



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

**Processo n°** 10980.724588/2010-38  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1202-001.100 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 12 de fevereiro de 2014  
**Matéria** Glosa de despesas de amortização de ágio  
**Recorrente** SPAIPA S/A INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Exercício: 2006, 2007, 2008, 2009

**DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.**

O fato gerador do IRPJ e da CSLL apurados anualmente, termo de início do lustro decadencial, somente se aperfeiçoa no último dia do período de apuração. Os balanços/balancetes de suspensão ou redução dos tributos, elaborados ao longo do ano-calendário, não assinalam o momento de ocorrência do fato gerador.

**DECADÊNCIA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.**

O lançamento versa sobre o período em que foi cometida a infração, consistente na indevida amortização de ágio. Assim, esse é o momento relevante para a contagem do prazo decadencial, e não o momento em que o ágio foi constituído.

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Exercício: 2006, 2007, 2008, 2009

**SIMULAÇÃO. AQUISIÇÃO DE AÇÕES PELA PRÓPRIA EMITENTE, PARA SEREM CANCELADAS, COM RECURSOS SACADOS DE SEUS COFRES, TRAVESTIDA DE AQUISIÇÃO FEITA PARA EMPRESAS CONSTITUÍDAS POR SEUS ACIONISTAS.**

É simulado o negócio aparente pelo qual os acionistas detentores de 83,96% do capital da sociedade, objetivando adquirir para cancelar as ações representativas dos restantes 16,04%, formalizam a aquisição em nome de duas pessoas jurídicas por eles recém-constituídas, mas utilizam exclusivamente recursos sacados da própria emissora das ações. Neste caso, há que subsistir o negócio verdadeiro que ao final foi concretizado no momento em que as ações foram efetivamente transferidas à verdadeira adquirente, a emissora das ações, e por esta canceladas, com redução de seu patrimônio líquido.

**ÁGIO INTERNO RESULTANTE DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES, A VALOR DE MERCADO, DE EMPRESA PERTENCENTE AO MESMO GRUPO ECONÔMICO.**

A incorporação de ações a valor de mercado, de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico, é operação que carece do condão de criar ágio, porquanto este surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. O ágio gerado internamente nessas transações não se reveste de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade.

**NEGÓCIO SIMULADO. MULTA QUALIFICADA.**

A simulação de negócio jurídico realizada no intento de criar artificialmente ágio dedutível do lucro real caracteriza ação dolosa ensejadora da imposição da multa de ofício qualificada.

**ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA**

Exercício: 2006, 2007, 2008, 2009

**JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INAPLICABILIDADE.**

Os juros de mora só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa de ofício aplicada.

**JUROS DE MORA. SELIC.**

Os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos à taxa Selic. (Súmula CARF nº 4)

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL**

Exercício: 2006, 2007, 2008, 2009

**TRIBUTAÇÃO REFLEXA.**

Aplica-se ao lançamento decorrente, no que couber, o que restar decidido com relação ao lançamento matriz.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de decadência e, no mérito, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário quanto à matéria amortização dos ágios gerados nas empresas Solar e Vision e em relação à multa qualificada, vencidos os Conselheiros Marcelo Baeta Ippolito, Geraldo Valentim Neto e Orlando José Gonçalves Bueno, que davam provimento ao recurso nessa parte. Quanto à matéria amortização do ágio gerado na empresa Copan, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, vencido o Conselheiro Marcelo Baeta Ippolito. Nessa última matéria, os Conselheiros Plínio Rodrigues Lima, Geraldo Valentim Neto e Orlando José Gonçalves Bueno acompanharam a relatora pelas conclusões. Quanto à matéria juros de mora

com base na taxa Selic, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. Por maioria de votos, em excluir a exigência dos juros de mora sobre a multa de ofício, vencidos os Conselheiros Viviane Vidal Wagner (relatora) e Carlos Alberto Donassolo. Designado o Conselheiro Plínio Rodrigues Lima para redigir o voto vencedor. Ausente, momentaneamente, a Conselheira Nereida de Miranda Finamore Horta, que foi substituída pelo Conselheiro Marcelo Baeta Ippolito.

*(assinado digitalmente)*

Carlos Alberto Donassolo – Presidente em exercício

*(assinado digitalmente)*

Viviane Vidal Wagner – Relatora

*(assinado digitalmente)*

Plínio Rodrigues Lima – Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Donassolo, Viviane Vidal Wagner, Plínio Rodrigues Lima, Nereida de Miranda Finamore Horta, Geraldo Valentim Neto, Orlando Jose Gonçalves Bueno.

## Relatório

Trata-se de recurso voluntário em face de decisão que julgou procedente os lançamentos consubstanciados nos autos de infração de IRPJ e CSLL, que totalizam o crédito tributário de R\$ 173.081.874,15, incluindo juros moratórios calculados até 30/09/2010, incluindo multa de ofício de 150% em relação a uma parte das infrações (fls. 1.356-1.379).

Consoante o Termo de Verificação Fiscal e de Encerramento de Fiscalização (fls. 1.335-1.355), foram glosadas despesas de amortização de três ágios distintos deduzidas no período de 2005 a 2008.

O **primeiro** ágio (‘Ágio da PRA’) decorre de uma efetiva operação de compra e venda das ações da Requerente entre duas sociedades (PRB Investimentos e Participações S/A – ‘PRB’ – e RBA Investimentos e Participações S/A ‘RBA’) e um antigo sócio da Requerente denominado Solar Incorporadora e Participações Ltda. (‘Solar’). Posteriormente, o investimento detido na Requerente foi contribuído em aumento de capital da PRA Participações e Investimentos Ltda (‘PRA’). Após a incorporação da PRA, a Recorrente converteu o ágio em ativo diferido e passou a amortizá-lo para fins fiscais.

A acusação de simulação na aquisição das ações vendidas pela “Solar” (primeiro ágio) decorre da constatação de que a verdadeira adquirente seria a própria impugnante, e não as empresas que figuraram como adquirentes no contrato respectivo, tendo sido aplicada a multa de ofício qualificada, no percentual de 150%.

O **segundo** ágio (‘Ágio da Vision’) decorre de uma operação de incorporação a valor de mercado das empresas PRB e RBA na Vision Participações Ltda. (‘Vision’), que passou a avaliar o investimento na Requerente a valor de mercado, com o reconhecimento de um ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da sociedade e ofereceu à tributação o ganho de capital decorrente da incorporação a valor de mercado.

O **terceiro** ágio (‘Ágio da Copan’) decorreu do aumento de capital da Copan2000 Holdings Ltda. (‘Copan’) efetuado pelas sócias da Requerente com ações da própria Requerente, a valor de mercado, após o que a Copan passou a registrar um ágio com relação ao investimento na Requerente.

A fiscalização apontou a inexistência do fator econômico na configuração do ágio na aquisição de investimento em relação aos ágios internos originados pelas incorporações das empresas Vision Participações Ltda e COPAN2000 Holdings Ltda., sendo aplicadas multas de ofício de 75%.

Na impugnação (fls. 1395-1444), a contribuinte contesta a acusação fiscal alegando, em síntese:

- que o ágio da PRA decorreu de operação realizada com terceiros, com pagamento efetivo de preço e pautado em verdadeiras razões empresariais com o objetivo de consolidar 100% das suas ações. Não houve simulação, vez que a contribuinte não poderia realizar a operação de compra das próprias ações, por não ter saldo de lucros ou de reservas em

montante suficiente, ou não poder reduzir o seu patrimônio líquido, em razão de vedação constante de contratos de empréstimos anteriores;

- que o ágio da Vision decorreu de uma opção fiscal do contribuinte entre realizar a incorporação a valor contábil ou a valor de mercado, tendo sido oferecido à tributação o ganho de capital auferido na incorporação a valor de mercado. A dedução se deu nos termos do artigo 385 do RIR/99, conforme autorizado pelo art. 7º da Lei nº 9.532/97, de forma diferida;

- quanto ao ágio da Copan, o ganho de capital auferido na incorporação a valor de mercado foi oferecido à tributação e o seu pagamento foi diferido em razão do art. 36 da Lei 10.637/02. A dedução se deu nos termos do artigo 385 do RIR/99, conforme autorizado pelo art. 7º da Lei nº 9.532/97, de forma diferida.

Além de contestar a qualificação da multa, no caso do primeiro ágio, apontou a situação abusiva, extorsiva, expropriatória e confiscatória, em total confronto com o artigo 150, IV, da Constituição Federal, em relação ao percentual de 75% da multa de ofício aplicada nas demais glosas, pedindo sua redução. E, ainda, contestou a exigência de juros calculados com base na taxa SELIC, que não teria sido criada para fins tributários, assim como a impossibilidade de incidência de juros SELIC sobre a multa de ofício.

A 1ª Turma da DRJ/Curitiba julgou improcedente a impugnação, registrando a seguinte ementa:

***ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ***

*Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008*

***SIMULAÇÃO. AQUISIÇÃO DE AÇÕES PELA PRÓPRIA EMITENTE, PARA SEREM CANCELADAS, COM RECURSOS SACADOS DE SEUS COFRES, TRAVESTIDA DE AQUISIÇÃO FEITA PARA EMPRESAS CONSTITUÍDAS POR SEUS ACIONISTAS.***

*É simulado o negócio aparente pelo qual os acionistas detentores de 83,96% do capital da sociedade, objetivando adquirir para cancelar as ações representativas dos restantes 16,04%, formalizam a aquisição em nome de duas pessoas jurídicas por eles recém-constituídas, mas utilizam exclusivamente recursos sacados da própria emissora das ações. Neste caso, há que subsistir o negócio verdadeiro que ao final foi concretizado no momento em que as ações foram efetivamente transferidas à verdadeira adquirente, a emissora das ações, e por esta canceladas, com redução de seu patrimônio líquido.*

***ÁGIO INTERNO RESULTANTE DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES, A VALOR DE MERCADO, DE EMPRESA PERTENCENTE AO MESMO GRUPO ECONÔMICO.***

*A incorporação de ações a valor de mercado, de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico, é operação que carece do condão de criar ágio, porquanto este surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou*

*subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. O ágio gerado internamente nessas transações não se reveste de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade.*

**NEGÓCIO SIMULADO. MULTA QUALIFICADA.**

*A simulação de negócio jurídico realizada no intento de criar artificialmente ágio dedutível do lucro real caracteriza ação dolosa ensejadora da multa de ofício qualificada.*

**EXIGÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS CALCULADOS PELA TAXA SELIC.**

*É legal a exigência de juros moratórios calculados pela taxa selic.*

**EXIGÊNCIA NÃO FORMULADA NOS AUTOS.**

*Não compete à DRJ pronunciar-se sobre hipotética exigência que a Administração Tributária possa formular no futuro - mas ainda não o fez - por ocasião do cálculo de atualização do débito.*

**LANÇAMENTOS DECORRENTES.**

*Aplicam-se aos lançamentos reflexos, no que couber, o que restar decidido com relação ao lançamento matriz, relativo ao IRPJ.*

Cientificado dessa decisão em 17/06/2011 (conforme AR, fl.1754), o contribuinte, inconformado, apresentou recurso voluntário ao CARF (fls.1758/1917), em 18/07/2011, aduzindo as razões abaixo sintetizadas:

- tempestividade do recurso, pois a ciência da decisão ocorreu em 17/06/2011 (sexta-feira) e o termo final ocorreu em 19/07/2011;

- preliminar de decadência do direito de fiscalizar as operações que deram origem aos ágios amortizados nos anos-calendário de 2005 e 2008, pois o prazo decadencial no presente caso deve ser contado a partir das incorporações societárias que propiciaram a transformação dos ágios em perdas dedutíveis, já estando decaído quando da ciência do auto de infração, em 29/10/2010. Fundamenta sua tese em quatro argumentos:

*a) o lançamento fiscal que será homologado pelas autoridades fiscais ocorre no momento em que a perda é gerada (incorporação da Adquirida pela Adquirente);*

*b) não existe norma específica que autorize as autoridades fiscais a contestarem ágios gerados há mais de cinco anos;*

*c) uma autuação fiscal que pretenda contestar operações ocorridas há mais de cinco anos ofende ao princípio da segurança jurídica;*

*d) no momento em que ocorre a efetiva amortização fiscal do ágio, as autoridades fiscais podem apenas contestar aspectos formais relacionados à sua dedutibilidade.*

Quanto ao mérito, a recorrente inicia sua contestação narrando os fatos em ordem cronológica. Em seguida, contesta a conclusão da Fiscalização que entendeu que a vontade real dos acionistas era que a própria Recorrente adquirisse as suas ações (resgate de ações), entretanto, para viabilizar a amortização do ágio pago na aquisição dessas ações, a vontade declarada dos acionistas da Recorrente teria sido de que a PRB e a RBA efetuassem a aquisição das ações da Recorrente, evidenciando a simulação. Sustenta, em síntese, que: (i) a alegação da Fiscalização não se enquadra no conceito legal de simulação; (ii) o suposto ato dissimulado (compra de ações pela própria Recorrente) não pode surtir efeitos, uma vez que este tipo de operação só é permitido com o uso de saldo de lucros ou de reservas (e os lucros da Recorrente não eram suficientes à época para a aquisição); (iii) a Recorrente não poderia reduzir o valor de seu patrimônio líquido, em razão de restrições previstas em contratos de empréstimos; e (iv) a real intenção dos acionistas, pautados por razões econômicas e empresariais efetivas, era que a aquisição fosse efetuada pela PRB e RBA.

Alega que durante aproximadamente três anos a PRB e a RBA foram detentoras do investimento na Spaipa, tendo atuado de forma ativa como suas acionistas, e que inexistia qualquer contrato com cláusula ou representação considerada não-verdadeira e nenhum dos documentos foi antedatado ou pós-datado.

