



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

Processo nº 11065.721552/2012-69
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-001.183 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de outubro de 2013
Matéria IRPJ e CSLL.
Recorrente DUROLINE S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2007, 2008, 2009

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. GLOSA. LANÇAMENTO PROCEDENTE.

Correta a glosa de despesas de amortização de ágio, na situação em que referido ágio decorre de reorganizações societárias levadas a efeito dentro de um mesmo grupo empresarial, sem qualquer propósito comercial ou efeito societário a não ser a redução da carga tributária, e sem que se tenha verificado qualquer pagamento ou outro sacrifício patrimonial capaz de validar a alegada mais-valia.

ÁGIO. COMPLEMENTARIDADE DAS LEGISLAÇÕES COMERCIAIS E FISCAIS. EFEITOS.

Os resultados tributáveis das pessoas jurídicas, apurados com base no Lucro Real, têm como ponto de partida o resultado líquido apurado na escrituração comercial, regida pela Lei nº 6.404/1976, conforme estabelecido pelo DL. 1.598/1977. O ágio é fato econômico, cujos efeitos fiscais foram regulados pela lei tributária com substrato nos princípios contábeis geralmente aceitos. Assim, os princípios contábeis geralmente aceitos e as normas emanadas dos órgãos fiscalizadores e reguladores, como Conselho Federal de Contabilidade e Comissão de Valores Mobiliários, têm pertinência e devem ser observadas na apuração dos resultados contábeis e fiscais.

MULTA QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE.

A glosa de despesas de amortização decorrentes do chamado “ágio interno” não enseja, por si só, a aplicação da multa qualificada.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2007, 2008, 2009

DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. INEXISTÊNCIA

DE PAGAMENTO PRÉVIO. APLICABILIDADE DO ART. 173, I, DO CTN. DECISÃO DO STJ NO REGIME DO ART. 543-C DO CPC. APLICABILIDADE DO ART. 62-A DO RICARF.

O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito. Decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 973.733, no regime do art. 543-C do CPC. Aplicabilidade do art. 62-A do Regimento Interno do CARF. No caso concreto, a inexistência de pagamento foi decisiva para que a contagem do prazo decadencial fosse feita nos termos do art. 173, inciso I, do CTN.

JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC.

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

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2007, 2008, 2009

FALTA DE APRECIAÇÃO DE ARGUMENTOS DE IMPUGNAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS ÀS PARTES. PRINCÍPIO DA FORMALIDADE MODERADA. NULIDADE SUPERADA.

Em se tratando de matéria em que o julgador de primeira instância está vinculado administrativamente a ato da Secretaria da Receita Federal do Brasil, uma eventual devolução do processo para manifestação sobre essa matéria teria resultado certo, cujo único efeito seria o de adiar a decisão de segunda instância. Em assim sendo, aplicável o princípio da formalidade moderada no processo administrativo, e a alegação de nulidade da decisão recorrida deve ser superada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: a) por maioria, afastar a preliminar de nulidade suscitada, vencido o Conselheiro Frizzo; b) por maioria, afastar a decadência suscitada, vencidos os Conselheiros Frizzo e Cristiane; c) no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Alberto e Cristiane; d) por maioria, reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%, vencidos os Conselheiros Waldir e Eduardo; e e) por qualidade, manter os juros de mora sobre a multa de ofício, vencidos os Conselheiros Frizzo, Cristiane e Pollastri. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Waldir Veiga Rocha. O Conselheiro Márcio Rodrigo Frizzo apresentou declaração de voto.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior – Presidente e Relator.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha - Redator designado.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Waldir Veiga Rocha, Márcio Rodrigo Frizzo, Cristiane Silva Costa, Eduardo de Andrade, Guilherme Pollastri Gomes da Silva e Alberto Pinto Souza Junior.

Relatório

Versa o presente processo sobre recurso voluntário interposto pelo contribuinte em face do Acórdão nº 10-041.382 da 1ª Turma da DRJ/POA, cuja ementa assim dispõe:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006

DECADÊNCIA. TERMO INICIAL.

A ausência de pagamento antecipado, ou a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, afasta a possibilidade de homologação do pagamento de que trata o § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional e remete a contagem do prazo decadencial para a regra geral prevista no art. 173, inc. I, do mesmo diploma legal, qual seja, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

IRPJ/CSLL - GERAÇÃO ARTIFICIAL DE ÁGIO. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO ARTIFICIAL. UTILIZAÇÃO DE SOCIEDADE VEÍCULO.

O ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificiais e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. É inválida a amortização do ágio artificial. A utilização de sociedade veículo, de curta duração, colimando atingir posição legal privilegiada, constitui prova da artificialidade daquela sociedade e das operações nas quais ela tomou parte, notadamente a geração e a transferência do ágio.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. FRAUDE.

Comprovada conduta dolosa com intuito de fraude, correta a aplicação da multa de 150%.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. EXIGÊNCIA NÃO FORMULADA NO AUTO DE INFRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE PRONUNCIAMENTO PELA DRJ.

Os juros de mora incidiram unicamente sobre os tributos lançados e não tendo o auto de infração formulado exigência de juros sobre a multa de ofício lançada, inexistente qualquer contraditório suscetível de apreciação pela turma de julgamento da DRJ.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

A recorrente tomou ciência da decisão recorrida em 08/12/2012 (Termo a fls. 1967) e interpôs recurso voluntário em 20/12/2012 (Termo a fls. 2060), no qual alega as seguintes razões de defesa:

a) que a Recorrente teve contra si lavrado Auto de Infração, por meio do qual lhe são exigidos valores a título de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (R\$ 687.302,09) e Contribuição Social sobre O Lucro Líquido (R\$ 264.708,75), acrescidos de multa qualificada (150%) e juros de mora (SELIC), cujo somatório do crédito tributário exigido ao longo da autuação (tributos, multa e juros) atinge o total de R\$ 2.848.252,364 (dois milhões, oitocentos e quarenta e oito mil, duzentos e cinquenta e dois reais e trinta e seis centavos);

b) que se trata a indigitada autuação da desconsideração pelas dd. Autoridades Fiscais do valor de ágio amortizado pela ora Recorrente entre janeiro de 2006 e dezembro de 2008, em decorrência da incorporação da empresa Superline Empreendimentos e Participações (Superline);

c) que, em resumo, os respeitadas Auditores-Fiscais desconsideraram a referida amortização de ágio por conta dos seguintes fundamentos:

c.1) que a amortização teve por objeto “ágio interno”, artificialmente criado através de operações realizadas por empresas pertencentes a um mesmo bloco de controle, visando apenas e tão somente diminuir o valor de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (“IRPJ”) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (“CSLL”) devidos pela Recorrente;

c.2) que o ágio amortizado pela Recorrente não decorreu de operações que tenham envolvido terceiros (partes independentes) e tampouco demandou efetivo desembolso, o que impediria sua amortização;

c.3) que o ágio interno não é aceitável segundo as leis comerciais e societárias, não sendo possível, por este motivo, a sua amortização para fins tributários, sendo considerado, inclusive, despesa desnecessária e, portanto, indedutível do lucro real e da base de cálculo da CSLL;

c.4) que a empresa SUPERLINE foi utilizada como mero “veículo” para transportar o ágio artificialmente criado, o que se verifica pela sua curta existência, não tendo chegado a incorrer em custos operacionais;

d) que, mais do que isso: ignorando a licitude das operações societárias (tanto no que tange à forma quanto no que tange ao conteúdo), entenderam os dignos Auditores-Fiscais que os atos promovidos pela Recorrente representam fraude, devendo, por isso, ser sancionados com a multa qualificada prevista no art. 44, I e § 10, da Lei n. 9.430/96;

e) que, em janeiro de 2003, a empresa Sulcromo S/A (“SULCROMO”) detinha 99,93% das ações da Duroline S/A (“DUROLINE”), ora Recorrente;

f) que, em agosto do mesmo ano-calendário, foi constituída a empresa Duroline Participações Ltda. (“DUROLINE PARTICIPAÇÕES”), sob o CNPJ n. 05.967.594/0001-28, a partir da cisão parcial da SULCROMO, conforme Protocolo de Condições e Justificação de Cisão Parcial de 25/08/2003;

g) que, de acordo com tal protocolo, a operação de cisão se deu “*pela necessidade encontrada pela administração da Sociedade de segregar as atividades operacionais exercidas, de forma que os acionistas possam ter, de forma isolada, a avaliação adequada do desempenho de seus dois ramos de atividades: prestação de serviços, através da sociedade que ora se pretende cindir (SULCROMO S.A., acima qualificada); e a produção de autopeças, o que se dá através da sociedade controlada DUROLINE S.A.*”;

h) que a cisão permitiu, portanto, que o grupo pudesse avaliar de forma adequada e segregada os dois empreendimentos;

i) que a DUROLINE PARTICIPAÇÕES tinha por objeto social as seguintes atividades: (i) investimento em ações, quotas ou qualquer outro tipo de participação societária, com fito de auferir lucros, dividendos, bonificações ou outros rendimentos similares; (ii) orientar e assistir, inclusive financeiramente, coligadas e controladas; e, (iii) participar no capital social de outras sociedades, independente do tipo jurídico;

j) que, em 30/10/2003, foi constituída a SUPERLINE, cujos sócios eram DUROLINE PARTICIPAÇÕES e Carlos Roberto Mazzozzochi;

l) que a integralização do capital da SUPERLINE se deu pela transferência, pela sócia DUROLINE PARTICIPAÇÕES, das ações do capital social que detinha junto à DUROLINE, ora Recorrente, sendo que, para tanto, providenciou laudo de avaliação deste investimento, datado de 31/08/2003, realizada através da consagrada metodologia “discounted cash flow” ou fluxo de caixa descontado (rentabilidade futura) e por empresa especializada e com grande experiência na avaliação de empresas pertencentes ao segmento de negócio da Recorrente;

m) que o referido laudo de avaliação atestou que o valor de mercado do aludido investimento era R\$ 20.716.000,00 (vinte milhões, setecentos e dezesseis mil reais), logo, tendo em vista que o valor patrimonial da participação detida por DUROLINE PARTICIPAÇÕES em DUROLINE era, em 31/10/2003, de R\$ 2.698.426,39 (dois milhões, seiscentos e noventa e oito mil, quatrocentos e vinte e seis reais e trinta e nove centavos), quando da constituição da SUPERLINE sobreveio ágio equivalente a R\$ 18.017.573,62 (dezoito milhões, dezessete mil, quinhentos e setenta e três reais e sessenta e dois centavos);

n) que tal ágio decorre, portanto, da diferença entre o valor de mercado do investimento (R\$ 20.716.000,00) e seu valor patrimonial (R\$ 2.698.426,39) - tudo consoante ditam o art. 20, II, do DL 1.598/77 e o art. 385 do RIR/99 (Decreto n. 3.000/99);

o) que a contabilidade de todas as empresas espelha com perfeição e em detalhes a evolução de toda a operação, pois, se, de um lado, o valor do ágio restou registrado nos livros da Recorrente, de outro, em contrapartida, a empresa DUROLINE PARTICIPAÇÕES registrou contabilmente o correspondente ganho de capital em sua demonstração de resultado - tanto um (ágio), como outro (ganho de capital), contabilizados pelo mesmo valor (R\$ 18.017.573 2);

p) que, em função da necessidade de reestruturação societária, que viria a proporcionar (i) uma redução de custos operacionais, (ii) racionalização das atividades administrativas, (iii) maior valor e liquidez das ações para os acionistas, (iv) fortalecimento do Patrimônio Líquido para aumento da eficiência e capacidade de financiamentos e (v) possibilidade de busca de parceiros estratégicos, foi realizada em 02/01/2004, a incorporação da SUPERLINE pela ora Recorrente;

q) que, exatamente conforme dispõem a legislação nacional e as normas contábeis brasileiras, a Recorrente, após incorporar a empresa SUPERLINE, contabilizou em seu ativo diferido o valor de R\$ 6.125.975,03, correspondente ao acervo líquido da sociedade incorporada decorrente do ágio no montante de R\$ 18.017.573,63 e a respectiva provisão para sua realização no montante de R\$ 11.891.598,59 e, ato subsequente, passou a amortizar o referido ativo diferido mês a mês, de acordo com a expectativa de resultados futuros previstas no Laudo de Avaliação e dentro dos preceitos estabelecidos nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 e no art. 20, § 2º, “b”, do Decreto-Lei n. 1.598/77;

r) que DRJ/POA entendeu por não enfrentar a questão relativa a possibilidade de aplicação de juros de mora sobre a multa constituída pelo lançamento fiscal- matéria trazida pela ora Recorrente em sua originária Impugnação Administrativa, logo, negando-se a resolver o litígio tal qual lhe fora proposto, o respeitado Colegiado a quo proferiu acórdão infra petita, o que justifica seja determinado por Vossas Senhorias o retorno dos autos a DRJ/POA para que finalmente se pronuncie sobre o tema;

s) que estão extintos pela decadência os créditos relativos ao ano-calendário de 2006 já que a notificação do auto de infração está datada de 23/05/2012, pois, ao caso aplica-se a regra decadencial do art. 150, §4º, do CTN, seja porque neste ano ela apurou prejuízo fiscal, logo não havia como promover pagamentos, nem houve o dolo alegado pela fiscalização, para deslocar a regra decadencial para o art. 173, I, do CTN;

t) que, diversamente, do que pretendem fazer crer os respeitados Auditores-Fiscais, porém, as operações societárias promovidas pela Recorrente são válidas e eficazes, tendo sido realizadas de acordo com todas as exigências estabelecidas na legislação nacional - sendo, assim, permitida a amortização do ágio consoante estabelecem os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/978 e o art. 20, § 2º, “b”, do Decreto-Lei n. 1.598/77;

u) que, não bastasse, o ágio decorrente de tais operações ostentar como fundamento econômico a rentabilidade futura da empresa cujas ações compõem o respectivo investimento, o que possibilita, cumpridos os requisitos do art. 385 do RIR, sua amortização nos termos do art. 20, § 2º, II, do Decreto-Lei n. 1.598/77, pouco importando a existência ou a inexistência de outras operações econômicas por parte de qualquer das empresas partícipes da reestruturação societária e tampouco o fato de não decorrer o ágio de negociação com terceiros;

v) que marca toda a autuação, os respeitados Auditores-Fiscais partem da ideia de que a Recorrente promoveu diversas operações societárias junto a empresas vinculadas, tendo como intuito exclusivo beneficiar-se da amortização do ágio daí resultante sem que houvesse a imediata tributação do correspondente ganho de capital (que se encontrava diferida pelo art. 36 da Lei n. 10.637/02);

z) que robustecendo a possibilidade de amortização do ágio surgido entre operações que envolvam empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, cumpre indagar: se não envolvendo operações societárias mantidas entre empresas do mesmo grupo econômico, em que hipóteses haveria de ser aplicado o art. 36 da Lei n. 10.637/02? Quando faria sentido haver uma integralização de capital de uma participação societária a valor de mercado, em outra empresa, com a hipótese de diferimento da tributação do ganho de capital, se não em alguma pertencente ao mesmo grupo econômico? Houvesse ingresso de terceiros na operação, já neste momento, seguramente haveria a realização do ganho de capital, que na presente hipótese está diferido, logo, é óbvio, não haveria aplicação das previsões do art. 36 da Lei 10.637/02, sujeitando-se referida operação às regras já existentes;

