



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Recurso nº : 155.375
Matéria : IRPJ E OUTRO - Ex(s): 2002 a 2006
Recorrente : CPQ BRASIL S/A
Recorrida : 2ª TURMA/DRJ-CAMPINAS/SP
Sessão de : 8 DE NOVEMBRO DE 2007
Acórdão nº : 105-16.774

AGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES - AMORTIZAÇÃO - A pessoa jurídica que, por opção, avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido e absorver patrimônio da investida, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, pode amortizar o valor do ágio com fundamento econômico com base em previsão de resultados nos exercícios futuros, contabilizados por ocasião da aquisição do investimento. A amortização poderá ser feita a razão de um sessenta avos, mensais, a partir da primeira apuração do lucro real subsequente ao evento da absorção. No caso de deságio deverá amortizar na apuração do lucro real levantado a partir do primeiro ano-calendário seguinte ao evento. O ágio também poderá ser amortizado por terceira pessoa jurídica que incorporar a investidora que pagou o ágio e incorporou sua investida. O legislador não estabeleceu ordem de seqüência dos atos que de incorporação, fusão ou cisão, não cabendo ao interprete vedar aquilo que a não proibiu.

ÁGIO NA SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES - AMORTIZAÇÃO - O ágio na subscrição de ações deve ser calculado após refletido o aumento do patrimônio líquido da investida decorrente da própria subscrição. O ágio corresponde à parcela do valor pago que não beneficia, via reflexa, o próprio subscritor. A subscrição é uma forma de aquisição e de o tratamento do ágio apurado nessa circunstância deve ser o mesmo que a lei admitiu para a aquisição das ações de terceiros.

MULTA ISOLADA - ESTIMATIVA: Não procede a exigência de multa isolada quando da recomposição do resultado em virtude de glosa de despesa, visto que não participam da base a ser utilizada para calcular o imposto estimado antecipado mensalmente.

JUROS SOBRE MULTA - A SELIC incide tão somente sobre débitos de tributos e contribuições, não sobre penalidade, que deve seguir a regra de juros contida no artigo 161 do CTN. (Lei 9.430/96, art. 61 c/c art. 3º do CTN).

Recurso parcialmente provido





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto pela CPQ BRASIL S/A

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, AFASTAR a tributação na aquisição de ações, no valor de R\$ 315.144,91 mensais, TVF fl 601 e determinar que os juros sobre a multa de ofício deverão ser calculados à razão de 1% ao mês nos termos do artigo 161 do CTN, a partir do 31º dia da ciência do lançamento. Por maioria de votos, AFASTAR a multa isolada. Vencidos os Conselheiros Wilson Fernandes Guimarães, Marcos Rodrigues de Mello e Waldir Veiga Rocha. Por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL quanto ao ágio na subscrição de ações admitindo a amortização no valor total de R\$ 3.483.041,38, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros José Clóvis Alves (Relator), Wilson Fernandes Guimarães, Marcos Rodrigues de Mello. Declarou-se impedido o Conselheiro Marcos Vinícius Barros Ottoni (Suplente Convocado). Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Roberto Bekierman (Suplente Convocado).


JOSE CLÓVIS ALVES
PRESIDENTE e RELATOR


ROBERTO BEKIERMAN
REDATOR DESIGNADO

FORMALIZADO EM: 07 DEZ 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: EDUARDO DA ROCHA SCHMIDT, e IRINEU BIANCHI. Ausente, justificadamente o Conselheiro JOSÉ CARLOS PASSUELLO.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

Recurso nº : 155.375
Recorrente : CPQ BRASIL S.A

RELATÓRIO

CPQ BRASIL S.A., já qualificada nestes autos, recorre a este Conselho contra a decisão proferida pela 2ª Turma da DRJ em Campinas SP, contida no acórdão de nº 05-14.721 de 26 de setembro de 2006, que julgou procedente em parte os lançamentos consubstanciados nos autos de infrações de IRPJ e CSLL.

Trata-se de auto de infração à legislação do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas –IRPJ, lavrado em 17/05/2006, que constituíram o crédito tributário no montante de R\$ 11.538.579,02, incluídos o principal, a multa de ofício e os juros de mora devidos até a data da lavratura, tendo em conta a apuração, nos anos-calendário de 2001 e 2002, 1º ao 4º trimestre dos anos-calendário 2003 e 2004, e 1º a 3º trimestre do ano-calendário de 2005, das irregularidades assim descritas no Termo de Verificação Fiscal de fls. 590/606, parte integrante da peça acusatória:

Em 04 de abril de 2005 foi iniciado procedimento de fiscalização na empresa CPQ Brasil S.A., CNPJ 74.552.068/0001-10, localizada a Rodovia Akzo Nobel, 2250, Itupeva, SP, visando inicialmente verificar a regularidade dos recolhimentos do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, conforme Mandado de Procedimento Fiscal número 0812400/00062/05. A seguir o procedimento foi ampliado para verificar o Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ relativo aos anos calendários 2000 a 2003. Mais tarde foi ampliado para a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL e o período ampliado até setembro de 2005, para IRPJ e CSLL.

VERIFICAÇÃO DO IRPJ e CSLL

1. INTRODUÇÃO

No que respeita ao IRPJ e CSLL, foram verificadas as operações de incorporação realizadas pelo contribuinte no ano 2001 e a amortização do ágio na aquisição de investimentos.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

FL.

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

O contribuinte retificou as Declarações de Informações Econômico Fiscais - DIPJ dos exercícios de 2002 e 2003. A primeira porque a declaração anterior cobria apenas o período de março a dezembro de

2001. A segunda, para fazer constar as bases de cálculo negativas de IRPJ e CSLL, inexistentes na declaração anterior. Apresentou DIPJ relativa ao período janeiro a setembro de 2005, em decorrência de incorporação de empresa.

São empresas e pessoas relacionadas com os eventos objeto de análise:

- a) Alberto Carneiro Neto, CPF 048.376.385-65, a quem chamaremos Alberto;
- b) Marco Aurélio Aliberti Mammana, CPF 645.241.088-15, a quem chamaremos Marco;
- c) CNM Participações Ltda, CNPJ 03.611.945/0001-38, a quem chamaremos CNM;
- d) Sutram Indústria e Comércio Ltda, CNPJ 74.552.068/0001-10, mais tarde transformada em sociedade anônima, tendo seu nome alterado para CPQ Brasil S.A., a quem chamaremos CPQ;
- e) Empresa Nacional de Franquias S/C Ltda, CNPJ 01.277.076/0001-21, a quem chamaremos ENF;
- f) Casa do Pão de Queijo Ltda, CNPJ 61.851.929/0001-19, a quem chamaremos CPQ Ltda;
- g) Garuda SA, CNPJ 02.134.838/0001-01, a quem chamaremos Garuda;
- h) Futura Alimentos Ltda, CNPJ 03.366.321/0001-18, a quem chamaremos Futura.

A CNM era de propriedade de Alberto e Marco.