Contesta a acusação de que seu interesse real era efetuar uma operação de compra de suas próprias ações, o que, segundo ela, seria impossível no caso concreto, nos termos da legislação societária, pela inexistência de saldo de lucros ou reservas a serem utilizados nessa aquisição.

Rejeita a conclusão da decisão de primeira instância no sentido de que (i) a Recorrente desejava comprar as próprias ações; (ii) existiam restrições legais para que ela comprasse as suas ações; (iii) assim, a Recorrente teria se valido de atos simulados que permitissem a compra de suas próprias ações; e (iv) ao final, o ato que deve surtir efeitos é justamente o ato que era proibido e que a Recorrente tentou contornar.

Acusa a decisão recorrida de falta de fundamentação jurídica ao considerar que embora existindo uma norma proibitiva (compra de suas próprias ações), uma vez contornada, o negócio que era proibido subsistiria.

Alega que não existiu simulação no presente caso, pois: (i) não foi verificado qualquer dos vícios relacionados no artigo 167 do Código Civil; e (ii) a suposta simulação não ocorreu (o negócio dissimulado era impossível de ser concretizado), e que o objetivo era viabilizar uma compra e venda de ações (uma oportunidade de negócios com a Solar). O racional econômico e financeiro estava integralmente voltado para a obtenção de uma maior participação na empresa, que apresentava enorme potencial de geração de lucros.

Sustenta que a única alternativa viável para a concretização do negócio pelos acionistas seria a constituição de duas novas sociedades (PRB e RBA), detidas pelas três empresas em proporção idêntica à proporção existente na recorrente e que a centralização das empresas facilitaria a cobrança e o recebimento do preço.

Aduz que, ao contrário do que afirmou a decisão recorrida, a Recorrente não incorreu em qualquer despesa ao ter adquirido as debêntures, mas apenas aplicou parte de seu capital em um título que possuía um adequado retorno esperado.

Afirma que a incorporação da PRB e RBA implicaria em redução do patrimônio líquido da Recorrente, fazendo com que a sociedade não cumprisse as obrigações pactuadas nos Contratos de Empréstimo, por esse motivo, antes da incorporação, o investimento na Recorrente foi transferido para a PRA (sociedade que detinha apenas o investimento na Spaipa). Com a incorporação da PRA, o patrimônio líquido da Recorrente foi aumentado em R\$ 14 milhões, atendendo aos propósitos iniciais da reorganização societária.

Destaca que, em 2003, a PRB e a RBA foram incorporadas pela Recorrente, de modo que, mesmo que se desconsiderasse a PRA (o que se admite apenas para argumentar), a partir desta data todo o ágio efetivo e relativo à operação de compra de ações detidas pela Solar passaria a ser, necessária e obrigatoriamente, dedutível para fins fiscais.

Aponta, ainda, que, no momento de aplicar a multa, a autoridade fiscal indica dispositivos relativos à ocorrência de fraude, contudo, no caso destes autos, não estão presentes as características jurídicas de fraude, tendo em vista que as operações praticadas pela Recorrente foram efetuadas antes de qualquer incidência tributária.

Sobre o segundo ágio (“ágio da Vision”), sustenta que o reconhecimento do ágio foi legítimo, pois, na prática, a PRB e a RBA reavaliaram os seus ativos a valor de mercado, sendo incorporadas no mesmo ato. Dentre os ativos da PRB e RBA, encontravam-se as ações da Recorrente (que também foram reavaliadas a valor de mercado), sendo esse procedimento autorizado pelo art. 438 do RIR/99. E que a Vision efetivamente adquiriu as ações da Recorrente para os fins do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Alega que (i) não se trata de planejamento tributário, mas sim de uma opção fiscal do contribuinte entre realizar a incorporação a valor contábil ou a valor de mercado; (ii) o ganho de capital auferido na incorporação a valor de mercado foi oferecido à tributação; (iii) nos termos do artigo 385 do RIR/99, a Vision reconheceu um ágio com relação ao investimento na Recorrente, fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da sociedade; e (iv) conforme expressamente autorizado pelo Artigo 7º da Lei 9.532/97, o ágio tornou-se ativo diferido, amortizável para fins fiscais em prazo não inferior a cinco anos.

Aponta a abusividade da multa de ofício aplicada por ser extorsiva, expropriatória, além de confiscatória e em total confronto com o artigo 150, inciso IV da Constituição Federal.

Sobre o terceiro ágio (“ágio da COPAN”), sustenta que ele deve ser amortizado pelas seguintes razões: (i) A Copan adquiriu investimento na Recorrente, pois o conceito de "aquisição" é amplo e inclui a integralização de ações em aumento de capital; (ii) a Copan adquiriu o investimento com ágio, estando obrigada pela legislação contábil e fiscal (artigo 385 do RIR/99) a segregar o seu custo de aquisição em: (a) valor do patrimônio líquido; e (b) ágio; (iii) o ganho de capital auferido pela PRSA. RB e Basear foi reconhecido para fins fiscais, tendo sido o pagamento do imposto foi diferido para o momento em que ocorrer a alienação, liquidação ou baixa da sociedade, nos termos do art. 36 da Lei 10.637/02; e (iv) a Copan foi efetivamente incorporada na Recorrente, conforme expressamente autorizado pelo art. 7º da Lei 9.532/97.

Despacho da unidade de origem (fl.1932) atesta o recebimento tempestivo do recurso e cancela o termo de perempção.

Em contrarrazões, a PGFN sustenta, de início, que o argumento preliminar de decadência do lançamento não se sustenta, pois apenas quando ocorrido o fato gerador inicia-se para a Fazenda o prazo de cinco anos para constituir a correspondente obrigação tributária por meio do lançamento, o que não ocorre em relação ao registro de um ágio amortizável decorrente de uma operação societária, sendo tempestivo o lançamento.

Sustenta a indedutibilidade do ágio absorvido pelo recorrente quando da incorporação da empresa PRA, a simulação praticada e a qualificação da multa aplicada, pelas razões a seguir sintetizadas:

- que se discute quem efetivamente adquiriu as ações que pertenciam à empresa SOLAR, e, conseqüentemente pagou pelo ágio, e com qual finalidade; e, em um segundo momento, se esse ágio é dedutível nos termos da legislação vigente;

- que a SPAIPA foi quem efetivamente adquiriu suas próprias ações, com a finalidade de cancelá-las e reduzir o seu capital social, e, com isso, aumentar de forma indireta a participação dos acionistas remanescentes (PRSA, RB e BASCAR), pois, em que pese as empresas PRB e RBA terem figurado como adquirentes de direito dos 16,04% das ações da SPAIPA, elas utilizaram nessa aquisição recursos advindos da emissão de debêntures, em 31/05/2000, através da 18ª AGE da SPAIPA, as quais foram integralmente adquiridas, por sua vez, pela SPAIPA. Os US\$ 38.000.000,00 cobrados pelas proprietárias à época da SOLAR foram pagos pela PRB e pela RBA com os R\$ 70.000.000,00 dados pela SPAIPA, que foram obtidos por meio de empréstimos bancários;

- que as empresas PRB e RBA nada desembolsaram para essa aquisição;

- que inexistiu propósito comercial, pois o aumento das participações dos acionistas sobre a SPAIPA, ocorreu de forma indireta, sem qualquer aquisição de ações, mas sim em razão da diminuição do valor total do capital social da SPAIPA;

- que a origem dos recursos utilizados nessa aquisição, o destino final das ações (com a incorporação da VISION) e a confissão do recorrente de que a intenção de suas acionistas sempre foi aumentar suas participações corroboram as conclusões da fiscalização;

- que o ágio absorvido pelo recorrente com a incorporação da empresa PRA é indedutível, pois, quando da aquisição da participação acionária que pertencia a SOLAR, a SPAIPA, por intermédio da PRB e da RBA, pagou um ágio sobre suas próprias ações no valor de R\$ 43.129.753,30, confundindo-se a sociedade investidora com a investida;

Sobre a simulação, sustenta:

- que a divergência entre a vontade declarada e a vontade real se mostra indiscutível, pois a intenção dos acionistas majoritários da recorrente (PRSA, RB e BASCAR) sempre foi aumentar sua participação acionária nela própria;

- que a origem dos recursos utilizados pelas empresas PRB e RBA na aquisição de parte das ações do recorrente foi a própria SPAIPA.

- que a defesa de que inexistiu negócio dissimulado apontado pela Fiscalização, haja vista que a SPAIPA era impedida por lei (art.30 da Lei nº 6.404/76) e por contrato a realizá-lo, não interessa para fins de caracterização de infração tributária.

Sobre a qualificação da multa aplicada, aduz:

- que o recorrente dolosamente simulou como investimento com ágio a aquisição de suas próprias ações para cancelamento, sem saldo de lucros ou reservas para tanto, e redução do seu capital social, simulando compra e venda de debêntures, constituindo empresas veículos (PRB, RBA, PRA e VISION) e fazendo incorporações artificiais etc.

- que o conluio é inequívoco, ante a ação conjunta e dolosa do recorrente e de todas as empresas que fizeram e/ou fazem parte do seu grupo empresarial no sentido de fazer parecer que esse ágio indedutível fosse dedutível.

Sobre a indedutibilidade dos ágios absorvidos pelo recorrente com a incorporação da VISION e da COPAN (segundo e terceiro ágios), aponta:

- que, para existir, o ágio ou deságio deve sempre ter como origem um propósito negocial (aquisição de um investimento) e um substrato econômico (transação comercial), decorrendo da efetiva aquisição de um investimento oriundo de um negócio comutativo entre partes independentes, o que não ocorreu no caso concreto;

- que as empresas ocuparam simultaneamente, nos dois casos, os dois pólos de todas as negociações, caracterizando negócio consigo mesmo e falta de circulação de riquezas;

- que, com exceção das empresas controladoras do grupo econômico, PRSA, RB e BASCAR, e da SPAIPA, a qual era a única controlada que gerava riquezas próprias, todas as demais empresas envolvidas nas operações societárias (PRB, RBA, VISION e COPAN2000) eram empresas veículos, haja vista que não foram constituídas e/ou utilizadas para fins empresariais, mas tão somente para gerar e transferir o ágio ao recorrente.

Justifica a possibilidade de incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício com base no art. 161 do CTN, arts. 43 e 61 da Lei nº 9.430/96 e Parecer PGFN/CDA nº 1936/2005, bem como o §1º do art. 161 do CTN, o art. 13 da Lei nº 9.065/1995, e a Súmula CARF nº 4, para confirmar a incidência da taxa Selic.

Ao final, pede seja negado provimento ao recurso voluntário.

Posteriormente, peticiona a recorrente alegando que a amortização do ágio é legítima e que o ganho de capital foi efetivamente oferecido à tributação, requerendo a juntada dos seguintes documentos adicionais que comprovariam a efetiva tributação do ganho por parte da PRB e RBA:

• **Razão contábil da PRB e da RBA de Dezembro de 2002 (Docs. no 1 e 2): possível verificar no razão contábil das sociedades um lançamento a débito na Conta 131103050 (Ações da Spaipa) contra um lançamento a crédito na Conta 79999090 (Resultado do Exercício), no valor de R\$ 9.059.543,92, referente ao ganho de capital auferido na aquisição dos ativos a valor de mercado**

*em razão da incorporação. Assim, comprova-se que o ganho de capital foi efetivamente oferecido à tributação.*

• *DIPJ da PRB e da RBA relativa ao evento de incorporação (Docs. no 3 e 41 Nas DIPJs da PRB e RBA apresentadas em 2002 é possível verificar (Ficha 06A) que o ganho de capital auferido na incorporação a valor de mercado por cada uma das empresas, no valor de R\$ 9.059.542,92 integrou o resultado do exercício para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSL (Linha 43).*

4. Sendo assim, resta demonstrado que o ágio gerado na operação de incorporação é válido, suportado por laudo de avaliação elaborado especificamente para este fim e que o ganho de capital foi efetivamente oferecido à tributação. Como bem destacado na sessão de julgamento ocorrida em 7.8.2013, a comprovação de que o ganho de capital foi oferecido tributação pelas sociedades incorporadas confirma o direito à amortização fiscal do ágio, de forma que requer-se o imediato cancelamento da presente exigência fiscal.

É o relatório.

## Voto Vencido

Conselheira Viviane Vidal Wagner, Relatora

Presentes os pressupostos recursais, inclusive o temporal, o recurso deve ser conhecido.

### PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

A recorrente sustenta, inicialmente, que os créditos tributários lançados estariam decaídos, com base no art. 150, §4º do CTN, aduzindo que:

*No primeiro momento (incorporação) é gerada a perda (reflexo patrimonial para o contribuinte) e o lançamento do crédito do ágio é efetuado na escrita fiscal do contribuinte. É a partir dessa data que as autoridades fiscais podem contestar as operações específicas que deram origem ao ágio (aumentos de capital, compra e venda, incorporação, dentre outras).*

*No segundo momento, aquele crédito fiscal registrado e reconhecido pelo contribuinte passará a ser amortizado e deduzido da base de cálculo do IRPJ e da CSL. Trata-se da mera dedução de uma riqueza fiscal que foi lançada e registrada em momento anterior.*

Abstraindo-se da questão da acusação de simulação, quanto ao prazo decadencial, a legislação tributária prevê, no art. 150, §4º, do CTN, o seguinte:

*Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

[...]

*§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, **a contar da ocorrência do fato gerador**; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. [destacou-se]*

O fato gerador, em se tratando de pessoa jurídica tributada pelo lucro real, consoante o disposto na Lei nº 9.430/96, ocorre no momento da apuração do respectivo lucro, como regra, ao final de cada trimestre (art.1º) ou, opcionalmente, ao final do ano calendário (art.2º), como se depreende da leitura dos respectivos artigos:

*Art. 1º A partir do ano-calendário de 1997, o imposto de renda das pessoas jurídicas será determinado com base no lucro real, presumido, ou arbitrado, por períodos de apuração trimestrais, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário, observada a legislação vigente, com as alterações desta Lei.*

[...]