aa) que o contexto legislativo demonstra que somente faz sentido a previsão legal disposta no art. 36 da Lei n. 10.637/02 se for admitida a realização de tais operações societárias entre “partes vinculadas”, o que derruba, em um só golpe a restrição fiscal quanto ao denominado “ágio interno” e pensar de modo diverso conduz a imprestabilidade do art. 36 da Lei 10.637/02;

ab) que, concordem ou não os respeitados Auditores-Fiscais com a legislação em vigor à época dos fatos postos a exame, não há dúvida de que a Lei n. 9.532/97 realmente permitia a amortização do ágio decorrente de rentabilidade futura sem quaisquer das restrições informadas no lançamento fiscal (participação de terceiro nas operações que originaram o ágio

e efetivo desembolso) e a a Lei n. 10.637/02 (art. 36) estabelecia o diferimento da tributação incidente sobre o correlato ganho de capital;

ac) que, se não há no ordenamento pátrio qualquer exigência da participação de terceiros para que reste configurado o ágio amortizável, torna-se evidente a possibilidade de amortizá-lo e, se a lei não distingue “ágio” de “ágio interno”, motivos não há para considerar-se o ágio gerado em operações realizadas sem participação de terceiros como uma despesa desnecessária e, portanto, indedutível do lucro real e da base de cálculo da CSLL;

ad) que, havendo previsão legal específica para dedutibilidade do ágio do lucro real e da base de cálculo da CSLL (art. 385 do Decreto 3.000/99), descabida a alegação de não enquadramento desta despesa no art. 299 RIR;

ae) que, em nítida confirmação acerca da ausência de base legal à autuação, os respeitadas Auditores-Fiscais fundaram seu lançamento na aplicação do Ofício Circular CVM/SNC/SEP n. 01 de 14 de fevereiro de 2007, ato administrativo que respaldaria a restrição do aproveitamento do denominado “ágio intemo” (fl. 33 do AI), entre outros argumentos de natureza estritamente contábil;

af) que não se queira dizer, conforme mencionado no acórdão ora combatido, que o Ofício Circular CVM/SNC/SEP n. 01/07 tratar-se-ia de mera orientação, de caráter interpretativo, sobre norma contábil aplicável às sociedades anônimas, pois que, conforme já mencionado em tópico anterior, não há qualquer restrição na legislação quanto à amortização do ágio gerado entre parte interdependentes, não havendo que se falar, portanto, em interpretação relativamente a esta;

ag) que, tendo natureza de ato infralegal que sequer pode ser considerado “norma complementar” na dicção do art. 100 do Código Tributário Nacional (“CTN”) - por não ser norma tributária, mas, apenas, contábil, o Ofício Circular CVM/SNC/SEP n. 01 de 14 de fevereiro de 2007 é incapaz de restringir o direito à amortização de ágio e/ou inovar o ordenamento jurídico através de restrição não aparente nas leis de regência do IRPJ e da CSLL;

ah) que o propósito negocial (business purpose) subjacente à reestruturação societária promovida pela Recorrente visou a obtenção de financiamentos com menores custos e a futura negociação das participações societárias de seus sócios;

ai) que, não obstante a exigência de que as reestruturações societárias devam apresentar propósito diverso da simples redução ou postergação da carga tributária não encontre amparo no ordenamento jurídico nacional”, para que dúvidas não restem quanto à legalidade das operações promovidas pela ora Recorrente, importa demonstrar as razões econômicas pelas quais foram realizadas as operações societárias contra as quais se volta o Fisco;

aj) que a Recorrente de tradicional indústria do setor de autopeças, que tem como principal atividade a fabricação de lonas e pastilhas de freios e outros produtos do sistema automotivo, com atuação reconhecida no Brasil e no exterior, a empresa, com sede em Caxias do Sul, produz diversos equipamentos que compõem o sistema de freios de veículos pesados, tais como ajustadores, rodas, pastilhas de freio, entre outros materiais de fricção;

al) que, em 2003, diante de um cenário econômico em que as operações de fusões e aquisições eram cada vez mais comuns, constataram os administradores do grupo econômico a que pertence a Recorrente a necessidade de separação das atividades do grupo;

am) que se tornava patente para a Recorrente, então, que o fortalecimento e preparação do seu negócio para o futuro eram imprescindíveis, diferentemente de anos

anteriores, a simples manutenção de sua estrutura já não garantiria mais a subsistência de seu empreendimento no mercado, na linha do quanto frequentemente era noticiado;

an) que o contexto em que realizadas as operações societárias postas em cheque pela Fiscalização de Tributos Federais era: de um lado o segmento de autopeças estava em franca ascensão e em novos níveis de produtividade e exigência; de outro, as operações de fusões e aquisições cresciam de forma exponencial, o que tornava cada vez mais concreta a possibilidade de que num futuro próximo haveria de ser negociado o controle das operações promovidas pela Recorrente ou a entrada de um novo parceiro estratégico que traria novas tecnologias ou a possibilidade de atuação em novos mercados;

ao) que, então, promoveu-se a cisão parcial da empresa SULCROMO, o que segregou efetivamente as estruturas de negócio do grupo econômico a que pertence a Recorrente. Tal operação, de fato, serviu para segregar a prestação de serviços (SULCROMO) das atividades industriais (DUROLINE), de forma que os acionistas pudessem realizar, de forma isolada, a avaliação do desempenho dos dois ramos de atividade, demonstrando, também, a percepção de seus administradores quanto à necessidade de expandir seus negócios para tornarem-se menos vulneráveis aos concorrentes e mais atraentes aos seus *targets* e/ou possíveis investidores;

ap) que, fundamentados na legislação vigente (e especialmente nas previsões do art. 36 da Lei 10.637/02 que visava justamente a avaliação justa dos ativos para a entrada de novos investidores), os administradores objetivaram traçar um plano que permitisse a preparação do grupo econômico para uma possível parceria ou mesmo para a venda de suas operações. Ao mesmo tempo, foi mantida a estratégia de ampliar as atividades e manter a excelência dos serviços prestados;

aq) que a preparação da empresa para uma possível parceria ou para a ampliação de suas atividades requereu a realização das operações societárias já referidas e, por meio das quais, foi possível à recorrene, de forma lícita e transparente, corrigir o valor de seus ativos a preço de mercado, através do método “discount cash flow”, consagrado para avaliação de negócios;

ar) que tal avaliação de ativos a preço de mercado permitiu que: (i) a Recorrente tivesse acesso a financiamentos para a realização de uma série de investimentos na construção de novas instalações e na modernização de equipamentos e processos; (ii) os sócios da Recorrente pudessem transacionar suas participações societárias por valores justos e já espelhados em sua contabilidade; (iii) a Recorrente se tornasse atraente para a recepção de novos investidores que garantissem a competitividade e crescimento no mercado;

as) que se não fosse a inicial segregação – que separou a atividade da prestação de serviços, restaria inviabilizado o ingresso da empresa Borracha Vipal no quadro societário da Duoline Participações, da mesma forma, que a correção de seus ativos a preço de mercado, com o decorrente fortalecimento do patrimônio líquido, veio, portanto, possibilitar para a recorrente a obtenção de financiamento em valores significativos, tais como o obtido junto ao FINEP (R\$ 9.584.399,00), o qual possibilitou a transformação do antigo laboratório da recorrente em um moderno Centro Tecnológico e Treinamento;

at) que, não havendo conduta dolosa tendente à ocultação ou engano, visando impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador ou a modificar suas características essenciais, cai por terra a pretendida qualificação dos atos como fraudulentos, do que decorre a necessidade de que seja afastada a multa qualificada de que dispõe o art. 44, § 10, da Lei n. 9.430/96;

au) que não incide juros de mora sobre as multas de ofício lançadas.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior.

O recurso voluntário atende aos pressupostos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Preliminarmente, deve ser acolhida a alegação de nulidade da decisão recorrida, pois a DRJ, ao se esquivar de analisar argumentos de defesa contrários a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício, sob a alegação de que os autos de infração não formalizaram tal crédito, proferiu realmente uma decisão *infra petita*, por um equivocado entendimento sobre os limites da competência daquele órgão julgador. Ora, a DRJ não poderia desconhecer que as unidades da RFB estão vinculadas às conclusões do Parecer MF/SRF/Cosit/ Coope/Senog nº 28, de 1998, de tal forma que a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício seria um efeito implícito da decisão por ela exarada, tanto que, certamente, no valor dos DARF (a fls. 1964 e 1965) encaminhados à recorrente após a decisão da DRJ já estavam inseridos os juros de mora sobre a multa de ofício aplicada. Ora, se o contribuinte tivesse que esperar a ciência da decisão de primeira instância, para, então, se insurgir contra a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício, haveria uma ilegal supressão de instância. Diante disso, haveria, realmente, necessidade de se devolver os autos à DRJ/POA para que prolatasse decisão complementar quanto ao ponto não apreciado, todavia, entendo que, *in casu*, aplica-se o disposto no § 3º do art. 59 do Decreto nº 70235/72, pelas razões que passo a expor na análise do mérito.

Com relação à preliminar de mérito – decadência, não tem razão a recorrente, pois, independentemente, de ter sido ou não demonstrada a sua conduta dolosa, a regra de decadência aplicável *in casu* é a do art. 173, I, do CTN, pelo simples fato de não ter havido antecipação de pagamento no ano-calendário de 2006 – já que apurou prejuízo fiscal no período. Por força do disposto no art. 62-A do Anexo II do RICARF, os colegiados deste Conselho deverão reproduzir em suas decisões o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, quando a matéria tenha sido definitivamente julgada por meio de recurso representativo de controvérsia, nos termos dos arts. 543-B e 543-C, do Código de Processo Civil. Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 973.733 - SC (2007/0176994-0), sessão de 12 de agosto de 2009, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, consolidou o entendimento daquele Tribunal, se não vejamos o seguinte excerto da ementa, *in verbis*:

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp

216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

Trata-se, no presente processo, de situação fática enquadrada pela autoridade fiscal como conduta dolosa, a qual consistiu em apertada síntese nos seguintes fatos:

1º cria-se uma empresa denominada SUPERLINE, cujo capital foi integralizado, pela DUROLINE PARTICIPAÇÕES, com a entrega das quotas de capital que detinha na DUROLINE S/A, avaliadas acima do seu valor patrimonial;

2º há o registro de ganho de capital na DUROLINE PARTICIPAÇÕES, cuja tributação fica diferida nos termos do art. 36 da Lei 10637/02 e o registro do ágio por expectativa de rentabilidade futura na SUPERLINE;

3º por último, a DUROLINE S/A (controlada) incorpora a SUPERLINE e passa a amortizar o ágio.

Esse planejamento tributário se tornou possível a partir do art. 39 da MP 66/02 (convertido no art. 36 da Lei 10.637/02), o qual permitiu o diferimento da tributação do ganho de capital auferido quando se dá, em integralização, um investimento contabilizado por um valor menor que o valor das cotas/ações integralizadas. Tal inovação veio no bojo do segundo processo de privatização de empresas públicas, iniciado com as alterações da Lei 8.031/90 pela Lei 9.491/97.

Na verdade, não foi essa a única alteração na legislação tributária promovida, de 1991 até 2002, para viabilizar reorganizações societárias e o aproveitamento do ágio, ambos com o fito de estimular o processo de privatização de empresas estatais, se não vejamos o seguinte histórico.

DO HISTÓRICO

O Decreto-Lei 1.598/77 dispunha, no seu art. 34, que, na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituísse seria computado na determinação do lucro real, como perda de capital dedutível, a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado. Facultativamente, o contribuinte, para efeito de determinar o lucro real, podia optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos. Então, a diferença entre o valor contábil registrado na investidora e o valor a preço de mercado da incorporada constituía uma perda de capital dedutível da base tributável em caso de fusão, cisão e incorporação.

Vale salientar que, durante muito tempo não se admitiu ágio ou deságio na subscrição de ações, algo que começou a ser aceito com uma mudança de entendimento da CVM, se não vejamos o seguinte excerto da Nota Explicativa CVM nº 247/96, *in verbis*:

“7 - DO ÁGIO OU DESÁGIO NA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO AVALIADO PELO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL

Alguns esclarecimentos e alterações importantes foram feitos neste tópico. A primeira, e talvez a principal delas, trata da existência de ágio/deságio na subscrição de ações. Até algum tempo atrás, era

entendimento de muitas pessoas que o ágio e o deságio somente surgiam quando havia uma aquisição das ações de uma determinada empresa (transação direta entre vendedor e comprador). Hoje, entretanto, já existe o entendimento de que o ágio ou o deságio pode também surgir em decorrência de uma subscrição de capital. Em um processo de subscrição de ações, quando há alteração no percentual de participação, o entendimento era de que a parcela subscrita que ultrapassasse o valor patrimonial das ações constituía uma perda de capital na investidora (e um ganho na empresa cuja participação estava sendo diminuída), e essa perda/ganho deveria ser contabilizada, no resultado não operacional, como variação de percentual de participação. Posteriormente, verificou-se que quando essa parcela subscrita decorre, por exemplo, da subavaliação no valor contábil dos bens, existe a figura do ágio na investidora, mesmo que não tenha havido uma negociação direta com terceiros.”

Certo que o posicionamento da CVM não teria o condão de alterar a legislação tributária, mas tal entendimento terminou sendo absorvido pela legislação tributária, a qual começou a tratar como ágio a parcela subscrita que ultrapassasse o valor patrimonial das ações e, mais do que isso, a considerar a existência de ágio na investidora, mesmo que sem ter havido uma negociação direta com terceiros.

Em 1991, em pleno processo de privatização do Governo Collor de Mello (Lei 8.031/90), a douta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional emite o Parecer PGFN nº 970/1991, o qual colocou em dúvida até a possibilidade de se tributar o ganho de capital auferido quando se dá, em integralização, um ativo contabilizado por um valor menor que o valor das cotas/ações integralizadas, se não vejamos:

“8. Por outro lado, o imposto de renda tem como fato gerador a disponibilidade econômica ou jurídica de uma renda ou de proventos de qualquer natureza, segundo preceitua o art. 43 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.66). Como o conceito de renda é um conceito econômico e até hoje sem nítidos contornos, temos que o referido imposto incide sobre a percepção de uma renda segundo critério jurídico. Isto significa que só são considerados renda ou proventos os que a lei define como tais, coincidam ou não com o conceito econômico.

9. Ora, como demonstramos, os particulares e o Estado participam de uma operação de troca (permuta), pois os participantes do leilão também buscam trocar títulos públicos por participações acionárias das estatais, e, dessa forma, afastar-se-ia a preocupação dos reflexos na licitação (leilão), pois o objetivo final dele não são os cruzeiros, mas a maior quantidade de títulos públicos.

(...)

15. Ainda que se quisesse, ad argumentandum, ver um ganho de capital entre a aquisição do título por 40 e o valor 100 conferido na troca, creio que haveria obstáculos jurídicos, relativamente ao aspecto temporal do fato gerador e a própria base de cálculo.

16. É evidente que o momento não seria aquele da troca, mas sim quando o particular vendesse a participação acionária trocada. E, ainda, não existiria base de cálculo, pois o valor referencial em cruzeiros no leilão, existe somente como estímulo à troca dos bens (papéis públicos).

17. Esta tributação, ainda, seria iníqua, pois como não foram recebidos cruzeiros, não haveria disponibilidade líquida do contribuinte, e, em consequência, naquele momento nenhuma base de cálculo para o fato gerador, pois a renda fica sujeita à tributação quando realizada e quantificada; evidentemente não é a hipótese sob exame.”