A CNM era controladora das empresas ENF, CPQ e CPQ Ltda.

Através do documento "Compromisso de Cessão e Transferência de Quotas e Outras Avenças" às folhas 216 a 263 os sócios Alberto e Marco estabeleceram com a Garuda as bases para a venda de parte da empresa CNM.

A aquisição deu-se através da empresa Futura, controlada da Garuda.

A data de fechamento do negócio é 29/02/2000.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

A transação se deu da seguinte forma:

Alberto e Marco venderam 55,48% das quotas da CNM para a Futura. Após, a CNM foi transformada em sociedade anônima e realizou um aumento de capital social da ordem de R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais), totalmente subscritos e integralizados pela compradora Futura.

A aquisição de quotas da CNM, compradas pela Futura de Alberto e Marco, conforme item 5.4 do Compromisso à folha 229, se fez através de um pagamento inicial de R\$7.742.219,00, e de uma nota promissória com vencimento em um ano no valor de R\$3.724.009,00.

Pela aquisição das quotas, a Futura contabilizou um ágio no valor de R\$11.348.011,00. Pela aquisição de ações através da subscrição e integralização de capital contabilizou um ágio de R\$7.560.683,43. O ágio total é de R\$18.908.694,43, conforme quadro demonstrativo apresentado pela empresa intitulado "Ágio - Aquisição e Integralizações" à folha 265. Esse ágio foi contabilizado na empresa Futura conforme cópias do livro diário às folhas 377 a 427 e balancetes às folhas 328 a 376.

Na data das incorporações a contabilização existente na Futura era de Investimentos na CNM no valor de R\$7.949.162,84 e de Ágio na CNM no valor de R\$18.908.694,43.

O fundamento econômico para a existência do ágio é o valor da rentabilidade da empresa CNM com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, conforme documentos "Projeto de Cafeterias Casa do Pão de Queijo" às folhas 266 a 294, e outros documentos de folhas 295 a 327 e 443 a 466.

O Gráfico 1 a seguir mostra o relacionamento entre as empresas após os investimentos da Futura:

.....
.....

Posteriormente, foi realizada reorganização societária, conforme documento "Protocolo e Justificação da Incorporação das Sociedades Futura Alimentos Ltda., CNM Participações S.A. e Empresa Nacional de Franquias S/C Ltda pela CPQ Brasil S.A." às folhas 68 a 72.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

Lê-se no "Protocolo" que vários atos jurídicos foram firmados através de um único documento, notadamente que a CPQ incorporou sua controladora CNM e as empresas Futura e ENF.

Consta também que a avaliação do patrimônio das incorporadas e a deliberação da incorporação ocorreram na mesma data do protocolo, 01/03/2001. Os distratos foram juntados às folhas 139/140, 173/175 e 585/587.

O Gráfico 2 a seguir mostra como se deram as incorporações. A linha cheia indica como eram os investimentos antes da incorporação. A linha tracejada indica as incorporações:

.....
.....

Verifica-se nos diários e balanços de folhas 443 a 466 que a empresa CPQ manteve em seu ativo o valor do ágio existente na Futura, decorrente do investimento da Futura na CNM. Verifica-se ainda que a CPQ amortizou esse ágio e considerou as contrapartidas de amortização como despesas dedutíveis na apuração do IRPJ e CSLL.

Nosso entendimento é que esse ágio não poderia ter sido contabilizado no ativo da CPQ e que, mesmo que pudesse, as contrapartidas das amortizações realizadas não são despesas dedutíveis para fins de apuração de IRPJ e CSLL.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEGISLAÇÃO

Consideração 1 - Incorporação de Empresas

O artigo 227 da Lei 6.404/76 dispõe que incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. O §1º determina que a assembleia-geral da companhia incorporadora deverá autorizar o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante versão de seu patrimônio.

Ou seja, na incorporação os proprietários da empresa incorporada subscrevem aumento de capital na incorporadora integralizando-o mediante a entrega do acervo líquido da incorporada.

Se a incorporada possui participações em outras empresas adquiridas com ágio, esses ativos (investimentos e ágios) são recepcionados pela incorporadora.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

Se a incorporadora possui participação na incorporada, essa participação é extinta em contrapartida ao acervo líquido (ativos e passivos exigíveis) recebido pela incorporadora, correspondente à porcentagem de sua participação na incorporada.

Se a incorporada possui participação na incorporadora, o acervo líquido (ativos e passivos exigíveis), exceto o valor do investimento, são transferidos para a investida. O capital da investida é aumentado pelo valor do acervo líquido recebido, do qual não consta o valor do investimento. Esse investimento não é recepcionado porque não tem sentido a incorporadora emitir novas ações em troca de suas próprias ações.

Consideração 2 - Artigo 386

O artigo 385 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99 (artigo 20 do Decreto-Lei 1598/77) determina que por ocasião da aquisição de participação societária avaliada pelo valor do patrimônio líquido, o investidor deverá desdobrar o custo de aquisição em: a) valor do patrimônio líquido, e b) ágio ou deságio na aquisição. Em seu §1º, determina que "o valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento".

O artigo 391 do RIR/99 (art. 25 do Decreto-Lei 1958/77 e art. 1º, inciso III, do Decreto-Lei 1730/79) estabelece regra geral pela qual as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 426 (que por sua vez trata da alienação ou liquidação do investimento).

Já o artigo 386 do RIR/99 (artigos 7º e 8º da Lei 9532/97 e artigo 10º da Lei 9718/98) estabelece duas exceções à regra geral do artigo 391, para investimentos em que o ágio foi fundamentado na rentabilidade de empresa coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros. Diz o artigo:

"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 (grifo nosso):

.....

..



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

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 do lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

.....
..
§ 6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando:

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

Se não ocorrem as exceções previstas no artigo 386, ocorre a regra geral prevista no artigo 391.

Verifica-se que o artigo 386 estabelece exceções permitindo a dedução das contrapartidas das amortizações de ágio nas situações de incorporação em que: a) a incorporadora é a investidora, a incorporada é a investida, e a incorporadora detém participação societária na incorporada adquirida com ágio; ou então b) a incorporadora é a investida, a incorporada é a investidora, e a incorporada detém participação societária na incorporadora adquirida com ágio.

A participação tem que ser direta porque só assim o ágio será calculado de acordo com o artigo 385.

Cabe perguntar se o disposto no inciso II do parágrafo 6º se aplica ao caso de uma terceira empresa incorporar a investidora. Se fosse assim, uma terceira empresa incorporaria a investidora e recepcionaria investimento e ágio (conforme Consideração 1 anterior) mas, porque houve a incorporação, esse ágio passaria a ser dedutível.