*Art. 2º A pessoa jurídica sujeita a tributação com base no lucro real poderá optar pelo pagamento do imposto, em cada mês, determinado sobre base de cálculo estimada, mediante a aplicação, sobre a receita bruta auferida mensalmente, dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 e nos arts. 30 a 32, 34 e 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995. (Regulamento)*

[...]

*§ 3º A pessoa jurídica que optar pelo pagamento do imposto na forma deste artigo deverá apurar o lucro real em 31 de dezembro de cada ano, exceto nas hipóteses de que tratam os §§ 1º e 2º do artigo anterior.*

De acordo com a lei, homologa-se o lançamento efetuado pelo próprio contribuinte, em que este informa, inclusive, o montante do tributo devido. O que é objeto de homologação é o lançamento do tributo calculado sobre o resultado tributável. Ou seja, para fins de homologação de lançamento, não interessa eventual perda patrimonial registrada no balanço do contribuinte ou seus reflexos contábeis. O que interessa para fins de homologação de lançamento é o resultado tributável (lucro) apurado.

Assim, rechaça-se a tese da recorrente de que “o lançamento fiscal que será homologado pelas autoridades fiscais ocorre no momento em que a perda é gerada” (momento da incorporação).

É evidente que na apuração do lucro são consideradas as despesas com a amortização do ágio, não o seu registro. Vale dizer, um ágio pode ser gerado por diversas causas e ser reconhecido na contabilidade. Enquanto essa constituição não afetar o resultado, inexistente motivo para questionamento por parte do Fisco. A partir do momento em que o ágio passa a ser aproveitado para reduzir o lucro tributável, inicia-se para o Fisco o prazo decadencial de constituição do crédito tributário e a possibilidade de verificar se determinada despesa é ou não dedutível.

Inexiste, pois, a restrição sugerida pela recorrente de que “no momento em que ocorre a efetiva amortização fiscal do ágio, as autoridades fiscais podem apenas contestar aspectos formais relacionados à sua dedutibilidade”.

O lançamento (de ofício) ora contestado refere-se ao IRPJ e CSLL calculados em decorrência do aproveitamento indevido de despesas com a amortização do ágio fictício para fins de redução da base tributável, em razão da acusação fiscal de que a obrigação de adição ao lucro real, prevista no art. 391 do RIR/99, foi ignorada pela recorrente nos anos-calendário de 2005 a 2008.

Com fulcro nessa legislação, a autuação contesta a dedutibilidade da despesa decorrente do ágio, e não o ágio em si, registrado contabilmente, o que afasta o argumento da recorrente de que *“não existe norma específica que autorize as autoridades fiscais a contestarem ágios gerados há mais de cinco anos”* e de que *“uma autuação fiscal que pretenda contestar operações ocorridas há mais de cinco anos ofende ao princípio da segurança jurídica”*.

Como a infração fiscal em análise constitui-se na dedução indevida de despesas de amortização de ágio fictício, gerado internamente, conforme a acusação fiscal, a contagem do prazo para a decadência do direito de lançar inicia-se a partir da data do fato gerador, no caso, em 31 de dezembro de cada ano calendário.

Diante disso, e considerando que o auto de infração foi cientificado à recorrente em 29/10/2010, restou observado o lapso decadencial quinquenal, pela regra do art. 150, §4º, do CTN, mesmo em relação ao período de apuração mais remoto, ocorrido em 31/12/2005. Assim, rejeita-se essa preliminar de decadência, por lhe faltar suporte fático e jurídico.

## MÉRITO

Analisando as operações formalizadas quanto à aquisição de ações da SPAIPA (ora recorrente) pelas empresas PRB e RBA, a constituição da PRA pela PRB e RBA, a incorporação da PRA pela SPAIPA, a incorporação da PRB e RBA pela VISION e a incorporação da VISION pela SPAIPA, a autoridade fiscal considerou que, ao final, a única operação real foi a aquisição pela SPAIPA de parte de suas próprias ações para cancelamento e redução do seu capital social e o aproveitamento fiscal do ágio pago nessa aquisição.

Invocando os arts. 385 e 386 do RIR/99, e arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, foram glosadas as despesas consideradas indedutíveis por decorrerem de um ágio pago por uma empresa na aquisição de suas próprias ações para cancelamento e redução do seu capital.

Diante dos fatos relatados e elementos juntados aos autos, cumpre perquirir sobre o efetivo direito à amortização do ágio gerado pela integralização de participações societárias e posterior incorporação realizada, considerando os argumentos da defesa.

Inicialmente, porém, cabe tecer algumas considerações sobre o tema ágio.

O ágio é formado na aquisição de uma participação societária por valor superior ao valor do patrimônio líquido, quando esse investimento for efetuado em uma sociedade coligada ou controlada.

Na época das privatizações das empresas públicas brasileiras, o legislador criou norma para beneficiar as adquirentes, as quais, na maioria das vezes, adquiriam as participações societárias nas empresas privatizadas por valor superior ao do patrimônio líquido, gerando um ágio, seguido de uma operação de incorporação, fusão ou cisão.

A Lei nº 9.532/97 disciplinou os efeitos fiscais do ágio posteriormente à realização das operações societárias, nos seguintes termos:

*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 subsequêntes 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.

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.

Do texto legal se extrai que 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, segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, que prevê:

*Art 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:*

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

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

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

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

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

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

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

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

Como se vê, de acordo com o art. 20, § 2º, do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, o ágio pode ter fundamento econômico nas seguintes hipóteses: (a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ao custo registrado na sua contabilidade, (b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros ou (c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

A transação onerosa com terceiros, ou seja, entre empresas não ligadas entre si, é pressuposto da geração de ágio e decorre da lei. A leitura que se faz do art. 7º da Lei nº 9.532/97, combinado com o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, implica a verificação de ágio dedutível apenas quando formado entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição.

Assim, o ágio suportado por uma empresa com a aquisição de uma participação societária deve ter como origem um propósito econômico real e um efetivo substrato econômico, concomitantemente.

No presente caso, a fiscalização glosou as despesas de ágio após concluir que seriam indedutíveis.

Em se tratando de glosa de despesas de amortização de ágio constituído em três operações, a primeira delas com fundamentação distinta, cabe analisá-los separadamente.

### **PRIMEIRO ÁGIO**

Os fatos antecedentes à autuação em exame podem ser descritos cronologicamente, conforme síntese abaixo:

- em 28.4.2000, sua composição acionária era: (i) PRSA Participações S/A ("PRSA") detinha 46,98% das ações, (ii) RB Investimentos e Participações Ltda. ("RB") detinha 14,17%, (iii) Basear S/A Imóveis e Participações ("Basear") detinha 16,89%; (iv) Solar detinha 16,04%; e (v) Gribal S/A ("Gribal") detinha 5,92%;

- em 18.5.2000, PRSA, RB e Basear constituem as empresas PRB e RBA;

- em 30.5.2000, PRB e RBA emitem debêntures no valor de R\$ 35.000.000,00 cada uma, para reforçar o capital de giro das companhias;

- em 31.5.2000, PRB e RBA adquirem a participação societária detida pela SOLAR na Recorrente (16,04%), pelo valor de US\$ 38.000.000,00, reconhecendo um ágio na operação, integralmente fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da Recorrente, com base em laudo de avaliação (fls. 95-100);

- na mesma data, a Recorrente capta recursos junto ao Banco Itaú S.A. e Banco Itaú Europa no montante de US\$ 20.000.000,00, e junto ao BNDES no valor de R\$ 14.000.000,00, e aprova a aquisição das debêntures emitidas pela PRB e RBA, até o montante de R\$ 70.000.000,00, passando a ter um crédito contra a PRB e RBA;

- em 20.6.2001, PRB e RBA constituem sociedade denominada PRA, cujo capital social foi subscrito e integralizado com as ações da Recorrente que tinham sido adquiridas da Solar, e que passa a registrar o ágio anteriormente registrado pela PRB e RBA;
- em 1.1.2002, a Recorrente aprova a incorporação da PRA, registrando o ágio pago para aquisição da Recorrente como ativo diferido, e passando a amortizá-lo para fins fiscais;
- em 13.12.2002, a PRSA, a Basear e a RB constituem uma nova sociedade denominada VISION;
- em 31.12.2002, a VISION incorpora as empresas PRB e RBA, e, com isso, passa a ser proprietária dos 16,04% das ações da SPAIPA;
- em 16/04/2003 – a SPAIPA incorpora a VISION, cancela as 21.449.744 ações (16,04%) e reduz seu capital social nessa mesma proporção.

Após registrar que não estava sendo questionada a origem do primeiro ágio, a autoridade fiscal apresentou os motivos da glosa das despesas dele decorrentes, os quais se encontram sintetizados no Termo de Verificação Fiscal e de Encerramento de Fiscalização, *verbis*:

*Como se percebe, tudo converge no propósito maior que era o interesse da fiscalizada (SPAIPA S/A INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS) Em adquirir as ações. Entretanto, em vez de fazê-lo diretamente, simula-se a estratégia com operações intermediárias de constituição de empresas com pessoas ligadas e posterior incorporação, que, incontinentemente, repassou as ações para a própria Spaipa. Em outras palavras, a fiscalização entende que os atos negociais como o Contrato Particular de Compra e Venda de Ações Ordinárias Nominativas da 'Spaipa S/A Indústria Brasileira de Bebidas' e Outros Pactos, a constituição das empresas PRB Investimentos e Participações S/A, RBA Investimentos e Participações S/A, PRA Participações e Investimentos Ltda e suas incorporações (cópias anexas), não representam a real e verdadeira intenção das partes, mas sim a simulação de negócio aparente, ou seja, a vontade material não corresponde à vontade real entre as partes, cuja existência tem o único propósito de ocultar aquele outro negócio subjacente, o negócio dissimulado. [fl.1347]*

A autoridade fiscal reconhece que houve um negócio jurídico efetivo de alienação de participação societária na operação inicial (aquisição da participação da SOLAR na recorrente), mas aponta que teria havido simulação tendente a ocultar o verdadeiro adquirente das ações, como se vê do seguinte trecho:

*Voltando à análise do caso concreto, a constatação é que existiu no contrato de alienação das ações proposital divergência entre a vontade interna (real), de adquirir as ações para a SPAIPA, e a vontade declarada (adquirir as ações para a PRB e para a RBA, que constituíram a PRA e posteriormente foram incorporadas pela Vision, que por fim é incorporada pela Spaipa). A aquisição em nome da PRB e da RBA não*

*correspondeu à verdadeira intenção das partes, formalizando um negócio fantasioso.*

*Tem-se, portanto, que para os fins que aqui interessam, não deve surtir efeitos o negócio simulado, consistente na compra de ações pela PRB e pela RBA com duas incorporações sucessivas. Deve, entretanto, surtir efeitos o negócio verdadeiro, que foi então dissimulado, a compra das ações diretamente pela fiscalizada, SPAIPA S/A INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS. [fls. 1.348]*

Por seu turno, a recorrente sustenta que o ágio em questão decorre de uma operação realizada com terceiros, com pagamento efetivo de preço e pautada em verdadeiras razões empresariais, já que não poderia comprar suas próprias ações, em razão de inexistência de lucros acumulados ou reservas em montante suficiente, nem tampouco reduzir seu patrimônio líquido, em razão de obrigações assumidas com instituições financeiras internacionais. Assim, a estrutura utilizada para aquisição de suas ações era a única que viabilizaria a aquisição, além do fato de o credor pretender ter maiores garantias no recebimento do crédito.

Sustenta que a alegação da Fiscalização não se enquadra no conceito legal de simulação. Alega, ainda, que o suposto ato dissimulado (compra de ações pela própria Requerente) não pode surtir efeitos, uma vez que este tipo de operação só é permitido com o uso de saldo de lucros ou de reservas, e seus lucros não eram suficientes à época para a aquisição.

A controvérsia a ser dirimida pelo colegiado, como bem observou o julgador de primeira instância, “*consiste em definir se as partes que figuraram no contrato como adquirentes das ações correspondem àquelas a quem efetivamente se pretendeu transferir os direitos respectivos, ou se o contrato materializa simulação, porquanto os direitos estariam sendo, em verdade, transferidos a pessoa que não figura no contrato na condição de adquirente das ações*”. Ou seja, cabe verificar se a intenção das verdadeiras acionistas da SPAIPA (PRSA, BASCAR e RB) era adquirir as ações para as empresas PRB e RBA, ou se sua intenção era apenas adquirir as ações em nome dessas duas empresas, para repassá-las à destinatária real.

É necessário investigar a possibilidade de pactuação de um negócio jurídico simulado, tendente a ocultar um outro negócio (dissimulado), verdadeiramente querido pelas partes que o subscreveram, a teor do *caput* do art. 167 do Código Civil.

Para responder a essa questão, cumpre analisar a origem dos recursos utilizados para o pagamento do preço acordado na aquisição das ações da Recorrente.

No momento da negociação, PRSA, BASCAR e RB eram as únicas proprietárias das ações da Recorrente (SPAIPA), já que eram indiretamente proprietárias da quarta acionista (GRIBAL). Para adquirir o capital da SPAIPA, suas acionistas tinham dois caminhos: adquirir para si ou para empresa por elas criadas ou reduzir o volume do empreendimento SPAIPA pela aquisição de suas próprias ações.

Para adquirirem as ações em questão, as acionistas PRSA, BASCAR e RB, diretamente ou através de suas controladas PRB e RBA, deveriam levantar os recursos necessários, no montante de US\$ 38.000.000,00. Por outro lado, caso as ações fossem

compradas pela própria SPAIPA, os recursos extraídos do empreendimento causariam, necessariamente, a redução do seu patrimônio líquido em US\$ 38.000.000,00, o que, segundo a defesa, esbarraria na previsão em contrato de financiamento datado de 1996 com Bank Boston e Lloyds Bank de patrimônio líquido mínimo.