Com a devida vênia da douta PGFN, órgão merecedor das mais elevadas considerações e respeito, tal Parecer era frágil juridicamente, pois não havia como negar o ganho de capital na espécie, tanto que se fez necessária a edição de uma norma para diferir a tributação de tal ganho, se não vejamos o art. 65 da Lei 8.383/91, *in verbis*:

“Art. 65. Terá o tratamento de permuta a entrega, pelo licitante vencedor, de títulos da dívida pública federal ou de outros créditos contra a União, como contrapartida à aquisição das ações ou quotas leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização.

§ 1º Na hipótese de adquirente pessoa física, deverá ser considerado como custo de aquisição das ações ou quotas da empresa privatizável o custo de aquisição dos direitos contra a União, corrigido monetariamente até a data da permuta.

§ 2º Na hipótese de pessoa jurídica não tributada com base no lucro real, o custo de aquisição será apurado na forma do parágrafo anterior.

§ 3º No caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro real, o custo de aquisição das ações ou quotas leiloadas será igual ao valor contábil dos títulos ou créditos entregues pelo adquirente na data da operação:

§ 4º Quando se configurar, na aquisição, investimento relevante em coligada ou controlada, avaliável pelo valor do patrimônio líquido, a adquirente deverá registrar o valor da equivalência no patrimônio adquirido, em conta própria de investimentos, e o valor do ágio ou deságio na aquisição em subconta do mesmo investimento, que deverá ser computado na determinação do lucro real do mês de realização do investimento, a qualquer título.”.

No final de 1994 é publicada a MP 812/94 (posteriormente convertida na Lei 8981/95), a qual altera o regime de compensação de prejuízos fiscais, pois abandona o limite temporal e adota o limite quantitativo. Tal alteração veio se tornar, posteriormente, fundamental para os planejamentos com ágio, como no caso em tela, isso porque o valor amortizável dos ágios era tão elevado, em muitos casos, que dificilmente o contribuinte teria lucro para absorver a despesa em 4 anos (período máximo para compensação de prejuízos no regime anterior), razão pela qual essa alteração permitiu que a despesa de ágio se transformasse em saldo de prejuízos fiscais compensáveis *ad perpetuam*.

No ano de 1995, o art. 21 da Lei 9.249/95 veio amplificar o ágio amortizável (ou a perda de capital na dicção do art. 34 do DL 1598/77), pois, ao contrário do previsto no art. 34 do DL 1598/77, passou a ser possível avaliar a investida a ser incorporada pelo seu valor contábil.

Note-se que, pelo art. 34 do DL 1.598/77, já era autorizada a dedutibilidade da diferença entre o valor contábil do investimento e do seu acervo líquido incorporado como perda de capital dedutível (de uma vez só ou amortizável em 10 anos), logo não foi o art. 7º da Lei 9.532/97 que tornou dedutível o ágio por expectativa de rentabilidade futura. Todavia, a grande contribuição da Lei 9.532/97 para o processo de privatização foi disposto no seu art. 8º, no qual se permitiu que a despesa com amortização do ágio continuasse a ser dedutível das bases tributáveis, mesmo que a empresa veículo (controladora da empresa operacional - estatal privatizada) fosse incorporada por sua controlada. Isso era fundamental para preservação dos intangíveis da empresa adquirida com ágio. Em suma: o controle da empresa privatizada era adquirida com ágio; o controle e o ágio eram transferidos, em integralização de capital, para uma empresa veículo; por último, a empresa veículo (controladora) era incorporada por sua controlada (empresa privatizada), a qual passava a amortizar o ágio, por força dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

Até esse momento a legislação fiscal só permitia que se transferisse para a empresa operacional adquirida o ágio efetivamente pago a terceiros, o que vulgarmente denomino de transferência de ágio externo.

Todavia, consulta formulada à Coordenação de Tributação da Receita Federal em 2002, por uma importante entidade de âmbito nacional, a qual coube-me o exame, sustentava que, se uma Companhia 1 fosse integralizar capital em uma Companhia 3 com a conferência de ações de uma Companhia 2, poderia resultar em ágio na Companhia 3 e nenhum ganho de capital na Companhia 1.

Sustentava o Consulente que, se o preço de emissão das novas ações da Companhia 3, a serem subscritas pela Companhia 1 como resultado da conferência das ações da Companhia 2, fosse fixado levando-se em conta o valor econômico das próprias ações conferidas (ou seja, ações da Companhia 2 avaliadas acima do seu valor patrimonial, ou seja, com ágio), de forma que a cada ação da Companhia 2, conferida ao capital da Companhia 3, corresponda 1 ação da Companhia 3, não havia que se falar em ganho de capital, pois, em seus registros contábeis, a Companhia 1 deveria proceder a uma mera substituição em sua conta de investimentos, substituindo em seus registros a contabilização de ações representativas de um investimento na Companhia 3. Não obstante a redação final da solução de consulta não fosse mais exatamente a, por mim, proposta, prevaleceu a idéia central no item b das conclusões:

“b) não se pode depreender da inteligência do art. 434 do RIR/99 que a companhia, pelo simples fato de ter elaborado laudo de avaliação do ativo, nos termos do art. 8º da Lei nº 6.404/76, esteja obrigada a levar a registro em sua contabilidade eventual mais-valia apurada no valor do investimento, desde que o lote de ações da Companhia 2, que se afirma ter o mesmo valor das ações a serem integralizadas da Companhia 3, seja incorporado ao patrimônio da Companhia 3 pelo valor contábil registrado na escrita da Companhia 1.”

Ao se exigir que, *in casu*, as ações da Companhia 2 fossem registradas, na Companhia 3, pelo valor contábil registrado na Companhia 1 e que tal valor fosse exatamente o

mesmo valor de emissão das ações da Companhia 3, indiretamente, estava sendo dito que não poderia existir ágio na aquisição das ações da Companhia 2 pela Companhia 3, sem que houvesse uma ganho de capital tributável na Companhia 1.

Surpreendentemente, alguns meses depois de expedida essa solução de consulta, o art. 39 da MP 66 (DOU de 30/08/2002) veio confirmar que a Solução de Consulta estava certa quando afirmava haver ganho de capital se houvesse ágio na outra ponta, mas, por outro lado, diferiu a tributação até que houvesse a alienação das ações integralizadas (no exemplo dado, o ganho de capital obtido com as ações da Companhia 2 só seria tributado, na Companhia 1, quando ela alienasse as ações da Companhia 3). Todavia, o legislador da MP 66 teve o cuidado de deixar claro, no § 2º, que não seria considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação. Com isso, não havia mais sequer a necessidade de se desembolsar recursos no pagamento de ágio, pois esses passaram a ser gerados por meros laudos de avaliação em conferência de ações.

Em 2005, coube-me redigir proposta da RFB de revogação do art. 36 da Lei 10.637/02, proposição essa que foi inserida na MP 255/05 e que previa não só fim do diferimento da tributação de tal ganho de capital, como também uma tributação mínima anual (caso não houvesse a realização do investimento) do ganho já diferido e controlado na Parte B do Lalur. O Congresso Nacional achou por bem apenas revogar o art. 36, sem disciplinar como se daria a tributação dos ganhos de capital que já tinham sido diferidos. Tal fato veio reforçar a ideia de que tudo aquilo tinha sido feito para o processo de privatização, razão pela qual, findo o processo, poderia ser revogada a norma, mas não tributar o passado (ganhos de capital diferidos controlados no Lalur).

Ora, realmente entendo toda a indignação da autoridade lançadora diante de tal quadro normativo, porém, esse planejamento tributário foi autorizado e incentivado pelo legislador federal¹, com um conjunto de normas que se encaixam com perfeição, pois, conforme demonstrado anteriormente, foi-se a cada momento se inserindo um novo elemento normativo que tornava o planejamento cada vez mais atraente. Assim, ainda que se admita um déficit ético em tais normas, elas são legítimas e válidas juridicamente, razão pela qual, salvo comprovada ilicitude dos atos praticados, o simples fato de o recorrente ter se valido de todos esses permissivos legais não pode jamais ser interpretado em seu desfavor.

DOS CONCEITOS VAGOS NÃO POSITIVADOS

Inicialmente, há que se ressaltar que os julgadores do CARF prestarão um grande serviço ao Estado e a sociedade brasileiras se imprimirem segurança jurídica e isonomia ao sistema, evitando que suas decisões fiquem ao sabor lotérico do entendimento de cada conselheiro sobre conceitos vagos não positivados como, por exemplo, “falta de propósito negocial”, o qual não passa de uma construção jurisprudencial alienígena sem respaldo no ordenamento jurídico pátrio. Da mesma forma, não me impressiona os efeitos tributários que se tenta dar a um mero pronunciamento técnico da CVM sobre ágio gerado em operações

¹ Certamente, que o destinatário de todas essas alterações normativas foram os licitantes dos pregões de empresas estatais, mas, em uma República, a norma beneficia a todos se o legislador não a excetuou.

internas, se não vejamos o teor do item 20.1.7 do Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2007, *in verbis*:

“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 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. 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.”.[grifo nosso]

Nota-se, hoje, que alguns tentam elevar tal pronunciamento da CVM a um status de norma tributária proibitiva do reconhecimento do chamado ágio interno ao grupo econômico, o que, por si só, já seria absurdo. A análise feita pela CVM é de cunho estritamente econômico, pois sequer embasa seu entendimento em qualquer norma jurídica, muito pelo contrário, afirma que, ainda que respeitada a Lei, economicamente é inconcebível o reconhecimento do ágio interno. Como já dito anteriormente, “falta de substância econômica” assim como “falta de propósito negocial” não são institutos jurídicos nacionais, logo não maculam o ato jurídico seja lá qual for o conceito que os seus aplicadores lhes deem,

logicamente, desde que não se configurem como um vício do negócio jurídico, segundo o nosso ordenamento legal.

Não se pode conceber, sob uma perspectiva puramente jurídica, que se diferencie os efeitos da aquisição de uma participação pelo pagamento em pecúnia daquela que se deu com uma dação em pagamento, pois sempre que o bem dado em pagamento superar o valor patrimonial da participação adquirida, haverá ágio.

Ademais, qual é o conceito, para fins tributários, de grupo econômico? É aquele formado entre controlador e controladas? Pode ser aquele formado apenas por coligadas sem controle comum? É bem verdade que o art. 2º do DL 1.598/77 até tentou algo nesse sentido, mas foi logo revogado. Por sua vez, é inaplicável, para fins tributários, o conceito insculpido no art. 2º da CLT, pois a norma já limita a sua aplicação às relações de emprego. Já o inciso X do art. 30 da Lei nº 8.212/91 é de pouca valia, pois não define grupo econômico, o que leva alguns julgados a lhe dar uma interpretação restritiva, se não vejamos o seguinte excerto do Acórdão nº 02-23813, de 21/09/09, da DRJ/BH, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. NÃO EXIBIÇÃO DE LIVRO OU DOCUMENTO À FISCALIZAÇÃO. Constitui infração à legislação previdenciária deixar a empresa de exibir à Fiscalização documento e/ou livro relacionados com as contribuições previdenciárias. **GRUPO ECONÔMICO. Para a configuração de grupo econômico há necessidade de convergência de vários indícios e elementos fáticos. A mera participação societária majoritária de uma empresa em outra não é capaz, por si só, de ensejar a constituição do grupo.** A partir do exame da documentação contida nos autos, insubsistente a configuração de grupo econômico e consequentemente, a responsabilização da entidade arrolada como solidária, excluindo-a do pólo passivo do lançamento.”

Sem emitir qualquer juízo de valor sobre o julgado acima transcrito, vale observar que a legislação tributária, mais especificamente a legislação do IRPJ, não trabalha com o conceito de grupo econômico, mas com o de entidade jurídica, razão pela qual são frágeis as autuações fundamentadas no referido pronunciamento da CVM sobre ágio interno e que trabalham com conceitos de grupo econômico juridicamente indefinidos.

Nesse sentido, ressalte-se que a simples constatação de geração de ágio interno em reestruturação societária, sem a demonstração de que a conduta do contribuinte se configura em um ato ilícito, não justifica a qualificação da multa, a qual exige que a ação do contribuinte seja dolosa (art. 71 e 72 da Lei nº 4.506/72).

O TVF afirma que “*Em momento algum o ágio interno foi aceito pela Contabilidade, pela CVM ou pelas regras tributárias*”. Ora, eu diria que o reconhecimento do ágio interno nunca foi vedado pelas regras tributárias, ao contrário, ao se refletir um pouco mais sobre o texto do então vigente art. 36 da Lei 10.637/02, conclui-se que ali existia uma autorização expressa de ágio interno (intragrupo), pois se a norma sustentava que havia ganho de capital em uma ponta da operação nela regulada, na outra ponta, poderia haver ágio interno, bastando que as empresas investida e investidora estivessem sobre o controle do subscritor/integralizador, o que a lei não vedava. Da mesma forma, não vislumbro norma legal contábil que vede o reconhecimento do ágio intragrupo, mesmo porque o Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2007, que serviu de base para o lançamento, não nega a existência de

ágio interno, pelo menos, não para fins tributários, tanto que ressalva que “do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto)”. Para a legalidade tributária, basta isso, se não demonstrada qualquer ilicitude.

Ademais, o julgamento no âmbito do CARF é de cognição restrita. O próprio regimento e a súmula nº 2 já vedam qualquer juízo de constitucionalidade de lei. Na verdade, isso decorre do fato de que a atividade dos colegiados do CARF não passa de mero controle de legalidade dos lançamentos tributários. Assim, ou se demonstra que a operação está maculada por alguma patologia jurídica ou ela é lícita e a ela devemos dar os efeitos que lhe são próprios segundo a legislação tributária.

DA CONDUTA DA RECORRENTE

Diante disso, cabe verificar se a autoridade fiscal logrou demonstrar ilicitude na conduta da recorrente, razão pela qual, vale a transcrição do seguinte excerto do TVF (a fls. 1539 e 1540), *in verbis*:

Nos anos-calendário de 2003/2004, foram estruturadas uma série de operações em seqüência, premeditadas, envolvendo uma empresa “veículo”, partes relacionadas e ágio artificialmente gerado, sem modificação do controle da empresa Duroline, sem propósito comercial, visando unicamente modificar fatos geradores futuros de IRPJ e CSLL, através de uma redução do lucro tributável.