Numa incorporação existe uma fusão dos ativos e passivos das empresas envolvidas. O entendimento de que o disposto no inciso II do parágrafo 6º se aplica ao caso de investida incorporar a investidora deriva do próprio caput do artigo, e do fato de que a investida passaria a deter ativos e passivos idênticos aos que teria a investidora caso esta tivesse incorporado a investida.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

Se uma terceira empresa incorporasse a investidora, a incorporadora sucederia a investidora em seus direitos e obrigações, recepcionaria investimento e ágio, haveria extinção da investidora, mas não haveria extinção do investimento, que é investimento em outra empresa. O ágio só seria dedutível se houvesse uma segunda incorporação entre incorporadora e investida. A transferência do ágio para a investida teria que se dar através de incorporações sucessivas, sendo necessária ocorrer a incorporação dessa incorporadora pela investida.

Se a terceira empresa fosse uma controlada indireta, a situação seria a mesma. Na relação com controlada indireta não existe ágio calculado segundo o artigo 385. Portanto, o fato de ser controlada indireta não coloca a controlada em situação diferente de uma terceira empresa qualquer.

Consideração 3 - Extinção de Investimento

Vimos no item Consideração 1 anterior que tanto na incorporação de empresa investida por sua investidora, como na de investidora por sua investida, extingue-se o investimento.

O ágio faz parte do custo do investimento, e é representado segregado do investimento apenas para efeito de transparência contábil. Para atender aos princípios fundamentais da contabilidade, cessadas as razões de existência do ágio, este deve ser baixado do ativo contra o resultado da investidora no mesmo período em que cessaram essas razões.

Quando uma investidora incorpora sua investida, o ágio pago na aquisição do investimento já faz parte do ativo da incorporadora. O Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações, da FIPECAFI, 3ª edição, recomenda que para decidir a destinação a ser dada a esse saldo deve ser verificada a razão de sua existência. Existindo substância econômica e recuperação futura, esse ágio poderia permanecer no ativo da incorporadora. Não existindo substância econômica nem recuperação futura, o ágio deve ser amortizado integralmente como despesa na data da incorporação.

Conforme manifestou-se a Comissão de Valores Mobiliários na Nota Explicativa da Instrução Normativa CVM 349, de 06 de março de 2001, o ágio com fundamento em rentabilidade futura considerado separadamente do investimento não tem substância econômica. Quem dá substância econômica a uma parcela do



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

ágio fundamentado em rentabilidade futura é o artigo 386 do RIR/99, que faz "surgir, contabilmente, uma espécie de crédito tributário fundamentado na diminuição futura do imposto de renda e da contribuição social, em virtude da possibilidade de amortização desse ágio".

Não se aplicando o artigo 386, não há substância econômica no ágio que permita sua manutenção no ativo da incorporadora.

Ocorrendo caso de aplicação do artigo 386, admite-se que a investida, ao incorporar a investidora, recepcione o ágio pago na aquisição do investimento.

Um caso diferente ocorre se a empresa investida é incorporada por uma terceira empresa. Essa distinção é importante para entender as incorporações da CPQ, como se verá mais adiante.

Se a empresa investida é incorporada por terceira empresa, o investimento da antiga investidora deixa de existir. O ágio deverá ser baixado do ativo da antiga investidora para apuração do ganho de capital, conforme artigos 418 e 426 do RIR/99. Justifica-se a baixa do ágio primeiro porque não existindo mais a participação societária não há como participar de lucros. Segundo porque, se a empresa investida deixa de existir, os lucros projetados para a empresa nunca se realizarão. Portanto as razões que motivaram o pagamento do ágio não mais subsistem.

Se uma terceira empresa, que não a investidora, incorpora a empresa investida, não há nenhuma possibilidade de o ágio permanecer na antiga investidora sem a permanência do investimento.

Consideração 4 - Integralização de Capital

O artigo 182 da Lei 6.404/76, em seu §1º determina que serão classificadas como reservas de capital as contas que registrarem a contribuição do subscritor de ações que ultrapassar o valor nominal e a parte do preço de emissão das ações sem valor nominal que ultrapassar a importância destinada à formação do capital social.

O conceito de ágio como preço de aquisição não se confunde com o ágio pago na subscrição de ações.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

Quando uma empresa subscreve ações de outra empresa na qual ela já detém investimento, pagando um sobre-preço na subscrição, parte desse sobre-preço constituirá um ganho para os acionistas que não subscreveram ações. O ganho de um é a outra face da perda de outro. O subscritor terá uma perda igual ao ganho dos outros acionistas.

Se o subscritor considera o sobre-preço como ágio na aquisição, entenderá que do valor pago somente uma parcela é custo do investimento. Dessa forma, o ganho de equivalência patrimonial, calculado pela diferença de participação antes e após a subscrição, será maior que o ganho real. Na alienação do investimento, será apurado um ganho de capital menor do que o real.

Considerar o sobre-preço da subscrição como ágio na aquisição de ações pode levar a contabilidade a reconhecer ao mesmo tempo um ágio e um ganho de capital, quando na realidade a empresa está tendo uma perda de capital. Uma parcela de um mesmo fato contábil estaria sendo registrada duas vezes, uma vez como ágio e outra vez como resultado positivo de equivalência patrimonial.

Um exemplo, tirado da primeira subscrição de ações da CNM pela Futura à folha 265, esclarecerá a questão.

Data: 01/03/2001

PL = capital antes do aumento:	R\$213.068,00
Número de ações anterior:	213.068
Participação anterior:	55,48% (118.217 ações)
Valor da participação anterior:	R\$ 118.217,00
Valor integralizado:	R\$ 1.850.000,00
Ações integralizadas:	19.074
Total de ações após aumento:	232.142
Participação após o aumento:	59,14%
Ágio calculado pelo contribuinte:	R\$1.680.487,55

Considerando os dados acima, a Futura calculará ganhos de equivalência patrimonial decorrente de variação de participação societária como segue:

Aumento PL:	R\$1.850.000,00
Custo do investimento:	R\$169.512,45

O ganho de equivalência patrimonial será:

$59,14\% * (213.068,00 + 1.850.000) - (118.217,00 + 169.512,45) =$
R\$ 932.368,96.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

A Futura comprou uma parcela minúscula do empreendimento pagando um ágio vultoso e acredita que teve ganhos.

Se considerarmos o total investido como custo do investimento, verificaremos que a realidade é outra. O verdadeiro resultado da equivalência patrimonial é: $59,14\% * (213.068,00 + 1.850.000) - (118.217,00 + 1.850.000,00) = R\$ -748.118,58$.

No cálculo da Futura existiram ganhos de equivalência patrimonial e ágio que são indevidos e reduzirão o ganho de capital quando da alienação dos investimentos. Uma parcela do valor investido foi contabilizada duas vezes, uma vez como ágio e outra como ganho de equivalência patrimonial. Na realidade a empresa Futura teve uma perda na aquisição de ações que implicou redução de seus ativos. Verifica-se no exemplo a impropriedade de considerar o sobre-preço como ágio na aquisição.

Considerar o sobre-preço da subscrição como custo do investimento é o procedimento que reflete com propriedade a real situação da empresa. É o procedimento indicado no livro Manual de Contabilidade das 'Sociedades por Ações, editado pela FINECAFI. Entendemos que o disposto no artigo 386 aplica-se somente nos casos de aquisição de participação societária adquirida de terceiros.