Do “Contrato Particular de Compra e Venda de Ações Ordinárias Nominativas da ‘SPAIPA S.A. Indústria Brasileira de Bebidas’ e Outros Pactos” (fls.105-118), firmado em 31.5.2000, constam (i) como vendedora, a senhora Elizabeth Azurem Furtado Marques dos Santos; e (ii) como compradores, as empresas **PRB INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A**, e **RBA INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A**; (iii) como interveniente garantidora a SPAIPA S.A. INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS; (iv) como fiadoras as empresas PRSA PARTICIPAÇÕES S.A., RB INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, e BASCAR S.A. IMÓVEIS E PARTICIPAÇÕES (acionistas da SPAIPA).

Ainda de acordo com o contrato, as empresas PRB e RBA teriam adquirido o total de 21.449.744 ações ordinárias nominativas da SPAIPA, pelo preço total aproximado de R\$ 70.000.000,00 (setenta milhões de reais), equivalente a US\$ 38.000.000,00 (trinta e oito milhões de dólares americanos).

Formalmente, os recursos para a compra das ações decorreram da emissão, em cada uma das duas empresas (PRB e RBA), de 35.000.000 debêntures, totalizando 70.000.000 debêntures, integralmente adquiridas pela recorrente (SPAIPA), em operação autorizada na sua 18ª Assembleia Geral Extraordinária (fls. 21-22).

Todavia, essa mesma AGE da SPAIPA também aprovou operações de captação de recursos “para reforço de seu capital de giro” a serem efetivadas junto ao Banco Itaú S.A e Banco Itaú Europa, no valor equivalente em moeda nacional a até US\$ 20 milhões e a contratação de financiamento junto ao BNDES, no valor de R\$ 14 milhões (fls. 21). Ou seja, as debêntures não foram adquiridas com excesso de disponibilidade no caixa da SPAIPA, mas, sim, com recursos por ela captados no mercado financeiro.

Como se vê, o valor de aquisição das referidas ações se deu exclusivamente com recursos da própria recorrente (SPAIPA), o que contraria frontalmente o disposto nos arts. 385 e 386 do RIR/99, que permite a dedutibilidade de despesas geradas com ágio decorrente de um investimento realizado por uma empresa (investidora) em outra (investida).

Como foi constatado, no caso concreto, que a SPAIPA adquiriu suas próprias ações por meio de interpostas pessoas, não há acréscimo patrimonial a caracterizar a “mais valia” justificadora de ágio a ser considerado para fins tributários, nos termos do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, representado pela “diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido na época da aquisição”.

Quanto à acusação de simulação, cumpre perquirir sobre a intenção das verdadeiras acionistas da SPAIPA (PRSA, BASCAR e RB) ser era de adquirir as ações para as empresas PRB e RBA, ou se sua intenção era apenas adquirir as ações em nome dessas duas empresas e em seguida transferi-las para o nome de uma outra pessoa, a quem estavam destinadas desde o início, funcionando aquelas (PRB e RBA) como mero veículo.

Dos elementos juntados aos autos se constata uma sequência de negócios com aparência de regulares e visando certo efeito diverso do demonstrado. Ou seja, o que se

depreende da acusação é a caracterização de negócios jurídicos que aparentam conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem, a teor do inciso I do § 1º do art. 167 do Código Civil.

Analisando-se o “Contrato Particular de Compra e Venda de Ações Ordinárias Nominativas da ‘SPAIPA S.A. Indústria Brasileira de Bebidas’ e Outros Pactos” (fls. 105-118) para perquirir o elemento volitivo das partes, verifica-se que pactuaram um negócio jurídico simulado, tendente a ocultar um outro negócio (dissimulado), verdadeiramente querido pelas partes que o subscreveram, a teor do *caput* do art. 167 do Novo Código Civil.

Ao final, a incorporação da PRA pela SPAIPA, em 01/01/2002, conforme contrato da PRA às fls. 209-211; e ata da 24ª AGE da SPAIPA às fls. 23-28, possibilitou que as empresas PRB e RBA entregassem as ações da PRA (que detinha 21.449,744 ações da SPAIPA, acrescida de ágio), e recebessem em troca as mesmas 21.449,744 ações da SPAIPA que haviam utilizado para integralizar o capital na PRA. Como se vê, as mesmas ações voltaram para PRB e RBA.

Destaque-se que, na aquisição, cada debênture tinha valor nominal unitário de R\$ 0,285714 (item “VI.5” da ata da AGE de cada empresa), e o prêmio de subscrição era no valor de R\$ 0,714286 (item VI.17 da ata da AGE). Isso representa um ágio da ordem de 71%, o que reforça a desconfiança sobre a seriedade da operação, ainda mais porque realizada entre partes dependentes.

No caso concreto, o negócio jurídico simulado aparenta transmitir as ações às empresas PRB e RBA, quando a real adquirente é a própria recorrente (SPAIPA), o que se concretizou com a incorporação da empresa VISION, em 15/04/2003, e o cancelamento das 21.449.744 ações (fls. 30-31).

A alegação de que a aquisição direta representaria ferimento à legislação societária e/ou ao contrato firmado com instituições financeiras, longe de afastar a irregularidade das operações, vem confirmar a intenção da recorrente de obter a reavaliação de suas ações por vias transversas, reforçando a acusação fiscal de simulação.

Verificou-se que, a partir do encadeamento de operações societárias complexas, pretendeu a recorrente, intencionalmente, subtrair-se à tributação, através de meio artificial, o que tornou tais operações ilegais, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não permite a evasão tributária por meio de simulação.

A dissonância entre a situação aparente e a situação real decorre dos próprios fatos apurados, como apontado pela PGFN em suas contrarrazões:

- a) uma vontade declarada: a aquisição de um investimento com ágio; e
- b) uma vontade real: a intenção dos acionistas majoritários da recorrente (PRSA, RB e BASCAR) de aumentar sua participação acionária nela própria, com a criação de um investimento artificial a fim de gerar um ágio que seria utilizado pela recorrente;

Restando, assim, caracterizada a utilização indevida das despesas de ágio gerado em situação de simulação, correta a glosa e procedente o lançamento.

No recurso voluntário, a própria recorrente reconhece a verdadeira intenção de aumento da participação societária detida pelos seus acionistas, como se lê:

*(vi) no presente caso, o principal objetivo dos acionistas da Recorrente (real intenção) era aumentar a sua participação detida no capital social da sociedade, através da utilização dos meios disponíveis para aproveitamento da oportunidade de negócios com a Solar. A mentalidade dos acionistas estava integralmente voltada para o aumento no percentual das ações detidas na Recorrente, de forma a incrementar os ganhos a título de dividendos e juros sobre o capital próprio;*

*(vii) em termos práticos, esse objetivo foi atingido, uma vez que, inicialmente, os atuais acionistas da Recorrente (PRSA, Basear e RB) possuíam 78,04% das ações da Recorrente. Ao fim de todo o processo, os acionistas passaram a deter 100% das ações da Recorrente;*

Como bem observado pela DRJ, “a alegada insuficiência de lucros e reservas em montantes exigidos pela lei para a aquisição das ações, em vez de constituir um empecilho para a simulação, constitui um motivo adicional para a realização do negócio de forma simulada, em vez de realizá-lo de forma direta.” (p.15 do acórdão)

Em razão da confusão patrimonial entre investidora (SPAIPA) e investida (SPAIPA), resultante da sequência de operações societárias envolvendo empresas veículo, o que demonstra que as ações foram efetivamente adquiridas pela SPAIPA, o ágio questionado é totalmente insubsistente e indedutível para fins de apuração do lucro real. Assim, mantém-se a glosa.

#### MULTA QUALIFICADA

A multa qualificada foi lançada (fl.1362) com fundamento no art. 44, inciso I e § 1º, da Lei nº 9.430/96, que dispõe:

*“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

*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; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

(...)

*§ 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. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)”*

A recorrente sustenta que a autoridade fiscal limitou-se a indicar a fraude como fundamento da qualificação da multa, o que não encontraria suporte fático, tendo em vista que, segundo ela, as operações praticadas pela recorrente foram efetuadas antes de qualquer incidência tributária.

Do exposto anteriormente, contudo, restou demonstrado que as ações foram adquiridas exclusivamente com recursos da própria recorrente (SPAIPA), ficando evidenciado que não havia intenção das acionistas que representam simultaneamente o capital integral da SPAIPA, da PRB e da RBA de injetar recursos extras para que estas últimas comprassem ações da primeira.

A caracterização de um negócio jurídico simulado, como restou fartamente demonstrado anteriormente, pela aquisição disfarçada de ações próprias, com o objetivo de permitir a criação artificial de um ágio deduzido indevidamente do lucro real e da base de cálculo da CSLL, enquadra-se na hipótese legal de “*ação ou omissão dolosa tendente a (...) excluir ou modificar suas características essenciais (do fato gerador do tributo), de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento*”.

Assim, a acusação de simulação se equipara à de fraude do art. 72 da Lei nº 4.502/64, sendo esse dispositivo plenamente utilizado e acatado pelos órgãos julgadores.

Ademais, cabe referir que na acusação fiscal foi indicado o dispositivo referente ao conluio, o que, à evidência se verifica dos fatos analisados, já que a criação do ágio viabilizou-se pela participação de várias empresas vinculadas, com a finalidade de simular a aquisição por uma delas quando o verdadeiro adquirente era pessoa diversa.

Situação bem semelhante à presente foi analisada no Acórdão nº 101-96.724, julgado na sessão de 28/05/2008, de relatoria da ilustre ex-Conselheira Sandra Maria Faroni, restando decidido o seguinte:

*ATOS SIMULADOS. PRESCRIÇÃO PARA SUA DESCONSTITUIÇÃO.*

*No campo do direito tributário, sem prejuízo da anulabilidade (que opera no plano da validade), a simulação nocente tem outro efeito, que se dá plano da eficácia: os atos simulados não têm eficácia contra o fisco, que não necessita, portanto, demandar judicialmente sua anulação.*

*INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. SIMULAÇÃO. A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. A caracterização dos atos como simulados, e não reais, autoriza a glosa da amortização do ágio contabilizado.*

*MULTA QUALIFICADA A simulação justifica a aplicação da multa qualificada.*

Ao imputar a qualificação de simulada às operações efetuadas em sequência, a autoridade fiscal acaba por afastar a possibilidade de configuração de planejamento tributário lícito, consoante tem entendido a doutrina moderna. Nesse caso, a inoponibilidade das operações ao Fisco decorre de sua própria ilicitude.

Assim, tendo sido constatada situação que se enquadra como fraudulenta, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.602/64, é cabível a multa qualificada de 150% prevista no art. 44, §1º da Lei nº 9.430/96.

## SEGUNDO E TERCEIRO ÁGIOS

Como a autuação do segundo e terceiro ágios têm fundamentos comuns, passa-se a demonstrar os fatos relacionados a cada um deles, para, em seguida, analisar o direito aplicável.

Sobre o ágio envolvendo a empresa VISION, a autoridade fiscal esclarece:

*a) 01/01/2000 – com a incorporação da empresa PRA, as empresas PRSA, RB e BASCAR são acionistas absolutas da empresa SPAIPA. De forma direta, essas empresas detêm 83,96% das ações. De forma indireta, por meio das empresas PRB e RBA, elas detêm os 16,04% restantes.*

*b) 13/12/2002 – as empresas PRSA, RB e BASCAR constituem a empresa VISION com capital social de R\$ 5.000,00;*

*c) 31/12/2002 – sob o comando exclusivo de suas controladoras, a empresa VISION incorpora o patrimônio das empresas PRB e RBA. Nesse momento, 16,04% das ações da SPAIPA (21.449.744 ações) que eram detidos pela PRB e RBA são absorvidos pela VISION pelo seu valor de mercado (R\$ 57.667.008,00), sendo gerado, portanto, um ágio no valor de R\$ 35.038.168,87;*

*d) 15/04/2003 – a empresa SPAIPA incorpora a empresa VISION e absorve para si o ágio no valor de R\$ 35.038.168,87 para futura amortização nos tributos a recolher. (grifos no original)*

Com a incorporação da PRA pela SPAIPA, em 01/01/2002, as empresas PRB e RBA entregaram as ações da PRA (cujo único patrimônio era 21.449,744 as ações da SPAIPA, acrescida de ágio), e receberam em troca as mesmas 21.449,744 ações da SPAIPA que haviam utilizado para integralizar o capital na PRA, o que permitiu à ora recorrente (SPAIPA) amortizar o primeiro ágio.

Em 31/12/2002, com a incorporação das empresas PRB e RBA pela VISION, as 21.449.744 ações da SPAIPA passaram a pertencer à VISION. E, com base em outro laudo de avaliação (fls. 248-296), foi criado um segundo ágio sobre as mesmas ações que já haviam sustentado a criação do ágio número um.

Com a incorporação da VISION pela SPAIPA, em 14/04/2003, foram canceladas as 21.449.744 ações da SPAIPA, que passou a amortizar o segundo ágio.