*Por todo o exposto no presente relatório fiscal, conclui-se que, no caso concreto, houve por parte do contribuinte, nas pessoas de seus acionistas, Carlos Roberto Mazzochi (Diretor) e Jorge Luiz Mazzochi, **uma ação dolosa tendente a modificar as características essenciais do fato gerador** de modo a reduzir o montante de imposto devido, o que se subsume ao previsto no art. 72 da Lei 11º 4.502/64, fraude, motivando a aplicação da multa de 150% para as infrações aqui apuradas, sem prejuízo de Representação Fiscal para Fins Penais, elaborada contra os sujeitos da conduta dolosa, compondo processo administrativo digital nº 11065721554/2012-58, uma vez que:*

- ambos, Carlos Roberto Mazzochi e Jorge Luiz Mazzochi, assinaram o Contrato Social de constituição de Superline (empresa “veículo” e “efêmera”) em 30/10/2003, como representantes de Duroline Participações (sócia majoritária, com 99,99% do capital social, de Superline);*
- ambos, Carlos Roberto Mazzochi e Jorge Luiz Mazzochi, foram eleitos diretor-presidente e diretor-administrativo respectivamente de Superline;*
- Carlos Roberto Mazzochi era Diretor-Presidente de Duroline e Jorge Luiz Mazzochi era membro do Conselho de Administração desta;*
- ambos, Carlos Roberto Mazzochi e Jorge Luiz Mazzochi, participaram da Assembléia Geral Extraordinária ocorrida em Duroline, em 02/01/2004, na qual foi aprovado o Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação da sociedade Superline, e o respectivo Laudo de Avaliação Contábil do Acervo Líquido desta;*
- Carlos Roberto Mazzochi assinou o Livro Diário de Superline, ano-calendário 2003, contendo registro do ágio e da provisão para realização do ágio.*

Não cabe à fiscalizada invocar desconhecimento ou prática de erro escusável. Em momento algum o ágio interno foi aceito pela Contabilidade, pela CVM

ou pelas regras tributárias: nem quando foi criado, nem quando foi amortizado, nem em qualquer outro momento anterior ou posterior. Vale lembrar que o custo histórico como base de valor já há muito está consagrado pela Contabilidade e, por extensão, pela legislação do imposto de renda, que apura o lucro real com observância dos preceitos das leis comerciais (Decreto-Lei 110.1.598, de 1977, art. 6º, §1º).

Primeiro, ressalto que essa é a única razão pela qual a autoridade fiscal considerou a conduta da recorrente dolosa. Não há, no TVF, qualquer outro motivo a justificar a qualificação da conduta como dolosa, afora, logicamente, um ou outro comentário implícito na descrição dos fatos ocorridos.

Segundo, note-se que a autoridade fiscal não enquadra os negócios jurídicos praticados pela recorrente em qualquer ilícito civil, ou seja, ela fala em empresa veículo, falta de propósito negocial e ágio artificial, mas em nenhum momento enquadra os atos praticados como simulação, abuso de direito, etc, mas como **“uma ação dolosa tendente a modificar as características essenciais do fato gerador de modo a reduzir o montante de imposto devido, o que se subsume ao previsto no art. 72 da Lei 11º 4.502/64, fraude”**.

Ora, então, a acusação é de conduta em fraude à lei, ou seja, os atos de reestruturação societária praticados teriam como finalidade criar artificialmente uma despesa de ágio e assim modificar o critério quantitativo (base de cálculo) do fato gerador, fazendo com que a lei tributária não atingisse aquela parcela da renda excluída da tributação.

Diante dessa constatação, a primeira questão que se coloca é se a fraude à lei tributária pode decorrer de atos lícitos. Em outras palavras, se o contribuinte pratica, antes da ocorrência do fato gerador, atos lícitos que têm o condão de modificar as características essenciais do fato gerador, terá incorrido em fraude à lei tributária? Certamente não, pois a conduta se enquadraria naquilo que a doutrina denomina como elisão fiscal – economia tributária por meios legais.

Ressalto que o entendimento de que o contribuinte pode se reorganizar desde que não seja exclusivamente para reduzir carga tributária (causa extra-tributária) é apenas uma teoria sem amparo no Direito posto, pois nem mesmo o art. 187 do Código Civil sustenta tal doutrina. Isso porque a finalidade da sociedade empresária é maximizar seus lucros, pelo aumento do faturamento e redução de custo – inclusive tributário, o que é legítimo desde que suas condutas sejam lícitas. Ora, seria desarrazoado sustentar que o contribuinte, diante de dois caminhos lícitos, fosse obrigado a escolher aquele que fosse tributariamente mais oneroso, sob pena de estar excedendo os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes à atividade empresarial. Em verdade, tal doutrina é muito mais propositiva do que analítica do Direito posto, pois nem mesmo do art. 187 do CC pode-se extrair que o limite para o planejamento tributário legítimo seja dado pela existência de causa extra-tributária.

Destarte, ou os atos praticados com o intuito de afastar a incidência da lei tributária são ilícitos ou não há que se falar em fraude à lei (tributária). No caso em tela, a autoridade fiscal sustenta que o ágio foi artificialmente gerado e que foi constituída empresa veículo e efêmera, ou seja, sustenta, implicitamente, que teria havido simulação na constituição da Superline e nos atos posteriores que levaram ao registro da despesa com amortização do ágio. Trata-se assim de uma simulação que se apresenta como instrumento de uma fraude à lei, ou seja, simulou-se atos que tiveram o condão de modificar as características essenciais do fato gerador, afastando assim a incidência da lei tributária sobre parte da renda.

Todavia, é débil a demonstração de tal simulação, pois limita-se à constatação dos seguintes fatos:

- que Carlos Roberto Mazzochi e Jorge Luiz Mazzochi, assinaram o Contrato Social de constituição de Superline (empresa “veículo” e “efêmera”) em 30/10/2003, como representantes de Duoline Participações (sócia majoritária, com 99,99% do capital social de Superline);
- que Carlos Roberto Mazzochi e Jorge Luiz Mazzochi foram eleitos diretor-presidente e diretor-administrativo respectivamente de Superline e que Carlos Roberto Mazzochi era Diretor-Presidente de Duoline e Jorge Luiz Mazzochi era membro do Conselho de Administração desta;
- que Carlos Roberto Mazzochi e Jorge Luiz Mazzochi, participaram da Assembléia Geral Extraordinária ocorrida em Duoline, em 02/01/2004, na qual foi aprovado o Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação da sociedade Superline, e o respectivo Laudo de Avaliação Contábil do Acervo Líquido desta;
- que Carlos Roberto Mazzochi assinou o Livro Diário de Superline, ano-calendário 2003, contendo registro do ágio e da provisão para realização do ágio.

Ora, tudo se resume no fato de ter sido constituída uma pessoa jurídica (SUPERLINE) por outra (DUOLINE PARTICIPAÇÕES), tendo os representantes legais desta acumulado postos de comando naquela e, logicamente, participado dos atos de gestão das duas pessoas jurídicas e, por fim, deliberado, dois meses após a constituição da primeira, pela sua incorporação por outra pessoa jurídica sob o mesmo controle acionário (DUOLINE S/A).

Ora, o único indício de simulação nos fatos narrados está na constatação da existência efêmera da Superline, pois, se ela tivesse sido incorporada, por exemplo, 20 anos após a sua constituição, não haveria sequer indício de simulação, ainda que mantidas as demais circunstâncias fáticas. Além disso, o fato de a Superline ter sido criada intragrupo não é sequer indício de simulação, pois toda a operação poderia ter sido realizada a partir da aquisição de ações de uma empresa preexistente, levando ao mesmo resultado.

Por outro lado, se a existência efêmera da Superline é um indício, será indício de uma simulação absoluta, pois nada foi dissimulado. No presente caso, o que se buscou foram os efeitos que são próprios do ato considerado como simulado (constituição da Superline), ao contrário, por exemplo, do que ocorre no planejamento conhecido como casa-separa, em que simula-se uma integralização de capital seguida de devolução de capital, para se dissimular uma compra e venda de participação societária ou de algum ativo da pessoa jurídica que devolve o capital. Em verdade, *in casu*, o que a recorrente desejava efetivamente era se enquadrar na norma legal insculpida no art. 36 da Lei 10.637/02.

Trata-se, assim, de um único indício de simulação na constituição da Superline, caracterizado pela sua existência efêmera, o qual não fora praticado para se esquivar da aplicação de uma regra de incidência tributária, mas para se enquadrar no permissivo legal do art. 36 da Lei nº 10.637/02. Ou seja, as modificações nas características essenciais do fato

gerador não decorreram unicamente da constituição da Superline e dos demais atos desencadeados a partir dela, pelo menos, não diretamente, pois as alterações do critério quantitativo do fato gerador se deram em razão da incidência da norma insculpada no art. 36 da Lei 10.637/02 sobre o fato imponible. Tanto isso é verdade, que, nas mesmas circunstâncias fáticas do presente caso, seria impossível a realização do mesmo planejamento após a revogação do indigitado art. 36.

Ensina-nos Pontes de Miranda (in Tratado de Direito Privado, Bookselles, 1ª ed., p. 442) que “*Em toda simulação há divergência entre a exteriorização e a volição, quer seja quanto ao objeto, ou melhor, quanto à matéria, de re ad rem (B vende manuscritos, dizendo vender pastas), ou quanto à pessoa, de personam (A doa a C, dizendo doar a B), ou quanto à categoria jurídica, de contractu ad contractum (A doa dizendo vender), ou quanto ao tempo, de tempore ad tempus (contratou por cinco anos a casa, dizendo ser por três anos), ou quanto à quantidade, de quantitate ad quantitatem (A vende seis caixas e o contrato fala de três), ou quanto a fato, de facto ad factum (A declara que pagou, e não pagou, ou vice-versa), ou quanto ao lugar, de loco ad locum (A assina como se fora concluído no Brasil o contrato que concluíra no Uruguai)*”. Ora, no caso em tela, não há divergência entre a exteriorização e a volição, pois a recorrente queria efetivamente constituir a Superline, o que fica evidente quando verificamos que não se encaixa em qualquer das categorias acima (simulação quanto objeto, pessoa, categoria jurídica, tempo, quantidade, fato, lugar, local).

Nesse sentido, vale diferenciar causa de motivo do negócio jurídico, pois, “*Causa é o fim que o agente procura e o leva a prática do ato, sem se cogitar do fim, que antes tivera, e do fim, ou fins, ulteriores, que com o ato entende alcançar. Motivos são as pré-intenções que dão ensejo ao negócio*. O que é essencial ao negócio jurídico é a causa, sendo que o acordo sobre a causa pode ser simulante: dissimula-se a doação, simulando-se o pagamento; dissimula-se o pagamento, doando-se; vende-se, simuladamente, quando, em verdade, se doou (Pontes de Miranda, in Tratados de Direito Privado, Tomo 3, ed. Bookseller, p. 124/126/127). No presente caso, o autuante tenta sustentar a simulação na constituição da Superline não pelo vício na causa, mas no motivo, ou seja, pelo fato de a pessoa jurídica ter sido constituída para o fim específico de reestruturação empresarial que possibilitaria o gozo dos benefícios do art. 36 da Lei 10.637/02. Por esses motivos, ainda que se aceitasse como suficiente o único indício trazido pela Fiscalização, não restaria demonstrada a simulação na constituição da Superline.

Em suma, a afirmativa de que houve ação dolosa sem demonstrar plenamente a ilicitude dos atos praticados, soa apenas como tendo ocorrido atos de gestão, intencionalmente praticados, com a finalidade de reduzir custos tributários, o que, por si só, não é ilícito. A autoridade lançadora não qualificou como simulada a constituição da Superline, nem demonstrou ser fraudulento o laudo de avaliação da Duroline (de onde aflorou o ágio), logo, não poderia concluir pela ilicitude das operações de reagrupamento societário praticadas pela recorrente. Se não restou devidamente demonstrado vícios nos negócios jurídicos praticados pela recorrente, falar em conduta dolosa é negar a esfera de liberdade que o ordenamento jurídico resguarda a todo administrador de empresas de livremente escolher, diante de caminhos lícitos, o que importe em menor carga tributária. Se assim não fosse, o contribuinte estaria obrigado a escolher sempre o caminho que o levasse a maior carga tributária, sob pena de sua ação ser considerada dolosa.

Em face do exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário do contribuinte.

Alberto Pinto Souza Junior – Relator.

Voto Vencedor

Conselheiro Waldir Veiga Rocha, Redator Designado

Em que pese o bem elaborado e fundamentado voto do ilustre Relator, durante as discussões ocorridas por ocasião do julgamento do presente litígio surgiram divergências que levaram a conclusões diversas, exclusivamente no que tange a: (i) mérito do lançamento, ou seja, a glosa de despesas com a amortização de ágio; (ii) preliminar de nulidade da decisão recorrida; e (iii) incidência de juros moratórios sobre a multa de ofício. Passo a tratar de cada um dos pontos acima, expondo os fundamentos da divergência e as conclusões às quais chegou o Colegiado.

i) Glosa de despesas com a amortização de ágio.

A principal matéria em discussão, que constitui o cerne do lançamento, é a glosa de despesas com ágio, descrita minuciosamente pela Auditora-Fiscal autuante no Relatório da Ação Fiscal (fls. 1490/1542) e assim sintetizada à fl. 1492:

Com relação ao ágio amortizado pela fiscalizada nos anos-calendário de 2006 a 2008, verificar-se-á ao longo deste relatório, que o mesmo foi gerado em operação que envolveu partes interdependentes, sem o respectivo desembolso, envolvendo empresa veículo, criada excepcionalmente para este fim, numa operação desprovida de qualquer propósito negocial. Nesta ação fiscal foi glosada a amortização do ágio realizada pela fiscalizada nos referidos anos-calendário, conforme será a seguir detalhado.

Como se vê, trata-se da amortização de despesas que a doutrina e as discussões administrativas vieram a denominar “*ágio interno*”, ou seja, aquele gerado por via de reorganizações societárias de caráter transitório dentro de um mesmo grupo econômico, sem o efetivo pagamento por uma nova riqueza ou mais-valia gerada, com o exclusivo objetivo de economia tributária. A matéria não é nova, e tem sido objeto de acirradas discussões no CARF e, em particular, neste Colegiado, e se encontra ainda distante de um consenso ou de pacificação.

Com a devido respeito aos que pensam diferente, e especialmente, ao ilustre Relator, que tão bem se expressou e fundamentou seu ponto de vista, o Colegiado, por maioria de votos, divergiu de suas conclusões. A posição adotada foi pela inadmissibilidade da redução do resultado tributável pela apropriação das despesas em questão.

Sobre a matéria, peço vênica para transcrever excertos do voto vencedor proferido pelo não menos ilustre Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado no acórdão nº 1302-001.108 (processo nº 19515.005340/2009-00), de 11 de junho de 2013. Com seu brilho, didatismo e clareza, os trechos reproduzidos a seguir dão conta dos fundamentos que também foram adotados no presente julgamento.

[...]

Antes de adentrar ao exame das operações em si e de seus efeitos fiscais, entendo que seja necessário tecer algumas observações acerca do tema da amortização do ágio criado como mecanismo de planejamento tributário pelas empresas.

Tal discussão é bastante tormentosa, o que se revela na própria jurisprudência administrativa, e não está imune a algum grau de subjetividade por parte dos intérpretes e aplicadores do direito.

A primeira questão a ser analisada refere-se à liberdade de auto-organização do contribuinte, tida como absoluta pelos intérpretes e doutrinadores liberais, que defendem que “o Fisco só pode cobrar (tributos) mediante tipicidade fechada e legalidade estrita” enquanto que o contribuinte pode fazer tudo que não está restringido pela lei.

Desta visão decorre o entendimento de que atendidos os aspectos puramente formais dos atos e operações do contribuinte, independente de seu conteúdo real, nenhuma objeção pode ser feita pelo Fisco.

Tal visão desconsidera o aspecto finalístico da lei e sua interpretação sistêmica.

Não há dúvidas de que o contribuinte tem ampla liberdade de auto-organizar-se, inclusive no sentido de adotar as opções negociais que lhe propiciem a menor carga tributária possível.

Esta liberdade de auto-organização, no entanto, não é absoluta; está sujeita a restrições, como o respeito à livre concorrência, à boa fé, à função social da empresa, etc. Tampouco se aplica às hipóteses de simulação, fraude à lei e abuso de direito.