3. ANÁLISE DO CASO

A CPQ incorporou, firmando um único documento, a CNM, a ENF e a Futura.

Todos os atos das incorporações ocorreram no mesmo dia 01 de março de 2001: o Protocolo e Justificação, as avaliações das empresas, as aprovações das incorporações, as extinções das empresas incorporadas. Coerentemente, o Protocolo não explicita o tratamento a ser dado às variações patrimoniais posteriores às avaliações.

Motivo 1 - a amortização do ágio não é dedutível

Verifica-se nos balanços de incorporação às folhas 191 a 215 resumidos mais adiante neste Termo de Verificação que:

- A CPQ não detinha participação na CNM adquirida com ágio. A CNM detinha participação na CPQ adquirida com deságio de R\$97.730,03, dos quais R\$19.545,96 já amortizados, conforme balanço à folha 196.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

- A CPQ não detinha participação na ENF adquirida com ágio. A ENF não detinha participação na CPQ adquirida com ágio.
- A CPQ não detinha participação na Futura adquirida com ágio. A Futura não detinha participação na CPQ adquirida com ágio.
- A Futura detinha participação na CNM adquirida com ágio contabilizado no valor de R\$18.908.694,43.

Note-se que o ágio contabilizado na Futura decorre de investimento da Futura na CNM.

Ainda que existisse participação indireta da Futura na CPQ, através da holding CNM, é forçoso reconhecer que o ágio contabilizado na Futura refere-se a investimentos na CNM, e não na CPQ.

Ainda que fosse possível argumentar que o valor da holding CNM decorre do valor de suas investidas CPQ, ENF e CPQ Ltda, é impossível individualizar o ágio contabilizado na Futura atribuindo-o às empresas CPQ, ENF e CPQ Ltda, nas quais sua participação é indireta. A apuração do ágio decorre de investimento na CNM. Não existem na Futura investimentos nas controladas indiretas adquiridos com ágio apurado conforme o artigo 385.

No momento das incorporações não existe nos ativos da incorporadora ágio decorrente de investimentos nas incorporadas, como também não existe nos ativos das incorporadas ágio decorrente de investimentos na incorporadora. Portanto, não é caso de aplicação do artigo 386, conforme descrito no item Consideração 2 anterior. Basta ver o Gráfico 2.

O artigo 386 do RIR/99 trata de benefício fiscal, e como tal deve ser interpretado literalmente. A reorganização societária empreendida pelo contribuinte incorreu numa situação não prevista pelo artigo 386, incidindo portanto a regra geral prevista no artigo 391.

Portanto, justifica-se a glosa de 100% das despesas de amortização computadas na apuração do IRPJ e CSLL.

Motivo 2 - o ágio não é recepcionado pela CPQ

Entendemos que a CPQ não pode recepcionar apenas o ágio contabilizado na Futura, sem o investimento que o motivou.

Conforme item Consideração 3 anterior, se uma terceira empresa, que não a investidora, incorpora a empresa investida, não há



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

nenhuma possibilidade de o ágio permanecer na antiga investidora sem a permanência do investimento. O ágio com fundamento em rentabilidade futura só tem valor independente do investimento se atender ao artigo 386 que, conforme item Consideração 2 anterior, só se aplica a casos de incorporação de investida por investidora ou de investidora por investida.

Não existindo investimento da Futura na CPQ, nem da CPQ na Futura, podemos considerar duas situações na recepção de ativos da Futura pela CPQ:

a) a CPQ recebe da Futura investimento na CNM e ágio. Neste caso, passaria a deter investimento na CNM, sua investidora. Haveria participação recíproca, que deveria ser eliminada conforme determina o artigo 244 da Lei 6.404/76. Eliminação de participação recíproca não é caso de incorporação, portanto neste caso não se aplica o artigo 386 do RIR/99.

Mas não se trata dessa situação. O contribuinte não recebeu os investimentos da Futura. Isto porque já se sabia de antemão que a CNM estava sendo extinta, não havendo investimento da Futura a receber. Também não existe nos relatórios e demonstrações financeiras da CPQ referência a existência de participações recíprocas, como exige o artigo 244 da Lei 6.404/76.

A situação a considerar então é a seguinte:

b) a CPQ não recebe nem investimento, nem ágio, porque a CNM foi extinta numa outra operação de incorporação. Embora a CNM tenha sido incorporada pela CPQ, trata-se de outra incorporação.

O fato de um mesmo documento firmar operações entre quatro empresas relacionadas não muda a natureza dos negócios: foram realizadas três incorporações. Não se pode pretender que a realização conjunta de três atos de incorporação anule os efeitos produzidos por cada um deles, imaginando substituí-los por outro efeito que não ocorreu. Não se pode utilizar atributos de uma incorporação em outra.

Explicamos melhor. Aparentemente o efeito pretendido é que, porque houve incorporação concomitante da CNM e da Futura pela CPQ, os ativos da Futura foram absorvidos pela CPQ, que passou a deter investimento na CNM adquirido com ágio e, ao incorporar a CNM, o ágio da Futura seria mantido na CPQ e amortizado em cinco anos.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

Na verdade, os efeitos produzidos são:

1. Na incorporação da CNM pela CPQ não existe investimento nem ágio a ser incorporado. O investimento e ágio que uma vez existiram pertenciam a uma terceira empresa, a Futura, não envolvida nesta incorporação.
2. Na incorporação da Futura pela CPQ não há recepção de investimento, porque a CNM foi extinta em outra incorporação, e não há recepção de ágio porque este foi extinto juntamente com o investimento.
3. Na incorporação da ENF pela CPQ não existe investimento nem ágio a ser recepcionado.

Verifica-se nos lançamentos de folha 439 e conforme demonstrado a seguir na apuração do acervo líquido recebido da CNM que a CPQ não recepcionou os investimentos que a CNM tinha na ENF. Isto porque a ENF foi incorporada no mesmo momento, deixando de existir.

O mesmo raciocínio aplica-se à recepção da Futura: a CPQ não recepcionou os investimentos que a Futura tinha na CNM porque a CNM foi incorporada no mesmo momento, deixando de existir (lançamento de folha 439 e apuração do acervo líquido recebido da Futura), não havendo, portanto o que recepcionar.

Conforme item Consideração 3 anterior, se não há investimento para a CPQ recepcionar, também não há ágio a recepcionar. O motivo que justificou o não recebimento do investimento pela CPQ justifica também o não recebimento do ágio.

Se não existe mais o fundamento econômico que motivou o pagamento do ágio, este deve ser baixado contra o resultado do período em que o fundamento econômico deixou de existir. E deve ser baixado contra o resultado da empresa que detinha o investimento. É a aplicação do princípio contábil da realização da receita e confrontação da despesa. A despesa deve ser reconhecida no mesmo período da receita que a motivou. E também aplicação do princípio da materialidade. Se nada existe que tenha valor, nada existe para ser contabilizado.