Sobre o terceiro ágio, envolvendo a empresa COPAN, a autoridade fiscal esclarece:

*a) 15/04/2003 – com a incorporação da empresa VISION, as empresas PRSA, RB e BASCAR são acionistas absolutas da empresa SPAIPA. De forma direta, elas detêm 100% das ações.*

*b) 20/11/2004 – duas pessoas físicas constituem a empresa COPAN2000 HOLDINGS LTDA, com capital inicial de R\$ 1.000,00;*

c) 23/12/2004 – as empresas PRSA, RB e BASCAR adquirem a empresa COPAN2000 e aumentam e integralizam o seu capital social com a totalidade das ações que detêm da SPAIPA pelo seu valor de mercado (R\$ 521.457.000,00). **Nessa operação foi gerado um ágio de R\$ 367.605.308,50.**

d) 28/12/2004 – a empresa SPAIPA incorpora a empresa COPAN2000 e absorve para si o ágio no valor de R\$ 367.457.000,00 para futura amortização nos tributos a recolher. (grifos no original)

Os motivos da glosa do **segundo** e do **terceiro ágio** são idênticos e se encontram sintetizados no Termo de Verificação Fiscal e de Encerramento de Fiscalização, *verbis*:

*O que se evidencia com essas operações é a constituição de uma empresa veículo, no caso a Vision, em que constitui-se a empresa, essa incorpora outras duas, no caso a PRB e RBA – que são proprietárias de 21.449.744 ações ordinárias nominativas da Spaipa por conta da aquisição dessas ações da Solar – e na sequência é incorporada, transferindo o ágio originado internamente pela avaliação da totalidade das ações da Spaipa, entre as quais aquelas adquiridas pela PRB e RBA. (...).*

*Examinando os fatos, evidencia-se que a Spaipa reduziu seu patrimônio líquido agregando parte de suas próprias ações com as operações de incorporação da PRB e RBA pela Vision e a incorporação da Vision pela Spaipa, concluindo-se, assim, o ciclo cujo objetivo era a transferência do saldo do ágio originado internamente, **a custo zero**, para ser amortizado, deduzindo-o, indevidamente, da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, bem como da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL da Spaipa. [fls. 1.349]*

[...]

*De outro lado, em verdade, o que se observa, particularmente nas duas últimas situações, é uma sucessão de negócios com empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico originando ágios internos, criados artificialmente por situações de reavaliações dos mesmos ativos em sociedades que surgem e são extintas em curto lapso temporal, ou pela utilização de sociedades de participação. Ressalte-se, ainda, que das empresas mencionadas, pertencentes ao grupo, e que foram incorporadas, somente a Spaipa S/A Indústria Brasileira de Bebidas tem atividade industrial com sucessivos resultados positivos.*

*(...) O que evidencia-se, de verdade, em relação aos ágios internos originados particularmente, pelas incorporações das empresas Vision Participações Ltda e COPAN2000 Holdings Ltda é a inexistência do fator econômico na configuração do **ágio na aquisição de investimento**. [fl. 1352]*

A fiscalização glosou as despesas decorrentes do segundo e terceiro ágios após concluir que os ágios deduzidos pela recorrente não resultaram de operação onerosa com terceiros, envolvendo pagamento, e sim de operação dos sócios com eles mesmos, em que houve mera reavaliação de ações, além de não se referir a investimento em outra empresa, e sim na própria recorrente.

A recorrente argumenta que a empresa VISION incorporou a PRB e RBA (que seriam as proprietárias das ações) a valor de mercado, com fulcro no art. 21 da Lei nº 9.249/95. Adiciona que essa incorporação a valor de mercado implicou: (i) a reavaliação de ativos pela PRB e RBA a valor de mercado; e (ii) imediata incorporação dos patrimônios reavaliados pela VISION. Tal argumentação não pode prosperar diante dos fatos examinados.

No caso do segundo ágio, o que se verifica do exame dos autos é que as pessoas jurídicas que são, simultaneamente, acionistas da SPAIPA (ora recorrente) e das empresas PRB e RBA, não injetaram nestas empresas recursos suficientes para que estas adquirissem as tais ações da recorrente.

Trata-se, no caso, de um novo ágio constituído sobre as mesmas 21.449.774 ações que a recorrente comprou para si, através das pessoas jurídicas PRB e RBA (que funcionaram como empresas-veículo). Ou seja, este ágio se refere às mesmas ações que foram adquiridas pela SPAIPA para serem posteriormente canceladas, e que passaram temporariamente pela propriedade de outras empresas do grupo (PRB e RBA), visando a criação de ágios amortizáveis do seu lucro real.

Os acionistas da recorrente (PRSA, BASCAR e RB) se reuniram e atribuíram novo valor às 21.449.744 ações, já pertencentes de fato à SPAIPA, e que deram origem ao primeiro ágio acima tratado. Como se vê, inexistiu circulação financeira na transferência dessas ações, pois tanto as empresas PRB e RBA quanto a VISION pertenciam aos mesmos acionistas, o que foi reconhecido pela própria recorrente, como se vê do trecho do recurso voluntário, abaixo:

*244. Nesse particular se equivoca a r. decisão de primeira instância ao afirmar que o ágio só pode ser reconhecido em operações onerosas realizadas com terceiros.*

*245. De fato, a legislação contábil e fiscal vigente à época dos fatos determinava expressamente que sempre que um investimento fosse adquirido por valor superior ao do patrimônio líquido da sociedade (independentemente da forma de aquisição e se a operação fosse realizada com terceiros ou não), o ágio deveria ser reconhecido nas demonstrações contábeis.*

O que se verifica das operações que ensejaram o ágio na aquisição da COPAN2000 (terceiro ágio) é que os acionistas da SPAIPA (ora recorrente) utilizaram as ações que detinham nela para integralizar o capital de outra empresa (COPAN2000), gerando um ágio. Com a incorporação dessa nova empresa pela SPAIPA, menos de quarenta dias após a sua constituição, o ágio gerado retornou aos próprios acionistas titulares de 100% do capital da SPAIPA.

Nesse caso, as empresas PRSA, RB e BASCAR, titulares da recorrente, investiram na COPAN2000 de forma direta, passando a controlá-la exclusivamente. Assim,

evidentemente, ocorreu a confusão entre “alienante” e “adquirente” no momento da geração do ágio cobrado por essas empresas em razão do aumento do capital social da COPAN2000 utilizando a totalidade das ações da SPAIPA. Inexistiu qualquer circulação financeira, porque as empresas PRSA, RB e BASCAR negociaram as ações da SPAIPA consigo mesmas, o que também foi reconhecido pela recorrente, como se vê do trecho do recurso voluntário, abaixo:

*275. Nesse ponto também se equivoca a r. decisão de primeira instância, ao afirmar que “este terceiro ágio também é, inequivocamente, um ágio interno e (...) sua amortização do lucro real não encontra respaldo no artigo 7º da Lei nº 9.532, de 1997.*

*276. Ora, como já demonstrado, a legislação fiscal e contábil vigente à época dos fatos determinava que as empresas deveriam registrar e reconhecer o ágio em qualquer hipótese, independentemente de ter sido gerado internamente ou em operação com terceiros. Apenas a partir da regulamentação contábil expedida a partir de 207 [sic] é que as pessoas jurídicas passaram a poder dar baixa nos ágios gerados em operações dentro do mesmo grupo econômico.*

Em ambos os casos, como reconhecido pela recorrente, o que se verifica é aquilo que a técnica contábil denomina de “ágio gerado internamente”.

Sobre o tema, vale mencionar a posição da Comissão de Valores Mobiliários — CVM, embora destinada às sociedades de capital aberto, com a emissão do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP IV 01/2007 visando esclarecer dúvidas sobre a aplicação das Normas Gerais de Contabilidade. No texto, abaixo transcrito, são destacadas situações semelhantes ao do presente caso, em que empresas de um mesmo grupo econômico geram ágio artificialmente, sem que haja o dispêndio de efetiva despesa (financeira ou patrimonial), o que é rechaçado:

*OFICIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP IV 01/2007*

*Rio de Janeiro, 14 de fevereiro de 2007*

*Aos Senhores Diretores de Relações com Investidores e Auditores Independentes*

*ASSUNTO: Orientação sobre Normas Contábeis pelas Companhias Abertas*

*Prezados Senhores,*

*Os Ofícios-Circulares emitidos pela área técnica da CVM tem como objetivo principal divulgar os problemas centrais e esclarecer dúvidas sobre a aplicação das Normas de Contabilidade pelas Companhias Abertas e das normas relativas aos Auditores Independentes. Esse ofício-circular também procura incentivar a adoção de novos procedimentos e divulgações, bem como antecipar futura regulamentação por parte da CVM e, em alguns casos, esclarecer questões relacionadas as normas internacionais emitidas pelo IASB.*

*A CVM vem, ao longo dos anos da sua atuação, buscando aperfeiçoar e manter atualizado o seu arcabouço normativo*

*contábil, sempre com a participação de segmentos interessados do mercado ou da profissão contábil. Cumpre destacar a importante colaboração recebida da Comissão Consultiva de Normas Contábeis da CVM, que conta com representantes da ABRASCA, APIMEC, CFC, IBRACON, FIPECAFI/USP e colaboradores especialmente nomeados pela CVM, além dos professores Ariovaldo dos Santos (USP), Jose Augusto Marques (UFRJ) e Natan Szuster (UFRJ) e, agora, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis - CPC, recentemente instalado.*

[...]

#### 20.1.7 "Ágio" gerado em operações internas

A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de "ágio".

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.

Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

*Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando hit o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.*

*Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como "arm's length".*

*Portanto, é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade. (destaquei)*

Ainda nesse sentido, registre-se o item 50 da Orientação Técnica CPC 02/2008 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis:

*[...] só pode ser reconhecido o ativo intangível ágio por expectativa de rentabilidade futura se adquirido de terceiros, nunca o gerado pela própria entidade (ou mesmo conjunto de empresas sob controle comum). E o adquirido de terceiros só pode ser reconhecido, no Brasil, pelo custo, vedada completamente sua reavaliação.*

Mais recentemente, como já referiu a decisão recorrida, passaram a integrar as normas contábeis:

a) Comunicado Técnico CR 03 – aprovado pela Resolução CFC Nº 1.157, de 13 de fevereiro de 2009:

*50. É importante lembrar que só pode ser reconhecido o ativo intangível do ágio por expectativa de rentabilidade futura se adquirido de terceiros, nunca o gerado pela própria entidade (ou mesmo conjunto de empresas sob controle comum). E o adquirido de terceiros só pode ser reconhecido, no Brasil, pelo custo, vedada completamente sua reavaliação.*

b) NBC TG 04 – ATIVO INTANGÍVEL, aprovada pela Resolução CFC 1.303/2010:

*“Ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (Goodwill) gerado internamente*

*48. O ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo.*

*48. Em alguns casos incorre-se em gastos para gerar benefícios econômicos futuros, mas que não resultam na criação de ativo intangível que se enquadre nos critérios de reconhecimento estabelecidos na presente Norma. Esses gastos costumam ser descritos como contribuições para o ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente, o qual não é reconhecido como ativo porque não é um recurso identificável (ou seja, não é separável nem advém de direitos contratuais ou outros direitos legais) controlado pela entidade que pode ser mensurado com segurança ao custo.*

*49. As diferenças entre valor de mercado da entidade e o valor contábil de seu patrimônio líquido, a qualquer momento, podem incluir uma série de fatores que afetam o valor da entidade. **No entanto, essas diferenças não representam o custo dos ativos intangíveis controlados pela entidade.**”*

c) NBC TG 01 – REDUÇÃO AO VALOR RECUPERÁVEL DE ATIVOS, aprovada pela Resolução CFC 1.292/2010:

*“125. A NBC 6 19.8 – Ativo Intangível proíbe o reconhecimento de ágio por expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente. Qualquer aumento no valor recuperável do ágio pago por expectativa de rentabilidade futura (goodwill) nos períodos subsequentes ao reconhecimento de perda por desvalorização para esse ativo é equivalente ao reconhecimento de ágio por expectativa de rentabilidade futura gerado internamente (goodwill gerado internamente) e não reversão de perda por desvalorização reconhecida para o ágio pago por expectativa de rentabilidade futura (goodwill).”*

Logo, a necessidade de uma aquisição onerosa de terceiros para formação do ágio deve ser considerada no exame das operações de reorganização societária, para fins de incidência tributária, já que tais operações podem ser utilizadas como instrumento de planejamento tributário, desde que demonstrem os fundamentos econômicos da operação (benefícios operacionais), o que não ocorre quando se adquire de partes interligadas.

No presente caso, verifica-se que a geração do ágio glosado se deu dentro de grupo econômico, cuja definição passa pelo controle societário de umas pelas outras.

Por lhe faltar fundamentação econômica, a reestruturação entre empresas do mesmo grupo econômico, engendrada com o objetivo de reduzir a tributação, como é o caso dos autos, não pode ser oponível ao Fisco.

Neste ponto, a jurisprudência majoritária do CARF tem rejeitado a dedutibilidade das despesas decorrentes de ágios internos. Como fundamento subsidiário, cabe transcrever as conclusões do voto do ilustre Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães quando apreciou a questão do ágio interno gerado mediante reorganização societária envolvendo apenas empresas sob controle comum, no Acórdão nº 1301-00.058, decidido à unanimidade pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do Carf, em sessão de 13 de maio de 2009, *litteris*:

*O que se observa é que os administradores da Recorrente e de outras empresas a ela ligadas, em um prazo de cinco dias, tomando por base uma avaliação discutível do seu patrimônio, aproveitaram-se de uma reorganização societária para fazer surgir uma despesa vultosa, classificada como AGIO, e, a partir daí, reduzir o lucro tributável.*

*O planejamento tributário engendrado pela Recorrente, que ao menos no que tange aos seus efeitos fiscais revela o lado perverso das práticas adotadas sob esse manto, representou, em síntese, a criação de uma despesa que tem por base a própria mais valia do seu patrimônio, isto é, a contribuinte, a partir de uma avaliação encomendada por ela própria, fez refletir no seu ativo os resultados de uma suposta rentabilidade futura e, por meio de uma reorganização societária, sem despender um único centavo, transformou essa mais valia em uma despesa.*

*Como salientado pela autoridade fiscal, o ágio objeto de amortização por parte da Recorrente, na forma como foi criado,*

*representa a sua própria expectativa de lucro, nascida em decorrência da avaliação solicitada da empresa ERNST & YOUNG.*

*O que salta aos olhos é que, como bem ressaltou a autoridade fiscal, a intenção da Recorrente foi, paralelamente aos interesses estritamente societários, forjar a existência de um ágio para, a partir da conseqüente redução da incidência tributária, propiciar ganhos para os seus acionistas. -*

*Note-se que a autoridade fiscal, ainda que tenha tratado o ágio apropriado como fruto de artificialismo, não questionou os motivos alegados pela Recorrente para promover as operações aqui tratadas, ou seja, diferentemente do arguido por ela, não se imiscuiu em seus negócios, declarando-os ilegais ou ilegítimos. Apenas e tão-somente demonstrou que os efeitos fiscais buscados pela empresa, a luz da legislação do imposto de renda, não poderiam ser admitidos.*

*A meu ver, outra não poderia ser a conclusão, pois, no caso vertente, em que a despesa apropriada decorreu de mais valia do patrimônio daquela que almeja beneficiar-se de sua dedutibilidade, não há que se falar em ágio decorrente de aquisição de participação societária.*

Assim, a presença concomitante dos requisitos propósito econômico real, assim como um efetivo substrato econômico é imprescindível ao reconhecimento da existência de ágio suportado por uma empresa com a aquisição de uma participação societária.

