrerá uma conclusão lógica, já que interpretar sistematicamente implica excluir qualquer solução interpretativa que resulte logicamente contraditória com alguma norma do sistema.

O art. 161 do CTN não distingue a natureza do crédito tributário sobre o qual deve incidir os juros de mora, ao dispor que o crédito tributário não pago integralmente no seu - vencimento é acrescido de juros de mora, independentemente dos motivos do inadimplemento.

Nesse sentido, no sistema tributário nacional, a definição de crédito tributário há de ser uniforme.

De acordo com a definição de Hugo de Brito Machado (2009, p.172), o crédito tributário "é o vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional)."

Converte-se em crédito tributário a obrigação principal referente à multa de ofício a partir do lançamento, consoante previsão do art. 113, §1º, do CTN:

"Art. 113 A obrigação tributária é principal ou acessória

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito tributário dela decorrente.

A obrigação tributária principal surge, assim, com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, o que inclui a multa de ofício proporcional.

A multa de ofício é prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, e é exigida "juntamente com o imposto, quando não houver sido anteriormente pago" (§1º).

Assim, no momento do lançamento, ao tributo agrega-se a multa de ofício, tomando-se ambos obrigação de natureza pecuniária, ou seja, principal.

A penalidade pecuniária, representada no presente caso pela multa de ofício, tem natureza punitiva, incidindo sobre o montante não pago do tributo devido, constatado após ação fiscalizatória do Estado.

Os juros moratórios, por sua vez, não se tratam de penalidade e têm natureza indenizatória, ao compensarem o atraso na entrada dos recursos que seriam de direito da União.

A própria lei em comento traz expressa regra sobre a incidência de juros sobre a multa isolada.

Eventual alegação de incompatibilidade entre os institutos é de ser afastada pela previsão contida na própria Lei nº 9.430/96 quanto à incidência de juros de mora sobre a multa exigida isoladamente. O parágrafo único do art. 43 da Lei nº 9.430/96 estabeleceu expressamente que sobre o crédito tributário constituído na forma do caput incidem juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

O art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, ao se referir a débitos decorrentes de - tributos e contribuições, alcança os débitos em geral relacionados com esses tributos e contribuições e não apenas os relativos ao principal, entendimento, dizia então, reforçado pelo fato de o art. 43 da mesma lei prescrever expressamente a incidência de juros sobre a multa exigida isoladamente.

Nesse sentido, o disposto no §3º do art. 950 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99) exclui a equivocada interpretação de que a multa de mora prevista no caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96 poderia ser aplicada concomitantemente com a multa de ofício.

Art. 950. Os débitos não pagos nos prazos previstos na legislação específica serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento por dia de atraso (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61).

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo 13 - previsto para o pagamento do imposto até o dia em que ocorrer o seu pagamento (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, § 1º).

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, § 2º).

§ 3º A multa de mora prevista neste artigo não será aplicada quando o valor do imposto já tenha servido de base para a aplicação da multa decorrente de lançamento de ofício.

A partir do trigésimo primeiro dia do lançamento, caso não pago, o montante do crédito tributário constituído pelo tributo mais a multa de ofício passa a ser acrescido dos juros de mora devidos em razão do atraso da entrada dos recursos nos cofres da União.

No mesmo sentido já se manifestou este E. colegiado quando do julgamento do Acórdão nº CSRF/04-00.651, julgado em 18/09/2007, com a seguinte ementa:

JUROS DE MORA — MULTA DE OFÍCIO — OBRIGAÇÃO PRINCIPAL — A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

Nesse sentido, ainda, a Súmula Carf nº 5: "São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral."

Diante da previsão contida no parágrafo único do art. 161 do CTN, busca-se na legislação ordinária a norma complementar que preveja a correção dos débitos para com a União.

Para esse fim, a partir de abril de 1995, tem-se a taxa Selic, instituída pela Lei nº 9.065, de 1995.