O ágio deve ser baixado porque deixou de existir a razão de seu pagamento: não existe mais participação que permita participar dos lucros esperados; os resultados previstos nunca se realizarão. E deve ser baixado contra os resultados da empresa detentora do



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

ágio, no período em que houve a incorporação. Essa empresa é a Futura. É a Futura quem deve arcar com as perdas decorrentes da baixa do ágio, e não a CPQ.

Portanto, glosamos 100% das despesas de amortização, no valor de R\$315.144,91 mensais, correspondentes a amortização de ágio inexistente contabilizado indevidamente.

Motivo 3 - ágio pago na subscrição de ações

Em terceiro lugar, cabe notar que o ágio contabilizado é composto de duas parcelas: uma parte no valor de R\$11.348.011,00 refere-se à compra de quotas adquiridas dos antigos sócios. Outra parcela no valor de R\$7.560.683,42, correspondente a 39,99% do ágio total contabilizado, refere-se à subscrição e integralização de capital da CNM, na qual a Futura já era acionista, tendo em vista a aquisição de quotas realizadas anteriormente.

O conceito de ágio como preço de aquisição não se confunde com o ágio pago na subscrição de ações. Como comentado anteriormente, no item Consideração 4, o artigo 386 somente se aplica na aquisição de participações de terceiros, não se aplicando ao caso de subscrição de novas ações.

Portanto, glosamos 39,99% das despesas de amortização, no valor de R\$126.026,45 mensais, correspondentes a contabilização indevida como ágio de parcela que deveria ter sido considerada custo do investimento.

4. ACERVO A SER RECEBIDO

Teríamos então os seguintes acervos líquidos a serem incorporados:

Na incorporação da Futura:

Futura - Balanço de Incorporação			
Ativo Circulante	1,00	Passivo Circulante	4.716.143,03
Investimentos CNM	7.949.162,84	Capital	18.917.039,82
Ágio - Invest. CNM	18.908.694,43	Lucros Acumulados	3.224.675,42
Total	26.857.858,27	Total	26.857.858,27

Acervo líquido recebido:

Ativo total:	26.857.858,27
(-) Investimento CNM	7.949.162,84
(-) Ágio Investimento CNM	18.908.694,43
(-) Passivo Circulante	(4.716.143,03)
	- 4.716.142,03



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

O acervo líquido da Futura não deve conter o investimento e o ágio na CNM porque esta também está sendo incorporada. Observe-se que se o ágio é baixado do ativo contra o resultado do período, há redução do ativo permanente e também dos lucros acumulados. Ao final, o acervo líquido recebido seria o mesmo.

O acervo líquido da Futura a ser transferido para a CPQ tem valor negativo.

Na incorporação da CNM:

O acervo líquido da CNM não deve conter os investimentos na CPQ, pois esta é incorporadora, nem os investimentos na ENF, pois esta também está sendo incorporada.

CNM - Balanço de Incorporação			
Ativo Circulante	5.431,74	Passivo Circulante	15,00
CPQ: Investimentos	10.223.177,43	Capital	316.167,00
(-) Deságio	(97.730,03)	Reservas de Capital	9.896.473,01
Amortização Deságio	19.545,96	Reservas de Reavaliação	236.522,33
Equiv. Patrimon.	338.544,85	Lucros Acumulados	906.784,58
ENF: Investimentos	85.446,91		
Equiv. Patrimon.	471.476,40		
CPQ Ltda.: Investim.	175.490,00		
Ágio Invest.	25.308,03		
Amortização Ágio	(5.061,60)		
Equiv. Patrimon.	114.332,23		
TOTAL	11.355.961,92	TOTAL	11.355.961,92

Acervo líquido recebido:

Ativo Circulante	5.431,74
CPQ: Investimentos	10.223.177,43
(-)Deságio	(97.730,03)
Amortiz. Deság.	19.545,96
Equiv. Patrimon.	338.544,85
ENF: Investimentos	85.446,91
Equiv. Patrimon.	471.476,40
CPQ Ltda: Investim.	175.490,00
Ágio Invest.	25.308,03
Amortiz. Ágio	(5.061,60)
Equiv. Patrimon.	114.332,23
(-) Investimento CPQ	(10.223.177,43)



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 13839.001516/2006-64

Acórdão nº : 105-16.774

(-) Equiv. Patrim. CPQ	(338.544,85)
(-) Investimento ENF	(85.446,91)
(-) Equiv. Patrim. ENF	(471.476,40)
(-) Passivo Circulante	(15,00)

237.301,33

Na incorporação da ENF:

ENF - Balanço de Incorporação			
Ativo Circulante	1.488.356,87	Passivo Circulante	959.879,71
Realizável a LP	46.051,36	Exigível a LP	20.795,18
Imobilizado	98.987,32	Rec. Exerc. Futuros	95.742,00
		Patrimônio Líquido	556.978,66
TOTAL	1.633.395,55	TOTAL	1.633.395,55

Acervo líquido recebido:

Ativo Circulante	1.488.356,87
Realizável LP	46.051,36
Imobilizado	98.987,32
(-) Passivo Circulante	(959.879,71)
(-) Exigível LP	20.795,18
(-) Receitas Exerc. Futuros	95.742,00
	556.978,66

Os acervos líquidos totais a serem recebidos somam:

Acervo líquido Futura:	(4.716.142,03)
Acervo líquido CNM:	237.301,33
<u>Acervo líquido ENF:</u>	<u>556.978,66</u>
Acervo total recebido (negativo):	(3.921.862,04).

O contribuinte contabilizou:

Ágio em investimentos:	R\$ 18.908.694,03
Outros ativos:	R\$ 794.221,92
Outras contas a pagar:	R\$ 4.716.141,63
Reserva de capital:	R\$ 14.192.552,40
<u>Aumento de capital:</u>	<u>R\$ 794.221,92</u>
Totais:	R\$ 19.702.915,95 R\$ 19.702.915,95

(Conforme cópias de livros diário e razão às folhas 430 a 442).

O valor das "Outras contas a pagar" corresponde à parcela não paga das quotas que a Futura adquiriu dos acionistas minoritários.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

Verifica-se que o contribuinte contabilizou a mais no ativo justamente o ágio em investimentos, levando a diferença entre ágio e outras contas a pagar à conta de reserva de capital.

O aumento de capital corresponde aos outros ativos recebidos das incorporadas, basicamente os acervos líquidos da CNM e da ENF (já que o acervo líquido da Futura era negativo), o que pode ser verificado nas contas a seguir:

Acervo líquido CNM:	237.301,33
Acervo líquido ENF:	556.978,66
	<u>794.279,99</u>
(-) Aumento de Capital:	<u>794.221,92</u>
Diferença:	58,07

A diferença existente foi calculada também pelo contribuinte, conforme se verifica no demonstrativo de folha 180, entregue pelo contribuinte juntamente com outros estudos da incorporação às folhas 177 a 187. No demonstrativo o contribuinte anota que a diferença é "não explicada". Na contabilização à folha 439 este valor é atribuído ao acervo recebido da CNM.