Um dos poucos doutrinadores a tratar do tema sem o viés estritamente liberal, Marco Aurélio Greco leciona que “*não há dúvida de que o contribuinte tem o direito encartado na Constituição Federal, de organizar sua vida da maneira que melhor julgar. Porém, o exercício desse direito supõe a existência de causas reais que levem a tal atitude. A auto-organização com a finalidade predominante de pagar menos imposto configura abuso de direito, além de poder configurar algum outro tipo de patologia do negócio jurídico, como, por exemplo, fraude à lei*”².

Nesse sentido, observa que “*a possibilidade de serem identificadas situações concretas em que os atos realizados pelos particulares, embora juridicamente válidos, não serão oponíveis ao Fisco, quando forem fruto de um uso abusivo do direito de auto-organização que, por isso, compromete a eficácia do princípio da capacidade contributiva e da isonomia fiscal*”³.

A observância aos princípios da capacidade contributiva e da isonomia fiscal na interpretação e aplicação da lei tributária, especialmente quando se trata do Imposto de Renda, revela-se de todo pertinente, não podendo tais princípios serem subjugados ou simplesmente esquecidos em face do direito de auto-organização do sujeito passivo. “*A eficácia do princípio da capacidade contributiva está em assegurar que todas as manifestações daquela aptidão sejam efetivamente atingidas pelo tributo*”⁴. E, “*na medida em que a lei qualificou uma determinada manifestação de capacidade contributiva como pressuposto de incidência de um tributo, só haverá isonomia tributária se todos aqueles que se encontrarem na mesma condição tiverem de suportar a mesma carga fiscal. Se, apesar de existirem idênticas manifestações de capacidade contributiva, um contribuinte puder se furtar ao imposto (ainda que lícitamente), esta atitude estará comprometendo a igualdade, que tem dignidade e relevância até mesmo maiores que a proteção à propriedade (CF, artigo 5º)*”⁵.

² GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. 3a. ed. São Paulo: Dialética, 2011. p 228

³ GRECO, Marco Aurélio. Op cit, p. 211

⁴ GRECO, Marco Aurélio. Op cit, p. 209

⁵ GRECO, Marco Aurélio. Op cit, p. 210

alienação das empresas estatais para obter um melhor preço, com inegável característica de benefício fiscal indutor de um comportamento.

Efetivamente, antes da edição da Lei nº 9.532/1997, o ágio na aquisição de investimento somente tinha efeitos fiscais na tributação do ganho ou perda de capital quando de sua alienação (DL nº 1.598/77, art. 33), sendo sua amortização fiscalmente neutra (era adicionada no LALUR).

Entretanto, essa situação foi alterada pela Lei nº 9.532, de 1997, que dispôs:

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 n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

(...)

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)

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

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

A motivação que levou o legislador a editar esta norma reguladora do agir no contexto do PND foi aumentar as ofertas dos participantes do leilão das empresas desestatizadas, mediante a garantia aos investidores da dedutibilidade do ágio pago na aquisição das empresas. Porém, especialmente na privatização das concessionárias de serviços públicos, a norma não alcançaria seu objetivo se não houvesse a permissão para a utilização de incorporação invertida e de empresas veículo.

A possibilidade de dedução da amortização é condicionada à junção dos patrimônios. Como os licitantes, na quase totalidade dos casos, são grupos de empresas dos mais diversos setores da economia (grandes construtoras, seguradoras, fundos de previdência, bancos de investimentos, etc.), a junção patrimonial direta, para utilização do benefício, seria impossível.

É curial que não era objetivo do PND extinguir as empresas concessionárias de serviços públicos. Por isso, a previsão expressa da possibilidade de operação invertida (a investida absorvendo a investidora).

Por seu turno, as investidoras também não têm interesse em serem extintas, e mais, podem ter limitações regulatórias específicas, que impeçam a junção patrimonial.

Assim, a única forma de viabilizar a utilização do benefício é concentrar a participação societária adquirida (com ágio) no leilão numa empresa veículo (sociedade com propósito específico), a qual seria incorporada pela investida.

Por isso, no contexto do PND, além de prever expressamente a possibilidade de operações invertidas (art. 8º da Lei nº 9.532/97), a Lei nº 9.491/97, que alterou os procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização PND, em seu art. 4º, permitiu a utilização de várias estruturas societárias possíveis para a implementação da política, inclusive por meio de empresas veículos, como as subsidiárias integrais. A conferir:

[...]

Portanto, operações como as ora submetidas a julgamento nada têm de planejamento ilícito ou inoponível ao fisco, sendo, ao contrário atuações induzidas pelo Poder Público.

Além de a possibilidade de dedução do ágio permitido pelo artigo 7º da Lei nº 9.532/97 ter sido uma forma encontrada pelo Governo de incrementar os preços das ofertas nos leilões de privatização (conduta induzida), o normativo deixou ao inteiro talante dos contribuintes o momento de obter o aproveitamento fiscal do sobrepreço pago (opção fiscal), ao vincular a dedutibilidade do ágio a partir do evento incorporação, fusão ou cisão.”

Não obstante existirem diversos autores que sustentam que a referida lei constituiu um incentivo fiscal às privatizações, Luiz Eduardo Schoueri enxerga a norma como uma restrição “da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que o justificassem”⁸

Qualquer que fosse o objetivo, conforme havíamos analisado, o legislador baseou-se em um motivo econômico relevante quando tratou da possibilidade fiscal de dedução do ágio pago na aquisição de investimentos, com fundamento na expectativa de rentabilidade futura, na Lei nº 9.532/1997.

Independente da premissa ou pressuposto para a instituição da previsão legal de dedução do ágio, é certo que a lei não cuidou de restringir o seu alcance apenas para as operações de aquisições de participações visando o programa nacional de desestatização, de sorte que é correta a sua extensão a toda e qualquer operação de aquisição de investimentos, inclusive naquelas ocorridas entre particulares, desde que se amoldem às da previsão legal.

Assim é que, em uma operação de aquisição de investimentos entre duas empresas independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses, havendo o pagamento de ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura e, cumpridos os requisitos legais, o Fisco não pode opor qualquer óbice à sua amortização.

Todavia, não é o que ocorre no caso dos autos, situação que bem se subsume à retratada na sequência do voto condutor do Acórdão 1301-000.999, já citado, *in verbis*:

“O problema da reorganização societária “ilícita” do ponto de vista tributário está quando a causa, isto é, a função econômico-social que o direito objetivo atribui a determinado negócio jurídico, é distorcida para criar, instituir ou estabelecer uma vantagem fiscal. Seria o caso (não presente neste processo) de “ágio fabricado internamente”, quando a operação societária cria um ágio artificialmente, para assim obter a vantagem fiscal.

O vício está na formação do ágio e não no seu aproveitamento posterior, quando da incorporação. Entretanto, é óbvio que o vício do ágio macula o seu próprio aproveitamento.”

A situação prevista no § 2º do art. 39 da MP. 66 (convertida na Lei nº 10.637/2002), por sua vez, também não autoriza a montagem fiscal consistente na produção de uma reorganização societária feita com o único pretexto de gerar um ágio artificial (que de fato não existe).

Note-se que esse dispositivo trata da neutralização de efeitos que poderiam advir em consequência de operações societárias realizadas, mas que não interferem nem modificam a formação do ágio. O vício aqui tratado, no entanto, está na formação do próprio ágio o que inviabiliza o seu aproveitamento.

Com a devida vênia aos que advogam a tese de que tal dispositivo estaria a criar ou, no caso, complementar o receituário que permitiria simulacros de reorganizações societárias, como a aqui examinada, reafirmo minha convicção de que o nosso legislador jamais conceberia uma lei nesse sentido, em flagrante afronta aos princípios constitucionais. Certamente tal dispositivo é dirigido a situações concretas em que, de fato, exista substância nas modificações societárias produzidas, diferentes da ora analisada.

Em conclusão, os atos formais de reorganização societária registrados pela recorrente não representam negócios efetivos; são meramente aparentes, sem substância ou existência real, [...].

Assim, ainda que formalmente regulares os atos societários, não existe uma efetiva aquisição de investimentos, [...], pelo que entendo correta a glosa dos valores amortizados efetuada pelo Fisco.

Por fim, examino a questão do ágio sob a perspectiva de sua apuração e reconhecimento na contabilidade.

Essa discussão ganha sua relevância em face do argumento utilizado quando se discute a questão do ágio no âmbito das operações societárias no sentido de que o regime contábil dado ao instituto seria diferente daquele previsto na legislação tributária.

Tal entendimento deriva do fato do legislador ter disciplinado o instituto no âmbito de uma lei que tratava Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas. E esta, de fato, disciplinou a matéria por meio do art. 20 do DL. 1598/77⁹.

⁹ 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.

Com a devida vênia, ainda que a legislação tributária tenha regulado procedimentos contábeis no seu bojo, até pela falta de maior detalhamento pela lei societária, não autoriza a conclusão de que existam dois tipos de ágios distintos para um mesmo fato econômico: um jurídico-tributário e outro contábil.

Em que pese a contabilidade e direito tributário tenham seus campos próprios de conhecimento e ciência, é inegável a interseção entre ambos no âmbito das relações jurídico-tributárias.

Não se deve olvidar que o lucro tributável é definido pela legislação do Imposto de Renda a partir do lucro líquido apurado na escrituração comercial, tendo o próprio Decreto-Lei nº 1.598/77, no inc. X do seu art. 67, estabelecido expressamente que o lucro líquido do exercício deverá ser apurado, a partir do primeiro exercício social iniciado após 31 de dezembro de 1977, com observância das disposições da Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976.

Desta forma, as normas contábeis exaradas pelas entidades responsáveis pela normatização e regulamentação da contabilidade não são elementos estranhos à aplicação da legislação tributária, pelo contrário, fazem parte do arcabouço de mensuração do resultado tributável obtido pelas sociedades empresariais.

E aí provavelmente resida um dos pontos nodais nesta discussão, concernente ao reconhecimento do ágio sob a perspectiva de sua apuração contábil.

O Regulamento do Imposto de Renda – RIR/1999 (Decreto nº 3.000/1999) dispõe extensamente sobre o registro e amortização do ágio na contabilidade da pessoa jurídica, *in verbis*:

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

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

§ 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.

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

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

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

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

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

Art. 386. 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 artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, 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 o inciso III do § 2º do artigo anterior, 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 o inciso II do § 2º do artigo anterior, **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;

IV - **deverá amortizar o valor do deságio** cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, **nos balanços correspondentes** à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 1º).

§ 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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 2º):

I - o ágio em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

II - o deságio em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 3º):

I - 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;

II - 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 do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 4º).

§ 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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 5º).

§ 6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

II - a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

§ 7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no § 2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11).

Como se vê, tanto o registro da ocorrência do ágio quanto os de sua amortização, de acordo com a legislação tributária devem ser feitos na contabilidade do sujeito passivo, que por sua vez deve seguir as normas de escrituração da legislação comercial.

Ora, o art. 20 do DL. 1598/77 define a existência de ágio ou deságio como sendo a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição. Deste conceito emanam duas grandezas a serem determinadas com vistas à apuração da existência de ágio (ou deságio). A primeira é o custo de aquisição e a segunda é o valor do patrimônio líquido. Quanto a este último não há dúvidas de que se trata do valor patrimonial da empresa investida na data do investimento. Quanto à primeira é que surgem controvérsias quando se trata de operações societárias realizadas internamente num grupo econômico: qual é o custo de aquisição?

O Conselho Federal de Contabilidade, por meio da resolução 750/93¹⁰, que dispõe sobre os princípios fundamentais da contabilidade, ao tratar do registro dos componentes patrimoniais assim estabelecia no seu art 7º:

¹⁰ Essa redação foi alterada pela Resolução CFC nº 1282/2010, por conta do processo de convergência às normas internacionais de contabilidade introduzidas pela Lei nº 11.941/2009.

Art. 7º Os componentes do patrimônio devem ser registrados pelos valores originais das transações com o mundo exterior, expressos a valor presente na moeda do País, que serão mantidos na avaliação das variações patrimoniais posteriores, inclusive quando configurarem agregações ou decomposições no interior da ENTIDADE.

Parágrafo único – Do Princípio do REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL resulta:

I – a avaliação dos componentes patrimoniais deve ser feita com base nos valores de entrada, considerando-se como tais os resultantes do consenso com os agentes externos ou da imposição destes;

[...]

(grifo nosso)

Fundada nesses princípios a Comissão de Valores Mobiliários, por meio do Ofício Circular CVM/SNC/SEP no 01/2007 condenou o reconhecimento do chamado ágio interno, ou seja, gerado dentro do mesmo grupo de empresas sob controle comum, *in verbis*:

"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 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. 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." (Os grifos constam do original).

Resta evidente a convergência Ofício Circular CVM/SNC/SEP no 01/2007 com o princípio emanado do CFC quando se trata da definição do custo de aquisição de um componente patrimonial.

Não obstante, respeitáveis vozes têm se insurgido contra a invocação desta norma da CVM para fins de interpretação da lei tributária, alegando que a mesma não teria o condão de modificar os conceitos legais do ágio ou mesmo ser utilizada na interpretação da legislação tributária, pois abrigaria conceitos de caráter meramente econômicos ou contábeis.

Com a devida vênia aos que assim pensam, entendo que a nota da CVM apenas proclama o óbvio, seja em termos jurídicos, contábeis ou econômicos, deixando nua a falta de substância das operações societárias realizadas com o único intuito de gerar ágios artificialmente, com vistas à redução da carga tributária, situação não amparada pela lei, conforme já examinamos. Ora, se não há a criação de riqueza nova, como se justificaria a existência de um ágio? Afinal, qual a finalidade da lei tributária (do imposto de renda, em especial), senão estabelecer a carga tributária conforme a capacidade econômica do contribuinte?

No voto que restou vencido, no Acórdão nº 1101-00.708, a ilustre Conselheira Edeli Pereira Bessa, cita o exame do conceito de ágio pela doutrina contábil, evidenciando que o entendimento da CVM está completamente amparado nos princípios e fundamentos contábeis, *in verbis*:

"[...]Jo Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações, elaborado pela referida FIPECAFI (Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras), e citado pela Fiscalização nos termos de sua edição de 2008, afirma o mesmo entendimento no âmbito doutrinário, expondo com clareza o conceito contábil de ágio nos termos a seguir transcritos:

11.7.1 — Introdução e Conceito

Os investimentos, como já vimos, são registrados pelo valor da equivalência patrimonial e, nos casos em que os investimentos foram feitos por meio de subscrições em empresas coligadas ou controladas, formadas pela própria investidora, não surge normalmente qualquer ágio ou deságio. Veja-se, todavia, caso especial no item 11.7.6.

Todavia, no caso de uma companhia adquirir ações de uma empresa já existente, pode surgir esse problema.

O conceito de ágio ou deságio, aqui, não é o da diferença entre o valor pago pelas ações e seu valor nominal, mas a diferença entre o valor pago e o valor patrimonial das ações, e ocorre quando adotado o método da equivalência patrimonial.

Dessa forma, há ágio quando o preço de custo das ações for maior que seu valor patrimonial, e deságio, quando for menor, como exemplificado a seguir.