O papel do laudo de avaliação não é relevante, nesse caso, pois não é o documento que gera o ágio. A rentabilidade futura deve ser passível de ser verificada no caso concreto, o que fica prejudicado quando se tratam de empresas vinculadas.

Nesse sentido, as operações realizadas em datas muito próximas, além de denotar ausência de propósito negocial e de substrato econômico, reforçam o vínculo entre as envolvidas no processo de reestruturação societária que deram ensejo ao ágio sob exame.

O presente caso envolve ágio formado a partir de operação entre empresas do mesmo grupo, com a participação de empresa veículo, sem dispêndio de recursos e tendo como rentabilidade futura os lucros da própria empresa incorporada. Acrescente-se a isso a ausência de um intervalo mínimo entre as operações e se está diante de um ágio formado sem qualquer propósito negocial e sem substrato econômico. Logo, indedutível, por ausência dos requisitos de dedutibilidade.

Em sua defesa, a recorrente limita-se a tentar enquadrar o procedimento adotado nos dispositivos legais. Todavia, as alegações são insuficientes para afastar os elementos apontados pela autoridade fiscal como indicativos da artificialidade das operações.

Cumpra afastar, ainda, a alegação de validade do procedimento gerador do terceiro ágio na vigência do art. 36, da Lei nº 10.637, de 2002. Até sua revogação, a partir de 1º de janeiro de 2006, o referido dispositivo previa:

*Art. 36. Não será computada, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da*

*pessoa jurídica, a parcela correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa jurídica. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*§ 1º O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido: (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*I - na alienação, liquidação ou baixa, a qualquer título, da participação subscrita, proporcionalmente ao montante realizado; (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*II - proporcionalmente ao valor realizado, no período de apuração em que a pessoa jurídica para a qual a participação societária tenha sido transferida realizar o valor dessa participação, por alienação, liquidação, conferência de capital em outra pessoa jurídica, ou baixa a qualquer título. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*§ 2º Não será considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação, observadas as condições do § 1º. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)*

Nota-se que o previsto pelo art. 36 da Lei nº 10.637/2002, assim como pelos arts. 385 e seguintes do RIR/99, não visa refletir a reavaliação de uma participação societária por equivalência patrimonial, mas decorre da *mais valia* embutida no preço pago por um investimento.

À vista disso, o acréscimo patrimonial correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital e o valor contábil dessa participação societária, deverá ser levado à tributação somente por ocasião da alienação, liquidação, baixa, ou conferência de capital em outra pessoa jurídica, nas condições estabelecidas no dispositivo. Em não havendo interesse em alienar, liquidar ou baixar a participação societária em jogo no caso concreto, por pertencer às mesmas pessoas, nunca haverá tributação.

Nesse sentido, é precisa a fundamentação contida no voto da ilustre Conselheira Edeli Pereira Bessa dado no processo administrativo nº 10980.017339/2008-78, que, embora vencido, representa a melhor interpretação da norma:

*Do disposto no art. 36 da Lei nº 10.637/2002 infere-se que o legislador instituiu ali um benefício na tributação do ganho auferido na transferência de participação societária por valor superior ao patrimonial, na medida em que, verificando-se esta transferência em sede de integralização de capital de outra sociedade, aquela participação pertenceria ao mesmo titular que inicialmente a detinha, mas agora de forma indireta. Diferiu,*

*assim, sua tributação para momento futuro, no qual esta participação indireta deixasse de existir.*

*E, se esta transferência se dá sem a participação de terceiros, ou seja, de forma que a titularidade da participação societária, ao final, permaneça com as mesmas pessoas que inicialmente as detinham, há, tão só, reavaliação do investimento, e não ágio por expectativa de rentabilidade futura.*

*Neste sentido, inclusive, são as lições de Hiromi Higuchi et alli, em sua obra Imposto de Renda das Empresas — Interpretação e prática (Editora IR Publicações, 290 edição, p. 360) ao tratar da reavaliação de participações societárias:*

*O art. 438 do RIR/99 dispõe que será computado na determinação do lucro real o aumento de valor resultante de reavaliação de participação societária que o contribuinte avaliar pelo valor de patrimônio líquido, ainda que a contra partida do aumento do valor do investimento constitua reserva de reavaliação.*

*Se a pessoa jurídica reavaliar investimento avaliado pela equivalência patrimonial não poderá diferir a tributação da contrapartida. O diferimento da tributação só é possível na reavaliação de participação societária avaliado pelo custo de aquisição. Neste caso, após a reavaliação se o investimento passar a ser avaliado pela equivalência patrimonial, o diferimento cessará.*

*A Receita Federal teve a infelicidade de incluir o art. 39 da MP nº 66, de 29-08- 2002, convertido no art. 36 da Lei nº 10.637, de 30-12-2002, dispondo:*

*I-...I A aplicação daquele artigo dá ensejo a planejamento tributário para aumentar o patrimônio líquido nas duas empresas, para cálculo de juros sobre o capital próprio. A empresa A que tem investimento na empresa B transfere o investimento como integralização de capital na empresa C, por valor bem superior ao contábil. A empresa A escritura a contrapartida da mais valia no resultado mas faz exclusão na determinação do lucro real e base de cálculo da CSLL, aumentando o patrimônio líquido com diferimento da tributação. A empresa C também aumentou o seu patrimônio líquido sem tributação.*

*A única forma de a Receita Federal corrigir a infelicidade é, por ato normativo, dizer que o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 é aplicável somente para os investimentos avaliados pelo custo de aquisição. Isso porque, para os investimentos avaliados pela equivalência patrimonial existe a vedação do art. 438 do RIR/99, que por ser lei específica não foi revogado.*

Diante de todos os argumentos até aqui expostos, considera-se que o aproveitamento de ágio gerado internamente para fins tributários é de ser rechaçado. Nesse sentido se incluem os ágios decorrentes da incorporação das empresas VISION e COPAN (segundo e terceiro ágios).

Todavia, devido a grande repercussão que teve, cabe tecer algumas considerações sobre o voto que se afastou da jurisprudência sedimentada nessa matéria,

consubstanciado na decisão proferida recentemente no acórdão nº 1101-00708, de 11/04/2012, aprovado por maioria de votos, no processo mencionado anteriormente. Com a devida vênia do entendimento da maioria da turma, os fundamentos apontados no voto vencedor verificam-se frágeis, como se demonstrará.

Sobre o tema de interesse, ficou consignado na ementa:

*ÁGIO INTERNO. A circunstância de a operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracteriza o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação fiscal. A distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de ágio interno) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo, não é relevante para fins fiscais.*

Como um dos principais argumentos favoráveis à tese da possibilidade de amortização do ágio interno, foi referido o artigo “*Incorporação reversa com ágio gerado internamente: consequências da elisão fiscal sobre a contabilidade*”, de autoria dos professores Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Junior, disponível no endereço da Internet <http://www.congressosp.fipecafi.org/artigos42004>.

Os autores são renomados profissionais da área contábil que, nesse estudo, abordaram a modalidade de incorporação reversa que toma por base o ágio gerado internamente, analisando e concluindo que, contabilmente, referido evento, do ponto de vista estritamente técnico, não é admissível, mas, do ponto de vista tributário, haveria previsão legal para sua consecução de acordo com o art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002. As conclusões do referido trabalho, literalmente, foram:

*O surgimento do ágio em operações de combinação de negócios, realizadas dentro de um mesmo grupo societário, não tem sentido econômico. A Contabilidade, sabiamente, expurga essa informação ao considerar o grupo societário uma entidade única, quando reporta suas demonstrações consolidadas. O correto, contabilmente, é fazer o mesmo nas demonstrações individuais também.*

*Entretanto, o respaldo em legislação tributária para o fenômeno – ágio gerado internamente – dá sentido econômico à operação. Há de fato riqueza sendo gerada pelo grupo societário nesses arranjos só que, no caso, está sendo transferida do Estado para o grupo via renúncia fiscal. É bem verdade que referido respaldo legal concorre, ainda que indiretamente, para o retrocesso do estágio avançado de desenvolvimento em que se encontra a Contabilidade Brasileira. A bem da verdade, pavimenta um caminho tortuoso: o fomento à indústria do ágio.*

Enquanto desenvolviam o assunto dentro de sua área de especialização, a contabilidade, os doutrinadores reconheceram categoricamente que o ágio gerado internamente não tem sentido econômico. De outro lado, ao adentrarem no campo tributário, concluíram que a legislação tributária, mais especificamente, o art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, é que daria sentido econômico à operação de geração de ágio interno.

Note-se que a interpretação dada pelos ilustres contabilistas contraria a jurisprudência pacificada pelos tributaristas integrantes do principal órgão de julgamento dos litígios tributários do país.

Por oportuno, transcrevo outro trecho do voto vencido no acórdão nº 1101-00.708, em que a ilustre Conselheira Edeli Pereira Bessa aponta a contradição presente no referido artigo:

*Consignou esta Relatora a contradição presente em referido artigo, que de um lado conceitua ágio como resultado econômico obtido em um processo de compra e venda de ativos líquidos (net assets), quando estiverem envolvidas partes independentes não relacionadas, e repudia o reconhecimento de resultado derivado de transações entre entidades sob o mesmo controle, ou seja, sob a mesma vontade, concluindo ser inadmissível o surgimento de ágio em uma operação realizada dentro de um mesmo grupo econômico, mas de outro infere que a Fazenda Pública admite a dedução as amortizações deste valor como sendo ágio.*

*Dizem Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Junior que o artigo 36 da Lei no 10.637/2002 permite que grupos econômicos, em operações de combinação de negócios, criem, artificialmente, ágios internamente, por intermédio da constituição de "sociedades veiculo", que surgem e são extintas em curto lapso temporal, ou pela utilização de sociedades de participação denominadas "casca", com finalidade meramente elisiva. Mas, como visto, o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 deixa claro que não há renda tributável nestas operações, e determina o diferimento de eventual ganho de capital contabilizado. Para manter a coerência com este entendimento, o ágio eventualmente contabilizado em razão desta mesma operação não pode ser classificado como tal, nem ter os mesmos efeitos de uma mais-valia paga pela aquisição de um investimento entre partes não relacionadas.*

*Repudia-se, portanto, a afirmação contida naquele artigo, no sentido de que a Fazenda Pública perde porque permite a dedutibilidade da quota de ágio amortizada para fins de IRPJ e base de cálculo da CSLL, pois nenhum ato normativo da Receita Federal admite tal dedução. A resposta dada pela Fazenda Pública a estas ocorrências está expressa em reiterada jurisprudência administrativa deste Conselho, citada pela Procuradoria da Fazenda Nacional em suas contrarrazões, a qual manteve, até agora, todas as exigências formalizadas em razão da glosa do ágio gerado neste tipo operações.*

*Na medida em que o lucro real tem por base o lucro contábil, deve-se aplicar aqui o entendimento doutrinário acerca do que pode ser admitido conceitualmente como ágio, até porque, o art. 110 do CTN não permite à lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias. E, como*

*extensamente demonstrado neste voto, não so o artigo em destaque, como também a mais abalizada doutrina contábil, reafirmada pela Comissão de Valores Mobiliários, sempre repudiou a classificação da mais-valia gerada em operações intra-grupo como ágio.*

*Em síntese, como dito por esta Relatora durante a sessão de julgamento, não há o que se falar, aqui, em operações envolvendo entidades "A", "B" e "C", na medida em que o resultado final desta reorganização é a manutenção do controle de "A" sobre "B", que apenas transitoriamente passou a indireto, sob a titularidade da empresa veículo "C". Inexiste aquisição entre "A" e "C", inexistente ágio.*

De outro lado, no voto vencedor, a artificialidade da conduta foi descrita como expressão genérica, no sentido de que o tudo o que foi realizado de modo intencional (pelo contribuinte) é artificial e que “o fato de sua conduta ser intencional (artificial), não traz qualquer vício” [à operação].

A afirmação de que tudo que é intencional é artificial parece se espelhar na tese do escritor inglês Thomas Browne, que, no século XVII, escreveu: “*tudo é artificial, uma vez que a Natureza é a arte de Deus*”. Em outras palavras, tudo o que o homem constrói, seja de ordem material ou imaterial, é artificial. Sob esse prisma, a afirmação faz sentido.