Verifica-se que a CPQ recebeu acervo líquido negativo no valor de R\$3.921.862,04 e procedeu a um aumento de capital de R\$794.221,92, contrariando o artigo 226 da Lei 6.404/76, que determina que o valor do acervo líquido a ser vertido para a formação de capital social deve ser ao menos igual ao montante do capital a realizar. Por sua vez, a empresa Garuda, proprietária da Futura, teve um ganho de capital na subscrição de ações da CPQ, uma vez que entregou ativos de valor negativo e recebeu ações de valor positivo.

5- CONCLUSÃO

Conclui-se que a reorganização societária adotada pelos acionistas implicou uma situação não prevista pela regra de incidência do artigo 386 do RIR/99 e que não existe previsão legal que permita a dedução das contrapartidas das amortizações do ágio contabilizado pela CPQ na apuração do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL. Conclui-se também que a parcela contabilizada como ágio referente à subscrição de ações pela Futura não é verdadeiramente ágio, mas custo do investimento.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

Procedemos à glosa de 100% das despesas relativas às amortizações do ágio em questão, no período de março/2001 a setembro/2005, deduzidas pelo contribuinte na sua apuração do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL, conforme quadros "Apuração do valor a recolher" anexos. Do valor glosado, 100% deve-se ao fato de o artigo 386 do RIR/99 não se aplicar ao caso e à contabilização indevida de um ágio que deveria ter sido baixado pela Futura, conforme demonstrado nos itens Motivo 1 e Motivo 2 anteriores, e 39,99% deve-se à contabilização como ágio do valor integralizado que na realidade é custo do investimento, conforme Motivo 3 anterior.

Os quadros "Apuração do valor a recolher" apresentam, para IRPJ e CSLL, os valores glosados do ágio; o resultado em cada período representado pela adição do valor glosado ao declarado pelo contribuinte e subtraído do valor compensado ou pago; o imposto a recolher; e a multa isolada pelo não recolhimento.

Efetuamos lançamento de ofício conforme Auto de Infração Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Auto de Infração Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido que acompanham este Termo de Verificação de Ação Fiscal e dos quais este termo faz parte. Aplicamos a multa prevista no inciso 1 do artigo 44 da Lei 9.430/96. Conforme artigo 16 da Instrução Normativa SRF nº 93/97, efetuamos lançamento da multa isolada prevista no artigo 44, parágrafo 1º, inciso IV da Lei 9.430/96.

.....
.....
Fica o contribuinte intimado a atualizar seu Livro de Apuração do Lucro Real - LALUR para considerar as alterações de compensações e prejuízos decorrentes deste procedimento fiscal.

Tendo em vista que o valor do crédito tributário apurado é superior a 30% do patrimônio líquido do contribuinte, efetuamos o arrolamento de bens previsto na Instrução Normativa nº 264/2002.

Foram devolvidos ao contribuinte todos os livros e documentos não juntados ao processo fiscal dos autos de infração, no estado em que recebidos pela fiscalização.

Este procedimento fiscal não impede a realização de novas verificações dos tributos e períodos de apuração nele considerados.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16:774

E, para constar e surtir seus efeitos legais, lavramos o presente termo, em 03 (três) vias de igual teor, assinado pelos Auditores Fiscais da Receita Federal e pelo representante da fiscalizada, que no presente ato recebe uma das vias.

Cientificada do lançamento em 19/05/2006, a contribuinte, por intermédio de seus advogados e bastantes procuradores (Instrumento de Mandato de fls. 687/688), protocolizou a impugnação de fls. 658/685, em 20/06/2006, alegando em sua defesa as seguintes razões de fato e de direito.

Preliminarmente, destaca a tempestividade da impugnação.

No mérito, assevera que a incorporação da Futura Alimentos Ltda., da CNM Participações S.A. e da Empresa Nacional de Franquias S/C Ltda. (ENF) pela CPQ do Brasil S.A. (anteriormente denominada Sutram Indústria e Comércio Ltda.) teria visado à centralização e à simplificação das operações, bem como ao incremento e fomento da participação no mercado da incorporadora.

Dessa forma, o ágio registrado na Futura, pago em função da rentabilidade futura do negócio, teria sido, por conta de incorporação, levado ao ativo diferido da Impugnante (CPQ), conforme permitido pelos arts. 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda. E continua:

“Apesar das alegações da D. Fiscalização, a leitura dos documentos relativos à incorporação deve ser feita favoravelmente à Requerente. O fato de as incorporações terem sido realizadas em um único instrumento, como se o fato dessa unicidade documental caracterizasse por si só alguma infração, o que não é, não pode servir de fundamento para que a D. Fiscalização seja autorizada a lavrar o Auto de Infração com base em presunção, ou seja, na ausência de uma ordem nas incorporações, a D. Fiscalização não pode simplesmente presumir ou sugerir uma ordem às incorporações, visto que a presunção é vedada no Direito Tributário. Assim, a D. Fiscalização não poderia atribuir os efeitos pretendidos sobre as etapas que pretensamente imaginou terem ocorrido.

Aliás, caso alguma ordem seja dada, os fatos devem ser interpretados favoravelmente à Requerente, admitindo-se que as incorporações ocorreram da seguinte maneira, segundo a ordem apresentada no **‘Protocolo e Justificação da Incorporação das**



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

Sociedades Futura Alimentos Ltda., CNM Participações S.A. e Empresa Nacional de Franquias S/C Ltda., pela CPQ Brasil S.A. ('PROTOCOLO'): (i) Requerente incorporou a Futura, pelo que passou a deter participação na CNM; (ii) a etapa (i) descrita geraria, por um segundo que fosse, uma participação recíproca, que, aliás, pode ser eliminada no prazo de um ano, nos termos do §1º do artigo 244 da Lei nº 6404, de 15/12/1976 ('Lei nº 6.404/76'), conhecida como a Lei das Sociedades Anônimas ('Lei das S.A.');

(iii) passo seguinte foi a incorporação da CNM pela Requerente, o que eliminou a participação recíproca e justificou a amortização do ágio diferido, já que incorporou empresa controlada (CNM). Essa ordem é verificada especialmente nos itens 2.3 e 4.1 do PROTOCOLO (fls. 68 e seguintes)".

Argumenta que os fatos e documentos refletiriam operação diversa daquela presumida pela fiscalização, e ainda, que "minutas, rascunhos ou quaisquer outros papéis" não poderiam ser levados em consideração, na medida em que seriam "meros esboços das possíveis operações". Afirma: "Os fatos efetivamente ocorridos, (...), estão todos refletidos em documentos hábeis e idôneos, cujas cópias encontram-se devidamente anexadas aos autos".