11.7.2 Segregação Contábil do Ágio ou Destigio

*Ao **comprar** ações de uma empresa que serão avaliadas pelo método da equivalência patrimonial, deve-se, já na ocasião da **compra**, segregar na Contabilidade o preço total de custo em duas subcontas distintas, ou seja, o valor da equivalência patrimonial numa subconta e, o valor do ágio (ou deságio) em outra subconta (...)*

11.7.3 Determinação do Valor do Ágio ou Deságio

a) GERAL

*Para permitir a determinação do valor do ágio ou deságio, é necessário que, na data-base da **aquisição das ações**, se determine o valor da equivalência patrimonial do investimento, para o que é necessária a elaboração de um Balanço da empresa da qual se **compraram as ações**, referencialmente na mesma data-base da **compra** das ações ou até dois meses antes dessa data. Todavia, se a **aquisição** for feita com base num Balanço de negociação, poderá ser utilizado esse Balanço, mesmo que com defasagem superior aos dois meses mencionados. Ver exemplos a seguir.*

b) DATA-BASE

*Na prática, esse tipo de negociação é usualmente um processo prolongado, levando, às vezes, a meses de debates até a conclusão das **negociações**. A data-base da contabilização da **compra** é a da **efetiva transmissão dos direitos de tais ações aos novos acionistas** a partir dela, passam a usufruir dos lucros gerados e das demais vantagens patrimoniais.()*

11.7.4 Natureza e Origem do Ágio ou Destigio

(...)

c) ÁGIO POR VALOR DE RENTABILIDADE FUTURA

*Esse ágio (ou deságio) **ocorre quando se paga pelas ações um valor maior (menor) que o patrimonial**, em função de expectativa de rentabilidade futura da coligada ou controlada adquirida.*

Esse tipo de ágio ocorre com maior frequência por envolver inúmeras situações e abranger diversas possibilidades.

No exemplo anterior da Empresa B, os \$ 100.000.000 pagos a mais na compra das ações representam esse tipo de ágio e devem ser registrados nessa subconta específica.

Sumariando, no exemplo anterior, a contabilização da compra das ações pela Empresa A, por \$ 504.883.200, seria (...).

11.7.5 Amortização do Ágio ou Destigio

*a) CONTABILIZAÇÃO**I - Amortização do ágio (deságio) por valor de rentabilidade futura*

O ágio pago por expectativa de lucros futuros da coligada ou controlada deve ser amortizado dentro do período pelo qual se pagou por tais futuros lucros, ou seja, contra os resultados dos exercícios considerados na projeção dos lucros estimados que justifiquem o ágio. O fundamento aqui é o de que, na verdade, as receitas equivalentes aos lucros da coligada ou controlada não representam um lucro efetivo, já que a investidora pagou por eles antecipadamente devendo, portanto, baixar o ágio contra essas receitas. Suponha que uma empresa tenha pago pelas ações adquiridas um valor adicional ao do patrimônio líquido de \$ 200.000, correspondente a sua participação nos lucros dos 10 anos seguintes da empresa adquirida. Nesse caso, tal ágio deverá ser amortizado na base de 10% ao ano. (Todavia, se os lucros previstos pelos quais se pagou o ágio não forem projetados em uma base uniforme de ano para ano, a amortização deverá acompanhar essa evolução proporcionalmente).(..)

Nesse sentido, a CVM determina que o ágio ou o deságio decorrente da diferença entre o valor pago na aquisição do investimento e o valor de mercado dos ativos e passivos da coligada ou controlada deverá ser amortizada da seguinte forma (..).

*11.7.6 Ágio na Subscrição**(...)*

b) por outro lado, vimos nos itens anteriores ao 11.7 que surge o ágio ou deságio somente quando uma empresa adquire ações ou quotas de uma empresa já existente, pela diferença entre o valor pago a terceiros e o valor patrimonial de tais ações ou quotas adquiridas dos antigos acionistas ou quotistas.

Poderíamos concluir, então, que não caberia registrar um ágio ou deságio na subscrição de ações. Entendemos, todavia, que quando da subscrição de novas ações, em que há diferença entre o valor de custo do investimento e o valor patrimonial contábil, o ágio deve ser registrado pela investidora.

Essa situação pode ocorrer quando os acionistas atuais (Empresa A) de uma empresa B resolvem admitir novo acionista (Empresa X) não, pela venda de ações já existentes, mas pela emissão de novas ações a serem subscritas, pelo novo acionista. Ou quando um acionista subscreve aumento de capital no lugar de outro.

O preço de emissão das novas ações, digamos \$ 100 cada, representa, a negociação pela qual o acionista subscritor está pagando o valor patrimonial contábil da Empresa B, digamos \$ 60, acrescido de uma mais-valia de \$ 40, correspondente, por exemplo, ao fato de o valor de

mercado dos ativos da Empresa B ser superior a seu valor contabilizado. Tal diferença representa, na verdade, uma reavaliação de ativos, mas não registrada pela Empresa B, por não ser obrigatória.

Notemos que, nesse caso, não faz sentido lógico que o novo acionista ou mesmo o antigo, ao fazer a integralização do capital, registre seu investimento pelo valor patrimonial das suas ações e reconheça a diferença como perda não operacional.

Na verdade, nesse caso, o valor pago a mais tem substância econômica bem fundamentada e deveria ser registrado como um ágio, baseado no maior valor de mercado dos ativos da Empresa B." (negrejou-se)"

(destaques cfe original)

A Relatora do voto vencido no referido acórdão também analisou com propriedade a Nota Explicativa CVM nº 247/96, demonstrando que o fato de admitir ágio ou deságio na subscrição de ações não invalida a conclusão do Ofício Circular CVM/SNC/SEP no 01/2007, *in verbis*:

"Em seu memorial, a recorrente acrescenta que a própria CVM, na Nota Explicativa que acompanhou a edição da Instrução CVM no 247/96, tratou da questão, justificando a existência e o reconhecimento do ágio no caso de subscrição de capital, mesmo que "não tenha havido uma negociação direta com terceiros" (grifo do original). Assim, é importante esclarecer que a referida Instrução CVM nº 247/96 assim dispôs:

Art. 13 - Para efeito de contabilização, o custo de aquisição de investimento em coligada e controlada deverá ser desdobrado e os valores resultantes desse desdobramento contabilizados em sub-contas separadas:

I. equivalência patrimonial baseada em demonstrações contábeis elaboradas nos termos do artigo 10; e

II. ágio ou deságio na aquisição ou na subscrição, representado pela diferença para mais ou para menos, respectivamente, entre o custo de aquisição do investimento e a equivalência patrimonial.

E a correspondente Nota Explicativa foi assim redigida, na parte aventada pela recorrente:

7 - DO ÁGIO OU DESÁGIO NA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO AVALIADO PELO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL

Alguns esclarecimentos e alterações importantes foram feitos neste tópico. A primeira, e talvez a principal delas, trata da existência de ágio/deságio na subscrição de ações.

Até algum tempo atrás, era entendimento de muitas pessoas que o ágio e o deságio somente surgiam quando havia uma aquisição das ações de uma determinada empresa (transação direta entre vendedor e comprador). Hoje, entretanto, já existe o entendimento de que o ágio ou o deságio pode também surgir em decorrência de uma subscrição de capital.

Em um processo de subscrição de ações, quando há alteração no percentual de participação, o entendimento era de que a parcela subscrita que ultrapassasse o valor patrimonial das ações constituía uma perda de capital na investidora (e um ganho na empresa cuja participação estava sendo diminuída), e essa perda/ganho deveria ser contabilizada, no resultado não operacional, como variação de percentual de participação. Posteriormente, verificou-se que quando essa parcela subscrita decorre, por exemplo, da subavaliação no valor contábil dos bens, existe a figura do ágio na investidora, mesmo que não tenha havido uma negociação direta com terceiros.

[...]

O entendimento anterior era de que, em função da variação do percentual de participação, a nova equivalência patrimonial revelava um ganho de variação para a Cia A e, conseqüentemente, uma perda na Cia B, que deveriam ser contabilizados de imediato nos resultados dos investidores. A explicação para a perda estava baseada na seguinte construção:

[...]

Esse entendimento não é verdadeiro. Na realidade, a Cia B pagou uma parcela adicional em função de uma mais-valia dos bens, que não está refletida nos registros contábeis da Cia XYZ. Só que não o fez diretamente aos proprietários das ações (Cia A). Portanto, o que existe neste caso é a figura do ágio com fundamento nesta mais-valia, e isto é fácil de verificar. Imaginemos que a Cia XYZ tenha reavaliado seus ativos antes do aumento de capital, neste caso, a situação seria a seguinte:

*Nestes termos, resta claro que a Nota Explicativa, ao mencionar que não houve uma negociação direta com terceiros, está cogitando que ao menos houve uma negociação **indireta** com terceiros. No exemplo acima referido, a Cia B paga valor representativo de mais-valia de ativos à Cia XYZ, o que beneficia indiretamente seus sócios, Cia A, situação distinta da presente, na qual o benefício experimentado pela controladora Gerdau S/A decorre de mais-valia por ela reconhecida mediante subscrição, na Gerdau Participações S/A, do investimento que ela antes já detinha na Gerdau Açominas S/A. (grifo nosso)*

Dai a pertinente interpretação veiculada no Ofício-Circular CVM/SNC/SEP no 01/2007:

[...]

*Ou seja, este ato limita-se a reforçar o que consta da lei desde sua edição: é necessário que haja **preço (custo) pago** pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, superior ao valor patrimonial desse investimento. E somente há preço e, por conseqüência, aquisição, quando a operação se realiza entre partes independentes.”*

Como se observa, tanto as normas contábeis quanto a doutrina são convergentes em não reconhecer a existência de ágio quando não há negociação, ainda que indireta, com terceiros e efetivo pagamento pelas participações subscritas, situações que também não se verificam nas operações ora examinadas.

A utilização dos princípios contábeis para dar uma resposta satisfatória ao desafio de mensuração do resultado das pessoas jurídicas, foi bem observado por Schoueri, que aborda a solução encontrada pelo legislador pátrio para a questão da dedutibilidade do ágio, *in verbis*:

“Conforme já referido, pelo princípio contábil do confronto das despesas com as receitas (o matching principle), as despesas que sejam diretamente relacionadas a receitas de determinado período devem ser com estas confrontadas, a fim de que não sejam geradas quaisquer distorções. Não seria razoável que se contabilizasse uma receita sem que a despesa que a originou fosse a essa contraposta; caso contrário, se verificariam valores absolutamente fictícios, com resultados negativos no período em que se contabilizasse a despesa e positivos no período que se escriturasse a receita, quando, em verdade, esses valores contrapostos acarretariam um resultado global neutro.

Segundo explana Sérgio de Iudicibus, os princípios dão as grandes linhas filosóficas da resposta contábil aos desafios do sistema de informação da Contabilidade, operando num cenário complexo, no nível dos postulados, formando, pois, o núcleo da doutrina contábil.

Muito além de influenciar as ciências contábeis, é de se notar que os princípios influenciam todos os demais âmbitos de estudo dotado de cientificidade, dentre esses o Direito. Um princípio que fornece respostas satisfatórias a uma ciência pode perfeitamente oferecer respostas também satisfatória a outros âmbitos científicos. E ocorreu justamente isso em matéria de amortização de ágio. Além de fornecer resposta aos desafios contábeis, o princípio do confronto das despesas com as receitas também foi utilizado pelo legislador para fornecer respostas satisfatórias aos desafios fiscais de amortização do ágio.

*Foi de rara felicidade a introdução desse princípio, de natureza primordialmente contábil, na apuração do lucro real das pessoas jurídicas nacionais, por parte do Poder Executivo quando formulou o tratamento do ágio na incorporação que atualmente observamos em nosso ordenamento jurídico. Entendeu-se que o momento de dedutibilidade fiscal do ágio deveria estar estritamente vinculado ao momento em que as receitas que acarretaram o seu **pagamento** fossem auferidas, isto é, o momento em que o ágio fosse considerado realizado.*

Ora, qual o motivo de se ter pago um montante superior ao valor do patrimônio líquido de uma pessoa jurídica para adquiri-la? A expectativa de auferir resultados positivos futuros em decorrência desse ágio pago é a resposta. Se os resultados positivos futuros tiveram sua origem em dispêndio com ágio ocorrido no passado, nada mais correto que registrar esse ágio em ativo para que apenas seja considerado em conta de resultado quando os referidos resultados positivos futuros foram

auferidos. Eis onde o legislador acertou ao edificar a regulamentação do ágio ora em vigor.”¹¹ (grifos nosso)

Muito feliz a observação de Schoueri de que o legislador buscou na ciência contábil a solução para a questão da amortização do ágio. E o fez tanto com relação à adoção do princípio do confronto entre despesas e receitas como também ao já citado princípio do registro pelo valor original, resultante do consenso com os agentes externos ou da imposição destes, pois ambos se complementam neste caso.

Senão, como se pode falar em dispêndio com ágio pago numa transação que não envolve terceiros? Como se admitir a dedução de um dispêndio que não existiu sobre uma receita que dele não decorreu?

Seria absolutamente contraditório aceitar um princípio e negar o outro.

As conclusões de Luis Eduardo Schoueri¹², acerca da previsão legal de dedutibilidade do ágio formado com base na expectativa de rentabilidade futura, reforçam meu entendimento nesse sentido:

*“Já na hipótese do **dispêndio antes contabilizado como ágio** concernente a rentabilidade futura, o auferimento de lucros tributáveis na empresa A é per se suficiente para traduzir a realização do dispêndio com o ágio antes incorrido, que deverá ser realizado para compensar os resultados positivos, à medida em que forem ocorrendo.*

Dai o porque de após a incorporação o ágio passar a ser ativo intangível, amortizável, uma vez que apenas a partir desse momento os lucros passam a ser tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de equivalência patrimonial, não tributável.

*Dessa forma, para que se possa considerar os lucros auferidos pela Empresa B como real resultado global positivo na Empresa A, faz-se essencial primeiramente baixar o **valor originalmente pago a título de ágio** contra esses lucros. Isso porque os lucros passarão a ser tributados na Empresa A, e **se não forem baixados os dispêndios anteriormente efetuados, contra as receitas que o fundamentaram, proceder-se-á a tributação de uma não renda.***

Essa é a lógica que informa o art. 7º da Lei nº 9.532/1997: a pessoa jurídica que absorver, em virtude de incorporação, patrimônio de outra na qual detenha participação societária adquirida com ágio, deverá lançar o valor correspondente ao ágio cujo fundamento seja o de rentabilidade futura da coligada ou controlada incorporada no ativo intangível.

Nos termos do art. 7º da Lei nº 9.532/1997, a amortização do ativo diferido, oriundo do ágio fundamentado em rentabilidade futura poderá ocorrer à razão de 1/60, no máximo, para cada mês do período de apuração, o que corresponde a um período mínimo de amortização de cinco anos.

*Ou seja: após a incorporação, a cada mês será lançada uma parcela de 1/60 do **valor originariamente pago a título de ágio**, a título de despesa de amortização do ativo diferido surgido com a incorporação. Essa amortização não é qualquer favor ou*

¹¹ SCHOUERI, Luis Eduardo. *op cit*, p. 71 e 72

¹² SCHOUERI, Luis Eduardo. *Op cit*, p. 79 e 80

Documento assinado digitalmente em 15/01/2014 por WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 21/01/2014 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR, Assinado digitalmente em 15/01/2014 por MARCIO RODRIGO FRIZZO

Impresso em 31/01/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

benefício, já que o legislador pressupõe que, com a incorporação, o empreendimento lucrativo passe a compor o resultado da incorporadora.

Terá, pois, a incorporadora mensalmente, dois efeitos:

- um valor, lançado a despesa, relativo à amortização do ativo diferido correspondente ao que, antes da incorporação era ágio; e

- um ganho correspondente a lucratividade do empreendimento incorporado.