Ocorre que, dentro do ordenamento jurídico pátrio vigente no século XXI, intencionalidade não se confunde com artificialidade. Para fins tributários, é artificial a conduta (intencional, obviamente), mas que busca subterfúgios ou caminhos alternativos para escapar à tributação correta. Corresponde à intenção de se evadir à tributação criando mecanismos falsos. Veja-se o exemplo do art. 285 do RIR/99:

*Art. 285. É facultado à autoridade tributária utilizar, para efeito de arbitramento a que se refere o artigo anterior, outros métodos de determinação da receita quando constatado qualquer **artifício** utilizado pelo contribuinte visando a frustrar a apuração da receita efetiva do seu estabelecimento (Lei nº 8.846, de 1994, art. 8º). (destaquei)*

Nesse caso, como em tantos outros, o termo “artifício” utilizado pelo legislador refere-se a um procedimento e desacordo com o que seria esperado na situação, com vistas a obter indevida desoneração tributária.

Nos casos de ágio gerado internamente, a artificialidade está na conduta de se majorar o patrimônio apesar da inexistência de efetivo desembolso de recursos e de efetiva mudança de controle acionário, com o único propósito de reduzir a base tributável pelo aproveitamento de despesas de amortização do respectivo ágio. Todavia, é incabível a apropriação de despesas que não foram incorridas, pois, como não há transferência de controle entre as empresas, logicamente, não há aquisição de nova propriedade.

A lei não permite ágio interno, porque deve ser interpretada de modo a se evitar a conduta abusiva, tendo em conta as exigências do bem comum e a função social da empresa, prevista no art. 170 da Constituição Federal.

A segurança jurídica, no caso, decorre da interpretação racional e lógica do ordenamento jurídico, pautado em orientações consistentes de órgãos normativos e na jurisprudência consolidada do órgão de julgamento (CARF), como demonstrado acima.

Como a recorrente, em sua defesa, não logrou desconstituir os argumentos da autoridade fiscal, e diante da evidente caracterização de ágio formado internamente, outra não pode ser a conclusão senão pela indedutibilidade das despesas de ágio na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL devidas no período fiscalizado.

Em relação à petição derradeira, cabe referir que eventual tributação do ganho por parte da PRB e RBA em nada altera as conclusões acima sobre a indedutibilidade das despesas de amortização de ágio pela recorrente.

A amortização do ágio nas operações de incorporação, fusão e cisão é regulada pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Como se viu, não há nada no art. 36 da Lei nº 10.637/2002 que autorize a amortização de ágio e a dedução da respectiva despesa (seja “ágio interno” ou não), pois trata-se de hipótese de reavaliação do investimento. Assim, também não assiste razão à recorrente quando sustenta que o ágio, ainda que gerado internamente, poderia ser amortizado, já que houve o recolhimento do IRPJ e da CSLL devidos sobre o ganho de capital respectivo.

### **JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO**

A recorrente ainda questiona a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício. Sem razão, como se demonstrará.

A matéria juros de mora sobre a multa de ofício tem sido objeto de julgamento reiterado em sentido oposto, podendo ser referidos os acórdãos abaixo:

*JUROS SOBRE MULTA — sobre a multa de ofício devem incidir juros a taxa Selic, após o seu vencimento, em razão da aplicação combinada dos artigos 43 e 61 da Lei nº 9.430/96. (Acórdão 120200.138, de 30/07/2009. Relator Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes).*

*JUROS SOBRE MULTA. A multa de ofício, segundo o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430/96, deverá incidir sobre o crédito tributário não pago, consistente na diferença entre o tributo devido e aquilo que fora recolhido, Não procede o argumento de que somente no caso do parágrafo único do art. 43 da Lei nº 9.430/96 é que poderá incidir juros de mora sobre a multa aplicada. Isso porque a previsão contida no dispositivo refere-se à aplicação de multa isolada sem crédito tributário, Assim, nada mais lógico que venha dispositivo legal expreso para fazer incidir os juros sobre a multa que não torna como base de incidência valores de crédito tributário sujeitos à incidência ordinária da multa. (Acórdão 140100.155, de 28/01/2010. Relator Conselheiro Antonio Bezerra Neto).*

Deste colegiado, pode ser referido o Acórdão nº 1202-00756, de 12/04/2012, cujo voto vencedor foi prolatado por esta relatora no seguinte sentido:

### **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.*

Igualmente, aqui, cabe utilizar os mesmos fundamentos registrados por esta relatora no voto vencedor do acórdão nº 9101.00539, de 11/03/2010, em que a 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais manteve a incidência dos juros de mora, devidos à taxa Selic, sobre a multa de ofício. Os fundamentos podem ser sintetizados assim:

(i) 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;

(ii) todavia, uma norma não deve ser interpretada isoladamente dentro do sistema tributário nacional, já que *interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do direito.*” (Juarez Freitas, 2002, p.70);

(iii) interpretar sistematicamente implica excluir qualquer solução interpretativa que resulte logicamente contraditória com alguma norma do sistema;

(iv) no sistema tributário nacional, há de ser uniforme a definição de crédito tributário, considerado como “*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).*” (Hugo de Brito Machado, 2009, p.172);

(v) o conceito de crédito tributário, nos termos do art. 139 do CTN, comporta tanto o tributo quanto a penalidade pecuniária;

(vi) 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, o que inclui a multa de ofício proporcional.

(vii) a multa de ofício, prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/96, é exigida “*juntamente com o imposto, quando não houver sido anteriormente pago*” (§1º).

(viii) no momento do lançamento, a multa de ofício agrega-se ao tributo, tornando-se ambos obrigação de natureza pecuniária, ou seja, principal;

(ix) a obrigação principal referente à multa de ofício converte-se em crédito tributário a partir do lançamento, consoante previsão do art. 113, §1º, do CTN;

(x) 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;

(xi) 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;

(xii) o art. 161 do CTN não distingue a natureza do crédito sobre o qual deve incidir os juros de mora, ao dispor que o “crédito” não pago integralmente no seu vencimento é acrescido de juros de mora, independentemente dos motivos do inadimplemento;

(xiii) o art. 61 da Lei nº 9.430/96, 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 reforçado pelo fato de o art. 43 da mesma lei prescrever expressamente a incidência de juros sobre a multa exigida isoladamente, o que contribui para afastar eventual alegação de incompatibilidade entre os institutos juros e multa;

(xiv) a partir do trigésimo primeiro dia do lançamento, caso não pago, o montante do crédito tributário, que pode ser constituído, como se viu, 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, consoante 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.”

Adotando a linha de raciocínio acima exposta, do ilustre Conselheiro Claudemir Rodrigues Malaquias prolatou o voto vencedor no Acórdão nº 910101.191, da sessão de 17 de outubro de 2011 da mesma 1ª Turma da CSRF.

Mais recentemente, a 1ª Turma da CSRF manifestou-se no mesmo sentido, como se extrai do Acórdão nº 9101-001.474, de 14 de agosto de 2012:

*Assunto: Juros de mora sobre multa de ofício.*

*A melhor exegese da remissão feita pelo caput do art. 30 aos débitos referidos no art. 29, ambos da Lei nº 10.522/02, leva à conclusão que alcança todos os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, inclusive os relativos à multa de ofício.*

O redator designado, o ilustre conselheiro Alberto Pinto Júnior, ao elaborar o voto vencedor naquele caso, acrescentou os seguintes argumentos:

*Assim, vale analisarmos o art. 161 do CTN, o qual assim dispõe:*

*"Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.*

*§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.*

....."

*Note-se que o termo crédito no caput do art. 161 vem desacompanhado do adjetivo "tributário", o que deixa clara a intenção do legislador de, nele, incluir também multas (ad valorem ou específicas). A mesma preocupação teve o legislador nos §§ 1º e 3º do art. 113 do CTN, pois, ao dispor que a*

*penalidade se converte em obrigação qualificou apenas com o adjetivo principal (obrigação de dar), mas não com o adjetivo "tributário". Tal cuidado Por sua vez, não procede a alegação da contribuinte de que a expressão "sem prejuízo de outras penalidades cabíveis" levaria à conclusão de que a multa de ofício (punitiva) não estaria contida no termo "crédito". Ora, a referida expressão autoriza o legislador ordinário a criar multas de caráter moratório, pois, da simples leitura do dispositivo, verifica-se que a penalidade ali tratada tem como causa apenas a impontualidade. Daí porque toda a argumentação do contribuinte está correta, mas apenas no que tange à multa de mora.*

*Realmente, à luz do caput do art. 161 do CTN não incidem juros de mora sobre multa de mora, logicamente, quando for o caso de sua aplicação. Agora, quanto à multa de ofício, cuja causa não reside na mera impontualidade, esta compõe o crédito devido e, por consequência, sofre a incidência dos juros de mora.*

*Assim sendo, em caso de vazio normativo, incidirá, por força do § 1º do art.161, juros de mora à taxa de 1% a.m.. Cabe, então, agora, verificarmos se a matéria foi realmente disciplinada no art. 30 da Lei nº 10.522/02, para tanto, trago à colação tanto o art. 30 como o dispositivo a que ele se remete, in verbis:*

*"Art. 29. Os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional e os decorrentes de contribuições arrecadadas pela União, constituídos ou não, cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31 de dezembro de 1994, que não hajam sido objeto de parcelamento requerido até 31 de agosto de 1995, expressos em quantidade de Ufir, serão reconvertidos para real, com base no valor daquela fixado para 1º de janeiro de 1997.*

*§ 1º A partir de 1º de janeiro de 1997, os créditos apurados serão lançados em reais.*

*Art. 30. Em relação aos débitos referidos no art. 29, bem como aos inscritos em Dívida Ativa da União, passam a incidir, a partir de 1 de janeiro de 1997, juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) no mês de pagamento.*

*Surge de plano uma questão a ser dirimida, qual seja, se a remissão feita, pelo **caput** do art. 30, aos débitos referidos no art. 29, limita-se ou não aos débitos cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31 de dezembro de 1994. Ora, a remissão é técnica legislativa que visa abreviar o texto legal, evitando repetições desnecessárias. Todavia, há que ser cuidadosamente analisada, pois não pode levar a uma interpretação desarrazoada, resultante da absorção puramente mecânica e literal de uma norma pela outra. Desarrazoado é aquilo em que não se observa a lógica, a razão, é o despropósito. Logo,*

*concordo com as colocações da Fazenda Nacional quando afirma que fere a lógica concluir que apenas as multas de ofício anteriores a 1995 sofreriam a incidência da taxa SELIC, enquanto que as multas posteriores sofreriam a incidência de outra taxa de juros.*

*Assim, entendo que a melhor exegese leva-nos a concluir que a remissão feita pelo **caput** do art. 30 alcança apenas a expressão "débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional e os decorrentes de contribuições arrecadadas pela União", razão pela qual, no presente caso, concluo que incidem juros de mora à taxa Selic sobre as multas de ofício ad valorem.*

Vê-se que todos os argumentos retro mencionados convergem para a conclusão de que é perfeitamente legal e válida a cobrança de juros moratórios sobre a multa de ofício lançada.

### **JUROS DE MORA À TAXA SELIC**

Sobre o questionamento da taxa utilizada no cálculo dos juros de mora em relação a todo o débito, da mesma forma, não tem razão a recorrente.

Diante da previsão contida no parágrafo único do art. 161 do CTN, para fins de correção dos débitos para com a União, a partir de abril de 1995, tem-se a taxa Selic, instituída pela Lei nº 9.065/95.

A incidência dessa taxa sobre os débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil é ponto pacífico na jurisprudência desde a edição da Súmula CARF nº 4:

***Súmula CARFnº 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.*

Sendo devidos os juros à taxa Selic, nega-se provimento ao recurso nessa parte.

### **DISPOSITIVO**

Em face do exposto, rejeita-se a preliminar de nulidade e, no mérito, nega-se provimento ao recurso.

*(assinado digitalmente)*

Viviane Vidal Wagner

## Voto Vencedor

Conselheiro Plínio Rodrigues Lima, Redator designado

Trata o presente voto apenas do julgamento de juros sobre a multa de ofício, objeto de impugnação específica.

Entendo necessária para o deslinde da controvérsia sobre a incidência de juros moratórios sobre a multa de ofício uma breve abordagem sobre a natureza jurídica destes institutos no direito tributário.

Sobre a multa de ofício, valho-me da seguinte lição do Professor Luciano Amaro (*in Direito Tributário Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 19ª ed., p. 458):

*Ai é que se põe a noção de infração, traduzida numa conduta (omissiva ou comissiva) contrária ao direito.*

(...)

*No direito tributário, a infração pode acarretar diferentes conseqüências. Se ela implica falta de pagamento de tributo, o sujeito ativo (credor) geralmente tem, a par do direito de exigir coercitivamente o pagamento do valor devido, o direito de impor uma sanção (que há de ser prevista em lei, por força do princípio da legalidade), geralmente traduzida num valor monetário proporcional ao montante do tributo que deixou de ser recolhido. Se se trata de mero descumprimento de obrigação formal (“obrigação acessória”, na linguagem do CTN), a conseqüência é, em geral, a aplicação de uma sanção ao infrator (também em regra configurada por uma prestação em pecúnia). Trata-se das multas ou penalidades pecuniárias, encontradas não apenas no direito tributário, mas também no direito administrativo em geral, bem como no direito privado.*

Portanto, a multa de ofício representa a sanção pelo descumprimento do dever legal de pagar o tributo.

Por sua vez, os juros moratórios decorrem da demora por parte do devedor em adimplir a obrigação. Sobre o tema, leciona o Dr. Glauber Moreno Talavera (*in Aspectos jurídicos controversos dos juros e da comissão de permanência*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 128):

*Em síntese apertada, os juros moratórios consistem no montante previamente fixado ou apurado mediante aplicação de um percentual sobre o valor do principal, estipulado contratualmente ou decorrente da lei, devido pelo contraente que não adimpliu as obrigações assumidas no ato da celebração da avença.*

(...)

Por conseguinte, na hipótese de incidirem juros moratórios sobre a multa de ofício, estes necessitam de expressa previsão legal, uma vez que fazem aumentar o valor da multa e esse aumento há de possuir amparo legal em obediência ao inciso XXXIX, do art. 5º, da Constituição de 1988.