No seu entender não se poderiam afastar as operações realizadas sob o argumento de que as incorporações teriam ocorrido no mesmo documento e na mesma data, pois não há vedação na legislação quanto a essa forma de incorporação. Ademais, haveria contradição nas imputações fiscais: de um lado, de que as operações teriam ocorrido num único documento; de outro, quando confere uma ordem às operações.

Busca fundamento de validade ao procedimento adotado no art. 227 da Lei nº 6404, de 1976, destacando a permissão legal para que mais de uma sociedade possa ser incorporada por outra e para que seja utilizado um único instrumento. Contesta a conclusão fiscal de ocorrência de vários atos jurídicos em um único documento, para afirmar a ocorrência de um ato jurídico complexo.

Quanto à regularidade da contabilização do ágio, faz remissão ao disposto no art. 385 do Regulamento do Imposto de Renda, para defender a aplicabilidade do preceito tanto na aquisição de investimento, como na subscrição e integralização de capital.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

Para confirmar o entendimento transcreve o art. 13, II, da Instrução da Comissão de Valores Mobiliários – CVM nº 247, de 27/03/1996. Ressalta que o art. 385 do RIR não faria qualquer menção à necessidade de a aquisição ser de terceiros.

No que concerne à amortização do ágio, refere-se aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 (art. 386, III, do RIR). A partir da descrição dos fatos contida no termo de verificação, conclui que se a CNM tivesse incorporado a Futura ou se a Futura tivesse incorporado a CNM e, posteriormente, as incorporadoras fossem incorporadas pela Requerente, o procedimento adotado seria válido.

Defende que a Impugnante teria incorporado a Futura, empresa na qual se encontrava contabilizado o ágio, tendo a participação recíproca sido eliminada por meio da incorporação da CNM. E prossegue: “Não há nenhuma vedação na legislação societária para que a eliminação da participação recíproca não possa ocorrer via incorporação. Aliás, a participação recíproca, quando verificada, pode ser eliminada no prazo de um ano segundo a regra prevista no §1º do artigo 244 da Lei das S.A., o que, no caso, verificou-se por meio da incorporação da CNM. Nesse momento, quando a Requerente já era a investidora direta na CNM, o ágio tornou-se um ativo diferido sujeito à amortização nos termos do artigo 386 do RIR/99”.

Afirma que se os documentos relativos à operação são válidos, hábeis e legais, deveriam os fatos ser analisados sob o prisma desses documentos e favoravelmente à Impugnante. E reitera: “Vale dizer, a Requerente deteve alguma participação na CNM, o que justificou a sua incorporação e o conseqüente registro do ativo diferido sujeito à amortização (ágio), conforme prevê o artigo 386 do RIR/99”.

Consigna não estar em discussão se as incorporações ocorreram, mas os efeitos fiscais daí decorrentes.

Acrescenta:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

“A formalização das incorporações em um único documento não pode ser considerada uma infração à legislação vigente, pois não há vedação nesse sentido. Além do mais, note-se que do PROTOCOLO pode ser extraído que: (i) a Requerente incorporou a Futura, vindo a absorver o ágio; (ii) com a incorporação da Futura, a Requerente passou a deter participação na CNM; (iii) e a incorporação da CNM pela Requerente (investidora direta) justificou o registro como ativo diferido sujeito à amortização nos termos do artigo 386 do RIR/99. Finalmente houve a incorporação da ENF. (...)”

Defende-se afirmando não se tratar de ganho ou perda de capital (arts. 391 e 426 do RIR/99), visto que o ágio estava devidamente fundamentado e constituído, sendo passível de amortização (arts. 385 e 386 do RIR/99). Não haveria que se falar em terceira empresa ou em ausência de substância econômica para a manutenção e amortização do ágio pela incorporadora.

Requer a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa e do art. 112 do CTN para que os fatos sejam interpretados favoravelmente à Impugnante.

Equivocada a fundamentação da autuação nos arts. 247, 249, I, 251 e parágrafo único, e 299, todos do RIR/99, tendo em conta a manutenção de escrituração regular pela Impugnante, a observância do procedimento previsto em Lei e a dedutibilidade das despesas de amortização do ágio.

Destaca a vedação de lançamento com base em presunção. Contesta a invocação da interpretação contida no Manual do Fipecafi. Afirma não haver questionamento acerca da ocorrência das três incorporações. Discorda da interpretação dos fatos adotada pela fiscalização, sem as provas cabíveis, com base em critérios subjetivos, que não revelariam a realidade dos fatos, implicando presunção de operações que não ocorreram e atribuição de efeitos fiscais equivocados.

Contesta a legalidade da aplicação da multa isolada por falta ou diferença de recolhimento das estimativas, tendo em conta que a infração apurada refere-se à não-



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo.nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

dedutibilidade da amortização do ágio pago na aquisição de investimentos, fato que não integraria a base de cálculo das estimativas.

Ademais, os pagamentos das antecipações mensais deixariam de ter eficácia após o encerramento do período de apuração, uma vez apurado o imposto em caráter definitivo. Em seu entender, não haveria que se falar em multa isolada ou falta de recolhimento de estimativas, após o encerramento do período de apuração. Questiona a aplicação de penalidade, na inexistência de imposto devido (obrigação principal). Transcreve ementas de julgados do Conselho de Contribuintes.

Por outro lado, estaria caracterizada a duplicidade de exigências da multa de ofício, tendo a fiscalização extrapolado os limites previstos na Lei nº 9.430, de 1996. Em suas palavras: "Com efeito, só ocorreu uma suposta irregularidade, qual seja, o não pagamento do tributo. A obrigação de recolher de acordo com o regime de estimativa não é obrigação diferente da de "pagar tributo". Transcreve ementa e julgado do Conselho de Contribuintes.

Contesta também o percentual das multas de ofício aplicada, a incidência da taxa Selic a título de juros de mora, principalmente sobre a multa de ofício.

Reitera a argumentação em relação à exigência da CSLL.

A 2ª Turma da DRJ em Campinas SP analisou a autuação bem como a impugnação e manteve parcialmente a exigência, sob os argumentos sintetizados na ementa abaixo transcrita.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004, 2005

Ágio. Amortização pela Incorporadora. Dedutibilidade. Para a incidência da norma de dedutibilidade da amortização do ágio pela incorporadora, prevista no art. 386, III, do RIR/1999, em se tratando de incorporação de controladora por controlada, a participação societária tem que ser direta na incorporadora.

Ágio. Subscrição de Ações. Nos termos da legislação em vigor, como parte do preço de emissão das ações, que ultrapassa a importância destinada à formação do capital social, deve integrar o patrimônio líquido da empresa



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

investida, e que o valor do ágio é justamente apenas o que supera o valor de patrimônio líquido da investida, não integra o valor do ágio, na subscrição de aumento de capital, a parcela que representa um ganho para o próprio subscritor.

Multa Isolada. Redução. Retroatividade Benigna. Em face do princípio da retroatividade benigna da legislação tributária penal mais benéfica, cumpre reduzir o percentual da multa de ofício isolada, haja vista a vigência da Medida Provisória nº 303, de 29 de junho de 2006.