A jurisprudência é forte no sentido da aplicação da taxa de juros Selic na cobrança do crédito tributário, como se vê no exemplo abaixo:

REsp 1098052 / SP RECURSO ESPECIAL 2008/0239572-8

Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125)

Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento 04/12/2008

Data da Publicação/Fonte DJe 19/12/2008

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. LANÇAMENTO. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

1. É infundada a alegação de nulidade por maltrato ao art. 535 do Código de Processo Civil, quanto o recorrente busca tão-somente rediscutir as razões do julgado.

2. Em se tratando de tributos lançados por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte e na falta de pagamento da exação no vencimento, a inscrição em dívida ativa independe de procedimento administrativo.

3. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários (Precedentes: AgRg nos EREsp 579.565/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 11.09.06 e AgRg nos EREsp 831.564/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 12.02.07).(g.n)

No âmbito administrativo, a incidência da taxa de juros Selic sobre os débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal foi pacificada com a edição da Súmula CARF nº 4, nos seguintes termos:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Diante do exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso do contribuinte e DAR PROVIMENTO ao recurso da Fazenda Nacional para considerar aplicável a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, devidos à taxa Selic.

Ademais, recentemente, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça manifestou-se neste sentido, como exposto na ementa do acórdão proferido em sede de AgRg no REsp 1.335.688-PR (Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 4/12/2012):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. 1. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a

Primeira Seção do STJ no sentido de que: "É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário." (REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010. 2. Agravo regimental não provido.

Colhe-se do respectivo voto condutor:

[...] Quanto ao mérito, registrou o acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região à fl. 163: '... os juros de mora são devidos para compensar a demora no pagamento. Verificado o inadimplemento do tributo, é possível a aplicação da multa punitiva que passa a integrar o crédito fiscal, ou seja, o montante que o contribuinte deve recolher ao Fisco. Se ainda assim há atraso na quitação da dívida, os juros de mora devem incidir sobre a totalidade do débito, inclusive a multa que, neste momento, constitui crédito titularizado pela Fazenda Pública, não se distinguindo da exação em si para efeitos de recompensar o credor pela demora no pagamento.'"

Por estas razões, deve ser NEGADO PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente à aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício.

Diante de todo o exposto, o presente voto é no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário para excluir a qualificação da penalidade sobre os créditos tributários decorrente das glosas de amortização do ágio apurado em relação à investida PRODESMAQ.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Relatora

Declaração de Voto

Conselheiro MARCOS VINÍCIUS BARROS OTTONI

No que pertine à alegação de extemporaneidade do laudo, bem como os questionamentos acerca da demonstração do investimento realizado, divirjo das conclusões exaradas pela autoridade lançadora pelos seguintes fundamentos:

Segundo a i. Relatora, *"a autoridade fiscal conclui que o Relatório de Avaliação Econômico-Financeira aparenta ser um trabalho científico, a partir de premissas discutíveis, para alcançar o valor da empresa na data de sua aquisição, apresentando-se frágil para acreditar-se no fundamento exclusivo do ágio em rentabilidade futura, desprezando o ágio pago pelos ativos tangíveis e intangíveis na negociação. Assim, com ajustes das premissas, poderia apenas revelar uma parte do ágio passível de amortização segundo a legislação tributária"*.

Ocorre que, consoante dispõem os Parágrafos 2º, inciso II e 3º, do artigo 385, do RIR/99, a única exigência imposta ao contribuinte é que o ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da sociedade investida seja baseado em demonstração que será arquivada pelo contribuinte para fins de comprovação de sua escrituração.

Além de o termo *"demonstração"* ser bastante amplo, não havia, na legislação fiscal, o estabelecimento de critérios ou definição de uma forma específica para a elaboração do documento que fundamente economicamente referido ágio. Tampouco havia a previsão de que tais demonstrativos fossem registrados em cartório ou Junta Comercial.

Conforme bem esclarece o Prof. Luís Eduardo Schoueri, particularmente em empresas de maior porte, *"(...) Muitas vezes, a decisão se faz a partir de uma apresentação de slides, quando muito corporificados em um Relatório Executivo (Executive Summary), onde os principais elementos para a tomada de decisão surgem como meros tópicos (bullet points)."*

Além de não haver uma forma específica para a demonstração, a motivação/mérito dos estudos também não devem ser questionadas, salvo flagrante erro material ou de método, o que não se verifica *in casu*.