O STJ tem o seguinte entendimento sobre esse tema:

*AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.688 - PR (2012/0153773-0)*

*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.(g.n.o)*

*2. Agravo regimental não provido.*

Na mesma linha de raciocínio, esta Turma já se pronunciou sobre a controvérsia, por meio do Acórdão nº 1202000.972, com a seguinte ementa:

*JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO. SELIC.*

*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.(g.n.o)*

Pela clareza dos fundamentos deste Acórdão, peço vênias para transcrevê-los:

*Voto Vencido*

*Conselheiro **Geraldo Valentim Neto, Relator***

*(...)*

*Por fim, acerca da incidência dos juros sobre o valor exigido a título de multa de ofício, merece ser acolhida a alegação da Recorrente, consoante entendimento da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Vejamos:*

*"RECURSO ESPECIAL – CONHECIMENTO. Não deve ser conhecido o Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional quando inexistir similitude fática entre o acórdão paradigma e o acórdão recorrido.*

*JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO – INAPLICABILIDADE – Os juros de mora só incidem sobre o*

*valor do tributo, não alcançando o valor da multa de ofício aplicada.” (CSRF, 1ª Turma, Acórdão n.º 910100.722, data: 08.11.2010)(g.n.o)*

*Neste mesmo sentido, são vários os acórdãos deste E. Conselho.*

*Vejam os:*

*[...] JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A Lei 9,430/96 não prevê a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício. O art. 161, § 1º, que se subordina ao caput, prevê supletivamente a aplicabilidade de juros de mora à taxa de 1% ao mês. O art. 161, caput, do CTN prevê a incidência de juros de mora antes de imposição das penalidades cabíveis. Sobre a multa de ofício são inaplicáveis juros de mora. [...] (CARF 1ª Seção / 3a. Turma da 1a. Câmara / ACÓRDÃO 110300.193 em 18/05/2010 / Publicado no DOU em: 14.03.2011)(g.n.o)*

*[...] INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO INAPLICABILIDADE*

*Não incidem os juros com base na taxa Selic sobre a multa de ofício, vez que o artigo 61 da Lei n.º 9.430/96 apenas impõe sua incidência sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições. Igualmente não incidem os juros previstos no artigo 161 do CTN sobre a multa de ofício. (1º Conselho de Contribuintes / 1ª Câmara / ACÓRDÃO 10196.523 em 23.01.2008 / Publicado no DOU em: 11.12.2008)(g.n.o)*

*[...] JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO INAPLICABILIDADE*

*Os juros com base na taxa Selic não devem incidir sobre a multa de ofício, vez que o artigo 61 da Lei n.º 9.430/96 apenas impõe sua incidência sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições. Igualmente, não incidem os juros previstos no artigo 161 do CTN sobre a multa de ofício. As polêmicas e controvérsias sobre esse assunto vem de longa data, o que já fragiliza a tese em favor da incidência, pois, **tratando-se de norma punitiva, com implicação direta na dimensão da pena, não poderia o texto legal dar margem a tantas dúvidas. No âmbito das normas jurídicas de natureza punitiva, nenhuma pena, via de regra, vai sendo agravada com o decurso do tempo. Para que isso pudesse ocorrer (juros sobre a multa/penalidade), a Lei deveria ser muito clara a respeito, o que não se verifica no texto normativo vigente.** (CARF 1ª Seção / 2ª Turma Especial / ACÓRDÃO 180200.599 em 03/08/2010 / Publicado no DOU em: 28.03.2011)(g.n.o)*

*Voto Vencedor*

*Conselheira Viviane Vidal Wagner, Redatora designada*

*A discordância do voto do ilustre relator limita-se à questão da incidência dos juros de mora sobre a multa do ofício, na qual*

*restou vencido, em que pese os argumentos expendidos e a clareza do seu raciocínio.*

*Ocorre que a matéria tem sido objeto de julgamento reiterado neste e em outros colegiados, em sentido oposto, podendo ser referidos os acórdãos abaixo:*

*JUROS SOBRE MULTA — sobre a multa de ofício devem incidir juros a taxa Selic, após o seu vencimento, em razão da aplicação combinada dos artigos 43 e 61 da Lei nº 9.430/96. (Acórdão 120200.138, de 30/07/2009. Relator Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes).*

*JUROS SOBRE MULTA. A multa de ofício, segundo o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430/96, deverá incidir sobre o crédito tributário não pago, consistente na diferença entre o tributo devido e aquilo que fora recolhido, Não procede o argumento de que somente no caso do parágrafo único do art. 43 da Lei nº 9.430/96 é que poderá incidir juros de mora sobre a multa aplicada. Isso porque a previsão contida no dispositivo refere-se à aplicação de multa isolada sem crédito tributário, Assim, nada mais lógico que venha dispositivo legal expresso para fazer incidir os juros sobre a multa que não torna como base de incidência valores de crédito tributário sujeitos à incidência ordinária da multa. (Acórdão 140100.155, de 28/01/2010. Relator Conselheiro Antonio Bezerra Neto).*

*Deste colegiado, pode ser referido o Acórdão nº 120200756, de 12/04/2012, cujo voto vencedor foi prolatado por esta relatora no seguinte sentido:*

#### *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.*

*Igualmente, aqui, cabe utilizar os mesmos fundamentos registrados por esta relatora no voto vencedor do acórdão nº 9101.00539, de 11/03/2010, em que a 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais manteve a incidência dos juros de mora, devidos à taxa Selic, sobre a multa de ofício. Os fundamentos podem ser sintetizados assim:*

*(i) 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;*

*(ii) todavia, uma norma não deve ser interpretada isoladamente dentro do sistema tributário nacional, já que interpretar uma*

*norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete,*

*direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do direito.”*  
(Juarez Freitas, 2002, p.70);

*(iii) interpretar sistematicamente implica excluir qualquer solução interpretativa que resulte logicamente contraditória com alguma norma do sistema;*

*(iv) no sistema tributário nacional, há de ser uniforme a definição de crédito tributário, considerado como “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).”* (Hugo de Brito Machado, 2009, p.172);

*(v) o conceito de crédito tributário, nos termos do art. 139 do CTN, comporta tanto o tributo quanto a penalidade pecuniária;*

*(vi) 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, o que inclui a multa de ofício proporcional.*

*(vii) a multa de ofício, prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/96, é exigida “juntamente com o imposto, quando não houver sido anteriormente pago” (§1º).*

*(viii) no momento do lançamento, a multa de ofício agrega-se ao tributo, tornando-se ambos obrigação de natureza pecuniária, ou seja, principal;*

*(ix) a obrigação principal referente à multa de ofício converte-se em crédito tributário a partir do lançamento, consoante previsão do art. 113, §1º, do CTN;*

*(x) 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;*

*(xi) 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;*

*(xii) o art. 161 do CTN não distingue a natureza do crédito sobre o qual deve incidir os juros de mora, ao dispor que o “crédito” não pago integralmente no seu vencimento é acrescido de juros de mora, independentemente dos motivos do inadimplemento;*

*(xiii) o art. 61 da Lei nº 9.430/96, 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 reforçado pelo fato de o art. 43 da mesma lei prescrever expressamente a incidência de juros sobre a multa exigida isoladamente, o que contribui para afastar eventual alegação de incompatibilidade entre os institutos juros e multa;*

(xiv) a partir do trigésimo primeiro dia do lançamento, caso não pago, o montante do crédito tributário, que pode ser constituído, como se viu, 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, consoante 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."

(xv) a partir de abril de 1995, tem-se a taxa Selic, instituída pela Lei nº 9.065/95, na cobrança do crédito tributário, entendimento esse vinculante desde a edição da Súmula CARF nº 5 ("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").

Adotando a linha de raciocínio acima exposta, do ilustre Conselheiro Claudemir Rodrigues Malaquias prolatou o voto vencedor no Acórdão nº 910101.191, da sessão de 17 de outubro de 2011 da mesma 1ª Turma da CSRF.

Mais recentemente, a 1ª Turma da CSRF manifestou-se no mesmo sentido, como se extrai do Acórdão nº 9101001.474, de 14 de agosto de 2012:

*Assunto: Juros de mora sobre multa de ofício.*

*A melhor exegese da remissão feita pelo caput do art. 30 aos débitos referidos no art. 29, ambos da Lei nº 10.522/02, leva à conclusão que alcança todos os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, inclusive os relativos à multa de ofício.*

*O redator designado, o ilustre conselheiro Alberto Pinto Júnior, ao elaborar o voto vencedor naquele caso, acrescentou os seguintes argumentos:*

*Assim, vale analisarmos o art. 161 do CTN, o qual assim dispõe:*

*"Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.*

*§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.*

*....."*

*Note-se que o termo crédito no caput do art. 161 vem desacompanhado do adjetivo "tributário", o que deixa clara a intenção do legislador de, nele, incluir também multas (ad valorem ou específicas). A mesma preocupação teve o legislador*

*nos §§ 1º e 3º do art. 113 do CTN, pois, ao dispor que a penalidade se converte em obrigação qualificou apenas com o adjetivo principal (obrigação de dar), mas não com o adjetivo "tributário". Tal cuidado Por sua vez, não procede a alegação da contribuinte de que a expressão "sem prejuízo de outras penalidades cabíveis" levaria à conclusão de que a multa de ofício (punitiva) não estaria contida no termo "crédito". Ora, a referida expressão autoriza o legislador ordinário a criar multas de caráter moratório, pois, da simples leitura do dispositivo, verifica-se que a penalidade ali tratada tem como causa apenas a impontualidade. Daí porque toda a argumentação do contribuinte está correta, mas apenas no que tange à multa de mora.*

*Realmente, à luz do caput do art. 161 do CTN não incidem juros de mora sobre multa de mora, logicamente, quando for o caso de sua aplicação. Agora, quanto à multa de ofício, cuja causa não reside na mera impontualidade, esta compõe o crédito devido e, por conseqüência, sofre a incidência dos juros de mora.(...)*

Destarte, entendem o STJ e o voto vencedor da decisão administrativa que a multa de ofício faz parte do termo "crédito" constante do art. 161, caput, do CTN, e do termo "débito" no art. 61, caput e §3º, da Lei nº 9.430, de 1996, e que, por isso, sofre incidência dos juros moratórios. Em que pesem os fundamentos dessa interpretação, ousos destes discordar.

Nesse ponto, cabe, mais uma vez, transcrever os artigos naquilo que interessa à incidência de juros moratórios sobre a multa de ofício:

*CTN*

*TÍTULO III*

*Crédito Tributário*

*CAPÍTULO IV*

*Extinção do Crédito Tributário*

*SEÇÃO II*

*Pagamento*

*Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.(g.n.o)*

*(...)*

*§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.*

Lei nº 9.430, de 1996.

Capítulo IV  
PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO

Seção V  
Normas sobre o Lançamento de Tributos e Contribuições

Auto de Infração sem Tributo

Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de **crédito tributário correspondente exclusivamente a multa** ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, 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.

Multas de Lançamento de Ofício

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: [\(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007\)](#)

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; [\(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007\)](#)

Capítulo V  
DISPOSIÇÕES GERAIS

Seção IV  
Acréscimos Moratórios

Multas e Juros

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, 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. [\(Vide Decreto nº 7.212, de 2010\)](#)

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o [§ 3º do art. 5º](#), 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. [\(Vide Lei nº 9.716, de 1998\)](#)

Observa-se, da leitura do art. 161, caput, do CTN, que, ao termo “crédito” deve ser qualificado o adjetivo “tributário”, uma vez que este artigo encontra-se inserto no Título III do CTN - CRÉDITO TRIBUTÁRIO, vedando-se, por conseguinte, a incidência de juros moratórios sobre a multa de ofício, a qual não faz parte do crédito tributário antes do

vencimento. Este pensamento consta das lições do Professor Luciano Amaro, transcritas a seguir:

*(...) sem prejuízo da imposição de penalidades e da aplicação de medidas de garantia. **Embora o dispositivo se reporte a “crédito tributário”, ele é aplicável também às situações em que não tenha havido lançamento (...)** (op. cit p.418)*

*O Código Tributário Nacional dedicou três artigos à responsabilidade por infrações tributárias (...), reportando-se, ainda, à matéria, de modo fragmentário, noutras disposições: (...)m) art. 161 (cabimento de penalidades pelo inadimplemento do dever de recolher **tributo**)(g.n.o)(op. cit. p. 467).*

A partir desta determinação da Lei de Normas Gerais Tributárias, Lei Complementar, a expressão **Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal** no art. 61, caput e §3º, da Lei nº 9.430, de 1996, Lei de rito ordinário, não inclui a multa de ofício para fins de incidência dos juros moratórios, o que guarda coerência com a hierarquia das Leis e com a interpretação dos referidos artigos à Luz dos Direitos e Garantias Fundamentais e do Sistema Tributário Nacional referidos na Constituição de 1988.

Por fim, esclarece-nos o Professor Mauro Luis Rocha Lopes (*in Direito Tributário*, 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, p. 266):

*O cálculo dos juros em cima da multa, à evidência, agrava indevidamente a penalidade no tempo e a descaracteriza, transformando-a em instrumento de arrecadação estatal. Mutatis mutandis, é como se o condenado em processo criminal tivesse de se sujeitar ao agravamento de sua pena apenas em função da demora em se recolher ao cárcere, o que não faz o menor sentido.*

*Estabelece a norma geral tributária do art. 161, caput, do CTN que o crédito tributário não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis, como a evidenciar que o crédito original, representado exclusivamente pelo montante do tributo não pago, figura, isoladamente, tanto como base para a contagem dos juros como para o cálculo da multa (...)*

Por conseguinte, pelas razões expostas, DOU provimento parcial ao presente recurso para excluir a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

*(assinado digitalmente)*

Plínio Rodrigues Lima.