E por que não se trata de benefício?

Exatamente porque a incorporadora pagou aquele ágio. Ou seja: não há como falar em renda se o suposto ganho não corresponde a qualquer riqueza nova. É verdade que o empreendimento é lucrativo; o contribuinte (incorporadora), entretanto, não tem qualquer ganho, até que recupere o ágio que pagou. “

(destaques nossos)

Ora se é lógico não haver a tributação do resultado antes de deduzido o ágio efetivamente pago em face da expectativa de lucratividade futura, da mesma forma não faz sentido deduzir do lucro, como despesa, um valor que não foi efetivamente despendido. O lucro, neste último caso, é o mesmo que a empresa já teria antes da suposta reorganização societária e não ocorreu nenhum dispêndio que justifique a sua redução.

Observe-se ainda que, quando se fala em ágio pago, não se está discutindo a possibilidade do pagamento de uma subscrição ser feita por outros meios que não o pagamento em dinheiro, tais como a dação em pagamento de bens ou direitos.

Não há dúvidas de que o pagamento de uma subscrição possa ser feito sob diversas formas ou meios, como a dação em pagamento de bens ou direitos, p.ex.

A questão que se coloca é que para que se admita a existência do pagamento de ágio é que haja um efetivo sacrifício patrimonial por parte da adquirente.

Não caracteriza qualquer desembolso a mera transferência escritural das ações registrados pela investidora em seu patrimônio (indevidamente reavaliados) para o da investida. Mormente, se, ato contínuo, é feita a reversão do investimento, mediante a incorporação reversa, apenas para cumprir um requisito legal, sem qualquer modificação do seu controle direto ou indireto, seja quantitativa, seja qualitativamente.

A ausência de um efetivo pagamento (sacrifício patrimonial) por parte da investidora pelas participações subscritas em operações com empresas controladas revela a falta de substância econômica das operações o que impede o seu registro e reconhecimento contábil, pois não há efetiva modificação da situação patrimonial.

Ora, como já visto, os resultados tributáveis das pessoas jurídicas, apurados com base no Lucro Real, têm como ponto de partida o resultado líquido apurado na escrituração comercial, regida pela Lei nº 6.404/1976, conforme estabelecido pelo DL. 1.598/1977.

O ágio na subscrição de investimentos é um fato econômico captado pela ciência contábil e regulado pela lei tributária com substrato nos princípios contábeis.

É nessa perspectiva que a orientação normativa da CVM e demais normas contábeis devem ser vistas. Não como fonte normativa tributária, mas como

elementos para a adequada interpretação da lei quanto aos efeitos do fato econômico (ágio) por ela regulado, pois os seus fundamentos foram buscados na ciência contábil.

Assim, os princípios contábeis geralmente aceitos e as normas emanadas dos órgãos fiscalizadores e reguladores, como Conselho Federal de Contabilidade e Comissão de Valores Mobiliários, observadas disposições legais específicas em contrário, têm pertinência e devem ser observadas na apuração dos resultados contábeis e fiscais.

Dissociar o fato econômico (ágio) captado pela ciência contábil daquele regulado pela lei tributária tornaria esta completamente abstrata, divorciada do contexto econômico que visa regular.

Pelo exposto, entendo que, também sob o ponto de vista de apuração dos resultados segundo os princípios e as normas contábeis, não pode ser aceita a dedutibilidade de ágio nas operações aqui retratadas, com base nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, uma vez que os referidos dispositivos remetem ao ágio apurado nos temos do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/1997, que por sua vez deve ser reconhecido contabilmente conforme com as normas da escrituração comercial estabelecidas pela Lei nº 6.404, de 1976.

O exame dos autos demonstra que as considerações e fundamentos acima transcritos se amoldam à perfeição ao caso concreto. Senão vejamos:

- Na situação inicial, até 28/08/2003, a Sulcromo S/A era acionista majoritária (99,93% do capital social) da fiscalizada Duroline S/A.
- Em 29/08/2003 foi constituída a Duroline Participações Ltda, a partir da cisão parcial da Sulcromo. Entre os elementos ativos da sociedade cindida vertidos para a nova sociedade cindenda (Duroline Participações) estava a participação detida pela Sulcromo na Duroline (fiscalizada). Após esta operação, Duroline Participações passou a deter 99,93% do capital social de Duroline (fiscalizada). Os acionistas controladores da nova sociedade Duroline Participações eram os mesmos acionistas controladores da Sulcromo.
- Em 30/10/2003 foi constituída a Superline Empreendimentos e Participações Ltda. Sua controladora (99,99% do capital) era a Duroline Participações, e a integralização do capital se deu pela conferência das ações da Duroline (fiscalizada) detidas até então pela Duroline Participações. Desde que a conferência se fez a valor de mercado, a Superline contabilizou ágio na operação.
- Em 02/01/2004 a Duroline (fiscalizada) incorporou sua controladora Superline. O ágio anteriormente registrado na contabilidade da Superline passou a ser registrado na contabilidade da incorporadora Duroline (fiscalizada) e, a partir daí, amortizado, reduzindo o resultado tributável.
- Todas as operações se deram dentro do mesmo grupo econômico, controladas direta ou indiretamente pela Sulcromo S/A e seus sócios e/ou administradores Srs. Carlos Roberto Mazzochi, Sérgio Francisco Stumpf, Abramo Antônio Mazzochi, Jorge Luiz Mazzochi e Ivo Roberto Dall'Agnol (confira-se quadro à fl. 1517).
- Ao final da operação, com a extinção da Superline por incorporação, o *statu quo ante* foi restabelecido, ou seja, a Duroline Participações voltou a ser controladora de Duroline (fiscalizada), com 99,93% de seu capital social, sem que em nenhum

momento a Sulcromo deixasse o controle direto ou indireto das sociedades e sempre com a participação, em todas as sociedades e operações, das mesmas pessoas físicas anteriormente mencionadas.

- As seguidas operações, em especial a criação da efêmera sociedade Superline e sua subsequente extinção por incorporação não revelaram qualquer propósito negocial ou necessidade societária, nem modificaram algum aspecto da organização empresarial do grupo econômico. Seu único efeito foi a contabilização do ágio na Superline, sua transferência para a Duroline (fiscalizada) e subsequente amortização, que veio afinal a ser glosada pelo Fisco.
- Referido ágio não decorreu de qualquer pagamento, desembolso ou sacrifício patrimonial por parte de qualquer das empresas ou pessoas envolvidas. Afirmo o Fisco (fls. 1517/1518): *“O surgimento da mais-valia decorreu da incorporação de ações avaliadas economicamente, em uma operação ‘não caixa’ entre empresas do mesmo grupo: em vez de incorporá-las pelo valor patrimonial, Superline recebeu as ações da fiscalizada pelo valor econômico – pelo qual não houve qualquer desembolso”*.
- O ágio assim criado, registrado e amortizado é artificial, não corresponde a uma mais-valia surgida em operações de mercado entre partes livres e independentes e confirmada mediante seu pagamento. Trata-se, de fato, de uma reavaliação espontânea de participação societária, à qual não se pode atribuir o condão de reduzir o resultado tributável.

Diante do exposto, a decisão do Colegiado foi por manter a glosa das despesas em questão. Ressalto que, no que tange à multa de ofício de 150% aplicada no lançamento, o Colegiado decidiu reduzi-la ao percentual de 75%, prevalecendo, neste aspecto, as considerações que constam do voto do ilustre Conselheiro Relator.

ii) Preliminar de nulidade da decisão recorrida.

Em seu voto, o ilustre Relator considerou que a Turma Julgadora em primeira instância deveria ter apreciado os argumentos da então impugnante contrários à incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício. Ao não fazê-lo, teria incorrido em nulidade, sendo o caso de devolução dos autos à instância *a quo* para que fosse prolatada decisão complementar sobre essa matéria. Essa preliminar de nulidade foi, no entanto, superada pelo Relator, à luz do disposto no § 3º do art. 59 do Decreto nº 70.235/1972.

Tendo em vista que o Colegiado decidiu pela manutenção parcial do lançamento, conforme item (i) deste voto, a preliminar de nulidade voltou a ser discutida. O Colegiado, então decidiu superá-la, mas por motivo diferente daquele invocado pelo Relator.

No voto do Relator, foi ressaltado que *“as unidades da RFB estão vinculadas às conclusões do Parecer MF/SRF/Cosit/Coope/Senog nº 28, de 1998, de tal forma que a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício seria um efeito implícito da decisão por ela exarada”*. É verdade. E outro efeito dessa vinculação é o de que a manifestação da Turma Julgadora em primeira instância sobre essa matéria não poderia ser diferente da rejeição dos argumentos de impugnação contrários à incidência dos juros sobre a multa de ofício, posto que as DRJs se encontram inseridas na estrutura administrativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil e, destarte, igualmente subordinadas ao mencionado ato administrativo. Em assim sendo, uma eventual devolução dos autos à DRJ para o exame dessa matéria teria como resultado

certo o não acolhimento das razões de impugnação, a apresentação de novas razões recursais e, finalmente, o retorno do processo a este CARF, nas mesmas condições em que atualmente se encontra. O único efeito concreto seria o transcurso de tempo sem o avanço do processo, com evidentes prejuízos às partes.

Entendeu então o Colegiado que seria o caso da aplicação do princípio da formalidade moderada, que deve reger o processo administrativo, superando-se uma possível nulidade da decisão de primeira instância. Seu reconhecimento, como visto, seria decorrência de uma formalidade cujo cumprimento não traria qualquer benefício às partes e, ao contrário, somente serviria para postergar a decisão do CARF sobre a matéria. A preliminar foi, diante disso, rejeitada.

iii) Incidência de juros moratórios sobre a multa de ofício.

A matéria tem sido objeto de discussões ao longo do tempo, comportando decisões por vezes divergentes.

A incidência de juros sobre a multa proporcional, aplicada no lançamento de ofício, conforme procedimento das Autoridades Administrativas, encontra seu fundamento no artigo 61 da Lei nº 9.430/1996 e, ainda, no art. 161 c/c art. 139, ambos da Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional – CTN), os quais transcrevo para maior clareza:

Lei nº 9.430/1996:

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)

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§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)

Lei nº 5.172/1966 (CTN):

Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

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.

A polêmica gira em torno da abrangência que se há de atribuir à expressão “*débitos para com a União, decorrentes de tributos*”, presente no *caput* do art. 61 da Lei nº 9.430/1996. Tenho que os débitos decorrentes de tributos não podem se restringir ao principal, mas igualmente devem abranger os débitos pelo descumprimento do dever de pagar, ou seja, as multas proporcionais aplicadas de ofício ao lançamento. Nesse sentido, a abrangência dos

débitos para com a União deve ser a mesma atribuída ao *crédito tributário* de que trata o CTN. O débito do contribuinte para com a União, visto pela ótica do sujeito passivo da obrigação tributária, é o crédito tributário em favor da União, visto pela ótica do sujeito ativo da mesma obrigação.

Essa discussão já foi travada na Câmara Superior de Recursos Fiscais. Peço vênica para transcrever, por sua clareza e por espelhar com exatidão meu pensamento sobre o assunto, excerto do voto condutor do acórdão CSRF/04-00.651, de 18/09/2007, da lavra do ilustre Conselheiro Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho. Desde já, adoto seus fundamentos também aqui como razões de decidir (grifo consta do original).

Consoante relatado, a matéria ora posta à apreciação deste Colegiado se circunscreve à questão atinente a incidência de juros de mora, à taxa SELIC, sobre a multa de ofício proporcional aplicada.

O art. 139 do CTN determina que o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta. O art. 113 do CTN, por sua vez, determina, em seu parágrafo primeiro, que a obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como da penalidade pecuniária dela decorrente.

Entendo, assim, que a obrigação tributária principal compreende tanto os próprios tributos e contribuições, como, em razão de seu descumprimento, e por isso igualmente dela decorrente, a multa de ofício proporcional, que é exigível juntamente com o tributo ou contribuição não paga.

Observe-se que tanto o tributo quanto a multa de ofício proporcional serão devidos com a consumação do fato gerador. A multa de ofício proporcional, embora seja um acréscimo ao tributo, não se trata de obrigação acessória, que se caracteriza pelo objeto não pecuniário, classificando-se como uma obrigação de fazer. A obrigação tributária principal consiste, assim, em todo e qualquer pagamento devido, incluindo-se o tributo, a multa ou penalidade pecuniária.

Em decorrência, o crédito tributário, a que se reporta o art. 161 do CTN, corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo seus acréscimos legais, notadamente a multa de ofício proporcional.

O art. 61, parágrafo terceiro, da Lei n. 9.430/97, fundamento legal da multa aplicada no caso concreto, prevê a aplicação de juros de mora sobre os débitos **decorrentes de tributos e contribuições** cujos fatos geradores ocorreram a partir de 01 de janeiro de 1997. Dentre os débitos decorrentes dos tributos e contribuições, entendo, pelas razões indicadas acima, incluem-se as multas de ofício proporcionais, aplicadas em função do descumprimento da obrigação principal, e não apenas os débitos correspondentes aos tributos e contribuições em si.

Frise-se, por oportuno, que dito parágrafo terceiro determina a aplicação dos juros sobre o valor dos débitos indicados no caput do artigo, e não sobre seu valor acrescido da multa de mora prevista no mesmo caput. Por outro lado, se o caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96 admite a aplicação da multa de mora sobre valor que, a depender das circunstâncias do lançamento, pode (considerando, por exemplo, a espontaneidade ou não do pagamento e o benefício da denuncia espontânea), estar acrescido da multa de ofício proporcional, cabe ao aplicador da norma afastar a respectiva concomitância, cuja eventual aplicação, contudo, não tem o condão de modificar a legislação sobre a matéria, afastando a inclusão da multa de ofício proporcional na obrigação principal.

Não é correta a afirmação de que toda penalidade pecuniária que se converte em obrigação principal é decorrente da observância de obrigação acessória. Não pagar tributo é o descumprimento de uma obrigação principal, constituindo parte

desta. O fato de o dispositivo legal atribuir, à penalidade por descumprimento de obrigação acessória, a natureza de obrigação principal, não significa que toda e qualquer penalidade pecuniária é, em sua origem, uma obrigação acessória.

Ou seja: a multa de ofício proporcional não é resultante do descumprimento de obrigação acessória, mas de obrigação principal. É obrigação principal em sua natureza, independentemente de conversão.

Ressalte-se, com relação aos juros de mora, que o art. 161 do CTN determina que o crédito não integralmente pago no vencimento será acrescido de juros de mora à taxa de 1% ao mês, caso a lei não disponha de modo diverso, e a Lei n. 9430/96 determina a aplicação da taxa Selic aos casos em questão. Como dito crédito, deve ser entender, pelas razões expostas, a obrigação tributária principal como um todo, incluindo a multa de ofício proporcional.

Adicionalmente, especificamente quanto ao art. 43 da Lei nº 9.430/96, invocado pelo Contribuinte em sua defesa, destaque-se que esse dispõe sobre a hipótese de "Auto de Infração Sem Tributo", razão pela qual não disciplina a aplicação da juros sobre a multa de ofício proporcional, que somente é exigida com o tributo.