Neste mesmo sentido é o entendimento do Conselheiro Antonio José Praga de Souza, quando do julgamento do já aludido *"Caso Santander"*, verbis:

"Não cabe a este Relator questionar os aspectos técnicos do aludido laudo, se isso não foi feito pela Fiscalização. É estranhável o fato de o laudo ter estabelecido a rentabilidade futura pelo total do ágio pago nas operações (leilão do BC e Oferta pública de Aquisição), todavia, é o que basta. Mais a mais, a norma reza apenas que "o lançamento com os fundamentos de que tratam as letras "a" e "b" do parágrafo 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração" (art. 20, Parágrafo 3º, do DL 1.598/77)."

Assim, a regra é a liberdade de método e forma. Tal liberdade decorre do fato de que cabe às empresas projetar, com base nas informações disponíveis no momento da aquisição, os lucros que poderá obter no futuro. Nas palavras do Prof. Schoueri: *"Como mera estimativa, não há que se exigir acerto. Não se espera que seus autores consigam prever o futuro. Não há adivinhação. Há, sim, técnicas desenvolvidas internacionalmente, que buscam a melhor aderência possível à realidade. Imprevistos sempre podem acontecer. O mercado, via de regra, não é controlado ou controlável. Empresas lucrativas podem sofrer revezes. Esta é a essência do sistema capitalista, que não quis (nem poderia) o legislador tributário desconhecer."*

No entanto, o que se verifica dos autos é que, diante do questionamento do Fisco, e objetivando reforçar os estudos internos que foram elaborados, a contribuinte acabou por contratar empresa de auditoria que confirmou as projeções de resultados futuros das sociedades adquiridas. Tal fato, ao invés de pesar contrariamente à contribuinte, como pretende o Autuante, acabou por reforçar e validar o seu procedimento.

Destarte, o que se confirma é que não havia, à época dos fatos tratados no presente lançamento, a definição de uma forma específica para a comprovação do fundamento do ágio. Tal ausência é confirmada, de maneira cabal, com a edição da Medida Provisória nº 627/13, a qual promoveu alterações no Decreto-Lei nº 1.598/77, em especial no aludido artigo 20, que passou a contar com a seguinte redação, no que interessa:

"Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

.....
II - mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput; e

III - ágio por rentabilidade futura (goodwill), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do caput.

§ 1º Os valores de que tratam os incisos I a III do caput serão registrados em subcontas distintas.

.....
§ 3º O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação.

.....
§ 5º A aquisição de participação societária sujeita à avaliação pelo valor do patrimônio líquido exige o reconhecimento e a mensuração:

I - primeiramente, dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos a valor justo; e

II - posteriormente, do ágio por rentabilidade futura (goodwill) ou do ganho proveniente de compra vantajosa.

§ 6º O ganho proveniente de compra vantajosa de que trata o § 5º, que corresponde ao excesso do valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da participação adquirida, em relação ao custo de aquisição do investimento, será computado na determinação do lucro real no período de apuração da alienação ou baixa do investimento.

§ 7º A Secretaria da Receita Federal do Brasil disciplinará o disposto neste artigo, podendo estabelecer formas alternativas de registro e de apresentação do laudo previsto no § 3º.” (NR)

Ou seja, apenas agora, com a edição da aludida Medida Provisória, é que restou prevista a obrigatoriedade da elaboração de laudo por perito independente e que este documento seja protocolado na RFB ou perante o Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

O novo regramento previu, ainda, o momento em que referido trabalho deverá ser apresentado, ou seja, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação.

Destarte, considerando que não havia, à época da aquisição do investimento, qualquer regra específica para avaliação dos ativos a serem adquiridos, tampouco definição de prazo para que os mesmos fossem apresentados, descabida a exigência fiscal neste ponto.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

MARCOS VINÍCIUS BARROS OTTONI