Ao final, por maioria de votos, a Câmara Superior decidiu conforme ementa abaixo:

JUROS DE MORA — MULTA DE OFÍCIO — OBRIGAÇÃO PRINCIPAL— A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic. (Ac. CSRF/04-00.651, de 18/09/2007, proc. 16327.002231/2002-85, Rel. Cons. Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho)

A matéria retornou à discussão na Câmara Superior em março de 2010, sendo prolatado o acórdão assim ementado, confirmando o entendimento aqui exposto:

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. (Ac. 9101-00.539, de 11/03/2010, proc. 16327.002243/99-71, Rel. Cons. Valmir Sandri, Redatora Designada Cons. Viviane Vidal Wagner)

Pelas mesmas razões, o Colegiado decidiu negar provimento, também quanto a esta matéria, ao recurso voluntário interposto.

iv) Conclusão

No mais, a decisão se deu conforme o bem fundamentado voto do ilustre Relator. Em conclusão, a decisão do Colegiado foi:

- a) afastar a preliminar de nulidade da decisão recorrida;
- b) afastar a decadência;
- c) no mérito, negar provimento ao recurso voluntário;

- d) reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%; e
e) manter a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.
(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha

Declaração de Voto

Inobstante o respeitável entendimento do Relator, inquestionavelmente autorizado a tecê-los, peço vênica para divergir nas questões que passo a tratar nos subitôpicos seguintes.

1. Da qualificação da multa de ofício

Para a qualificação da multa de ofício, consoante se depreende do Relatório de Verificação Fiscal (fls. 1490 e ss.), os dispositivos empregados foram os seguintes:

Lei 9.430/96

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)(...)

Para justificar a subsunção do § 1º supratranscrito, a autoridade fiscal buscou apoio no art. 72 da Lei n. 4.502/94, segundo o qual “fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Com o devido respeito, não há fraude neste caso.

A primeira advertência a ser feita decorre da constatação que o tema em debate encerra grande divergência neste Conselho, até por conta da ampla possibilidade de interpretações decorrentes das leis pertinentes. O que não se pode negar é a ausência de regras claras e objetivas para que o contribuinte se autodetermine frente aos fatos. Assim, se há dúvida entre quem deve decidir sobre o assunto, não é possível exigir a certeza da conduta por parte do contribuinte. Aliás, a dúvida deve beneficiar o contribuinte, nos termos do art. 112, incisos, CTN, observe-se:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Na mesma trilha caminha o Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “apesar da norma tributária expressamente revelar ser objetiva a responsabilidade do contribuinte ao cometer um ilícito fiscal (art. 136 do CTN), sua hermenêutica admite temperamentos, tendo em vista que os arts. 108, IV e 112 do CTN permitem a aplicação da equidade e a interpretação da lei tributária segundo o princípio do in dubio pro contribuinte. Precedente: REsp nº 494.080/RJ, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 16/11/2004. (...)” (REsp 699700/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2005, DJ 03/10/2005, p. 140).

Por isso, o AFRFB falha ao afirmar que o contribuinte praticou uma “ação dolosa tendente a modificar as características essenciais do fato gerador de modo a reduzir o montante devido” (fl. 1539). Note-se que, pela interpretação do AFRFB, toda multa de ofício seria qualificada, até porque qualquer ato do contribuinte modifica alguma característica do fato gerador. Vale dizer, o simples fato de apurar adições, exclusões ou compensações no lucro real traduzem modificação nas características do tributo. Há, portanto, dificuldade em verificar as situações que autorizam indigitada qualificação, razão pela qual este Conselho tem diversas súmulas sobre o assunto (súmulas CARF n. 14, 25, 34, 40).

No caso dos autos, posicionei-me contra a utilização do ágio, pois, em resumo, não houve efetiva aquisição da empresa incorporada. Nestes caso, reconheço a indedutibilidade do ágio, **mas pela simples razão de que a operação não era necessária à atividade da empresa**, consoante preceitua o art. 299 do RIR, observe-se:

*Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, **necessárias** à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).*

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º). (...) (grifo não original)

A desnecessidade da operação não significa que ela foi fraudulenta. Consoante tenho defendido, o empresário tem a liberdade de escolher a forma que reorganiza seu empreendimento, desde que não afronte a legislação (art. 5º, inc. II, c.c. art. 150, inc. I, ambos da CF/88). A incorporação de outras pessoas jurídicas não é ato vedado. Aliás, nem mesmo a utilização do ágio é vedado. Discute-se a forma e as situações de sua utilização.

Nesse sentido, entendo que a multa qualificada não pode se manter, até mesmo porque não há nada que autorize a conclusão de que houve fraude na utilização do ágio. Note-se que a conclusão do AFRFB decorre de sua interpretação dos fatos. No entanto, todos os atos realizados pelo contribuinte estão indubitavelmente documentados, de tal modo que o AFRFB deles pode conhecer em sua integralidade. Portanto, não há fraude, mas simples desnecessidade da despesa, consoante já entendeu este Conselho, observe-se:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF
Ano-calendário: 2006 DEDUÇÕES. LIVRO CAIXA.
COMPROVAÇÃO. As despesas escrituradas em Livro Caixa têm sua dedutibilidade condicionada não só a verificação da sua necessidade à percepção da receita e à manutenção da fonte produtora dos rendimentos, mas, também, à sua comprovação nos estritos termos em

que prevê a legislação tributária. MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO E MULTA EXIGIDA ISOLADAMENTE. CONCOMITÂNCIA. Incabível a aplicação da multa isolada (art. 44, § 1º, inciso III, da Lei nº 9.430/96), quando em concomitância com a multa de ofício (inciso II do mesmo dispositivo legal), ambas incidindo sobre a mesma base de cálculo. PENALIDADE. MULTA QUALIFICADA. Deve ser afastada a qualificação da multa quando ausente a comprovação da fraude. Incabível a aplicação da penalidade por presunção de fraude, em face de mera glosa das despesas pleiteadas como deduções a título de Livro Caixa. Recurso Voluntário Provido em Parte. (CARF. Acórdão 2801-002.120. Rel. Antonio de Padua Athayde Magalhães. Sessão 01/12/2011). (grifo não original).

Especificamente no caso do ágio, encontra-se precedentes neste Conselho afastando a multa qualificada, fato que somente aumenta a necessidade de aplicar o art. 112 do CTN, consoante exposto acima, observe-se:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Anual - calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 (...) DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESAS DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. INDEDUTIBILIDADE. Incabível a formalização do ágio como decorrência de operação societária realizada entre empresas de mesmo grupo econômico, pela inexistência da contrapartida do terceiro que gere o efetivo dispêndio. ÁGIO INTERNO. MULTA QUALIFICADA. DESCABIMENTO. Descabe a imputação da multa qualificada quando não demonstrada cabalmente a ocorrência da fraude. MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. Cabe a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício com base na taxa SELIC, nos termos do art. 61, caput e § 3º, da Lei nº 9.430/96. (CARF. Acórdão n. 1402-001.338. Rel. Leandro de Andrade Couto. Sessão 06/03/2013).

(...) DA INAPLICABILIDADE DA MULTA QUALIFICADA. A forma da reestruturação empresarial é faculdade do contribuinte desde que observados os dispositivos legais, sendo incabível a multa qualificada, uma vez que a dedução dos valores de ágio amortizado não possui vedação legal. (...) (CARF. Acórdão 1302001.145. Rel. Marcio Rodrigo Frizzo. Sessão 06/08/2013).

Ante ao exposto, declaro meu voto no sentido de afastar a qualificação da multa, tendo em vista que a indedutibilidade do ágio no caso em tela não autoriza a conclusão de que a contribuinte agiu com fraude, nos termos acima expostos.

2. Dos Juros Moratórios sobre a Multa de Ofício.

Inicialmente, convém destacar que a possibilidade de incidência de juros moratórios sobre a multa de ofício necessita de expressa previsão legal para que possa ser exigida. De modo geral, fundamenta-se tal possibilidade no art. 61, § 3º da lei 9.430/96, *in verbis*:

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.

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 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. (grifo não original)

O art. 61, § 3º da lei 9430/96 é utilizado como fundamento para a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, o que deve ser profundamente refletido, uma vez que a simples e superficial leitura conduz a interpretação dissonante da constante no acórdão recorrido.

A interpretação frequentemente exposta é no sentido de que é que o supratranscrito §3º, ao mencionar o termo “débitos”, estaria se referindo tanto ao “tributo” quanto à “multa” (moratória e de ofício). Em outras palavras, os juros de mora previstos no § 3º do art. 61, segundo tal linha de pensamento, deveriam ser aplicados aos débitos referidos no *caput* do artigo, quais sejam, tanto o tributo quanto a própria multa de mora ou de ofício.

Com o devido respeito, a interpretação está equivocada.

Para demonstrar a coerência da conclusão que ora se sustenta, apresentar as suas premissas. Para tanto, deve-se responder às seguintes questões:

- (i) Há no conceito do art. 61, no termo legal **“débitos decorrentes de tributos e contribuições”** está inclusa a “multa” (sanção de ato ilícito)?
- (ii) Caso positiva a resposta, qual é o tipo de multa a que o artigo faz referência (moratória, isolada ou de ofício)?

A primeira indagação conduz necessariamente à investigação de outras questões, as quais elenco didaticamente em forma de perguntas para o bom desenvolvimento da argumentação:

- (i) Qual a correta interpretação da amplitude do conceito de **“débitos decorrentes de tributo”**, referido no *caput* do art. 61 da lei 9430/96?
- (ii) Ao dizer “débito”, o legislador se referiu somente ao “tributo” (art. 3º, CTN) ou a este já somado o valor da possível multa (sanção) incidente?
- (iii) E a principal delas: se o intuito do legislador foi considerar débito como o valor do tributo já acrescido da multa de mora, por que no *caput* ele foi expresso em acrescentar o trecho “acrescidos de multa de mora” e no § 3º entendeu ser desnecessário tal informação?

Com a cautela devida, a resposta de tais perguntas deve advir de um cuidadoso processo hermenêutico que se inicia com a apresentação do conceito de “débitos decorrentes de tributo”, uma vez que este é o termo utilizado pelo legislador no texto legal do *caput* do art. 61 da lei 9430/96.

Prevê o art. 3º do CTN, “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

A multa moratória decorre não do tributo em si, mas do descumprimento da obrigação prevista na legislação tributária (ato ilícito). O tributo decorre do fato gerador. Logo, o débito decorrente de tributo é o resultado da relação entre base de cálculo e a alíquota (originária da regra matriz).

Ao ser empregado o termo “débitos” no art. 61, § 3º, da Lei 9.430/96, não se pretendeu fazer menção a “tributo” e “multa”, mas simplesmente ao valor do tributo em si. Ou seja, aos débitos para com a União, decorrentes de “tributos e contribuições” (impostos, contribuições de melhoria, taxas, empréstimo compulsório e outras contribuições). Tal conclusão é confirmada pelo próprio *caput*, onde o legislador faz a referida menção expressa.

Somente em um segundo momento o art. 61, *caput*, da Lei 9.430/96 se refere às multas, quando menciona que “*serão acrescidos de multa de mora*”. Esta disposição deixa claro que no termo “tributos e contribuições” não estão incluídas as multas.

Em outras palavras, no *caput* do art. 61 da Lei 9.430/96 o legislador usou a palavra “débitos” se referindo somente a tributos, o que mais claro fica quando temos débitos decorrentes de tributos e contribuição, e não sanção de atos ilícitos.

No entanto, no § 3º, justamente em razão de não pretender fazer incidir sobre a multa os juros de mora, o legislador apenas se referiu aos “débitos”, não por lapso e nem por má técnica legislativa, mas simplesmente por assim entender que não era cabido.

Desta forma, a *mens legis* do § 3º do art. 61 da Lei 9.430/96 é de que o termo “débito” se refere somente ao “tributo” a ser pago, excluída a “multa”, pois esta vem prevista logo em seguida. Se o termo “débito” se referisse a tributo e multa não haveria necessidade do legislador repetir o termo “multa de mora” logo em seguida ao termo “débitos decorrentes de tributo”.

A expressão “débitos decorrentes de tributo”, previsto no artigo 61, somente pode ser assim entendido: “a expressão ‘*débitos decorrentes de tributos*’ é igual a ‘tributos’, pois o tributo em si pode ser acrescido de multa de mora” (segunda parte do *caput*).

Ao contrário, se a expressão “*débitos decorrentes de tributos*” for igual a “tributo mais multa”, como poderia a segunda parte do *caput* acrescer a isto, novamente, multa moratória?

Porém, mesmo que entendêssemos, a título argumentativo, que dentro do conceito do art. 61, na definição de “**débitos decorrentes de tributos e contribuições**”, está presente alguma espécie de multa, esta deve ser a moratória, vez que há a expressão “**serão acrescidos de multa de mora**”. Nunca, em momento algum, **cita multa de ofício**.

O referido dispositivo, como já foi explicitado anteriormente tem como objeto somente as multas de mora e não as multas de ofício. Convém uma nova análise:

*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.*

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 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. (grifo não original)

Aliás, quais “**débitos a que se refere este artigo**” podem ser “**acrescidos de multa de mora**”? Somente os confessados e não pagos, ou seja, declarados em DCTF, GFIP ou parcelados. Nunca um débito originário de um auto de infração que é objeto de análise por este colegiado. Assim este dispositivo legal, art. 61 e seu §3º, da lei 9.430/96, foram criados para débitos confessados e não pagos e não para débitos objeto de lançamento de ofício.

O texto legal, em seu *caput*, é claro ao indicar que “os débitos” aos quais o § 3º se refere serão acrescidos de **multa de mora**. Em nenhum momento, o legislador se refere à multa de ofício ou qualquer outra espécie de multa. Portanto, o disposto no art. 61 da Lei 9.430/96, ainda que se entendesse pela possibilidade da incidência de juros de mora sobre a multa, o que não é o caso, seria apenas aceitável sobre a multa de mora e nunca sobre a multa de ofício por evidente carência de previsão legal.

Ora, outro entendimento seria desvirtuar não só o “espírito da lei” como seu próprio “corpo físico”, vez que a única multa, expressamente prevista no art. 61, *caput* da Lei 9.430/96 é a multa de mora (débitos declarados e não pagos). Seria impensável confundir multa moratória (sanção pelo atraso) e multa de ofício.

Outro dispositivo utilizado frequentemente para aplicar os juros moratórios à multa de ofício, é o art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional, como suposto fundamento legal autorizador da incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício. Entendo que não há possibilidade para tanto, uma vez que o § 1º dispõe que há necessidade de existência de lei, pela expressão “**Se a lei** não dispuser de modo diverso”. Então, precisa de lei dispendo favoravelmente, porém que fixe ou não indexador. Mas, enfim precisa de lei complementar, como se nota da redação legal:

*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.

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

Logo, é equivocado, *data maxima venia*, o entendimento no sentido da fundamentação da incidência de juros moratórios com os artigos 61, § 3º da Lei 9.430/96 e art.

Processo nº 11065.721552/2012-69
Acórdão n.º **1302-001.183**

S1-C3T2
Fl. 2.114

161 do CTN, acima referidos, nos casos da multa originária de lançamento de ofício. Não há dúvida, de que tal incidência de correção sobre a multa de ofício carece de previsão legal.

Em arremate, entendo que não há possibilidade alguma de aplicação de juros moratórios em relação à multa de ofício no presente caso, ante à ausência de disposição legal, que não é suprida pelo art. 61, § 3º da lei 9.430/96, e nem subsidiariamente pelo art. 161 do CTN.

(assinado digitalmente)

Marcio Rodrigo Frizzo