Inconformada a empresa apresentou o apelo de folhas 1.051 a 1.093, onde em síntese repete as argumentações da inicial, acrescentando, argumentos contra as razões de decidir da primeira instância.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

VOTO VENCIDO

Conselheiro JOSÉ CLÓVIS ALVES, Relator

O recurso é tempestivo, dele conheço.

Transcrevamos a legislação atinente ao tema.

Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999.

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).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).

Pela legislação acima verificamos que a regra geral para as empresas submetidas à tributação por diferença, ou seja, pelo lucro real é a da debilidade de todas despesas necessárias pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

O ágio ou deságio na aquisição de ações não se enquadra no conceito geral de despesas dedutíveis, pois não são necessárias à atividade da empresa ou à manutenção da fonte produtora da renda.

Temos então que não se enquadrando na regra geral de despesa, está na exceção, ou seja, somente poderá ser utilizada como despesa destre dos estritos termos em que o legislador autorizou, afastando portanto qualquer interpretação extensiva, eis que é um favor fiscal, um benefício que o legislador em determinado momento entendeu necessário dentro dos limites por ele estabelecido.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 391. As contrapartidas da amortização do **ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real**, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 426).

Analisando a legislação podemos observar que o legislador no CAPUT do artigo 385 (DL 1598/77 art. 20):

a) está ditando normas tão somente para aquele contribuinte que – POR OPÇÃO – avaliar investimento, não geral, mas em sociedade coligada ou controlada pelo valor do patrimônio líquido;

b) determina regra para um determinado momento e operação – o da **AQUISIÇÃO** da participação societária;

c) define o que são – AGIO e DESÁGIO – para fins tributário (o que não difere da legislação civil);

d) determina que o lançamento do ágio ou deságio deverá indicar um dos fundamentos econômicos elencados;

e) dentre eles encontra-se aquele objeto da lide – rentabilidade da coligada ou controlada com base na PREVISÃO DOS RESULTADOS DOS EXERCÍCIOS FUTUROS;

f) a compradora deverá arquivar comprovante demonstrando o fundamento econômico que dará suporte à escrituração do, ou deságio.

A regra geral do tratamento do ágio pago na AQUISIÇÃO da participação é a sua utilização somente no momento da alienação das ações, por conseguinte a não influência no lucro real como determina o artigo 391. O momento da utilização – REGRA GERAL – é estabelecido pelo artigo 426 do mesmo regulamento.

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

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

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;

O termo aquisição não é sinônimo e nem se confunde com o termo subscrição.

Na aquisição existem três atores, um que não detém a participação, **comprador, um que detém a participação e quer alienar – vendedor – e um terceiro que é a pessoa jurídica onde se encontram os ativos representativos do participação objeto da transação.**

Já na subscrição existem apenas dois atores, a sociedade que receberá injeção de capital, e um sócio – acionista – já existente, que resolve investir na companhia.

Temos então que a segunda parte da autuação, relativa ao “AGIO” na SUBSCRIÇÃO de ações, não se enquadra dentro do conceito estabelecido pelo artigo 385, pois não pode ser tratado como aquisição, nos termos da legislação. E nem essa foi a intenção do legislador eis que com o incentivo que passaremos a analisar contido no artigo 386, quis facilitar o mercado de ações, a compra e venda de companhias, não vejo nos dispositivos nenhum termo que possa a levar a entender que os incrementos de capital por parte de sócios pré-existentes possam estar nele contidos.

Cabe ressaltar que a IN CVM 247/96, está em consonância com a forma de contabilização estabelecida no artigo 385 do RIR/99, porém não nada estabeleceu sobre a equivalência do termo – subscrição a aquisição.

Pelas razões acima mantenho a autuação relativa ao ágio pago na subscrição de ações, nos termos e valores contidos na decisão recorrida.

Tratamento Tributário do Ágio ou Deságio nos Casos de Incorporação, Fusão ou Cisão



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

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 subseqüentes 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;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

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).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

O artigo 386 tem efeito regulatório do artigo 385, ou seja, confirmada as premissas contidas no artigo 385, - AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO COM ÁGIO, pelas empresas que opcionalmente avaliam o investimento na coligada ou controlada pelo valor do patrimônio líquido surge a possibilidade de amortização do ágio, quando da ocorrência o segundo evento.

O artigo 386 só tem lugar quando ocorrer o segundo evento, posterior à aquisição com ágio ou deságio, esse evento é a absorção de patrimônio de uma pessoa jurídica por outra nos casos de – INCORPORAÇÃO – FUSÃO – CISÃO.

Precedentes:

- a) ter investimento em coligada ou controlada, adquirido com ágio ou deságio e avaliar o investimento pelo valor do patrimônio líquido;
- b) absorver patrimônio da empresa investida, que tenha sido adquirido com ágio.

Conseqüente.

- a) PODERÁ amortizar o valor do ágio em 60 meses após o evento (386 – III);
- b) DEVERÁ amortizar o deságio nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos calendário seguintes ao evento, um sessenta avos para cada mês, do período de apuração.

De início podemos dizer que o ágio não tem a mesma regra do deságio, primeiro porque a amortização é uma opção e não uma obrigação visto que o legislador utilizou o termo – PODERÁ; segundo quanto ao interregno da amortização, pois enquanto o ágio pode ser amortizado nos balanços seguintes ao evento, então se a empresa segue a regra geral – REAL TRIMESTRAL – pode já no semestre seguinte amortizar três sessenta avos.

Já o deságio é uma obrigação, pois o termo utilizado foi – DEVERÁ–porém essa obrigação só surge a partir do ano calendário seguinte ao evento, assim quer a empresa siga



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

a regra geral, real trimestral, ou opte pelo real anual, a obrigação de amortizar o deságio só surge a partir do ano calendário seguinte.

Mas o legislador não parou o incentivo no caso em que a investidora absorva patrimônio de sua investida adquirida com ágio, foi além, autorizou também que se uma terceira pessoa jurídica incorpore a empresa que detinha tal participação e que tenha absorvido patrimônio a investida, ela, a incorporadora poderá continuar a amortizar o ágio ou deverá continuar a amortizar o deságio, ou iniciar obviamente se a questão temporal não houver sido implementada.

Entendo que se o legislador autorizou a primeira investidora, aquela que adquiriu a participação com ágio, a que amortizasse o ágio se absorvesse o patrimônio da investida, não determinou que o investimento com ágio ficasse em uma empresa diferente daquela que absorveu o patrimônio, pelo contrário, deu isso como condição. Assim se uma terceira pessoa incorpora a investidora que tenha absorvido patrimônio de sua investida, adquirido com ágio, poderá a amortizar o ágio e deverá amortizar o deságio.

O legislador não determinou uma seqüência nas operações como na análise feita pelos autores do lançamento.

No caso em lide a operação em relação ao ágio na aquisição das ações foi feita dentro dos estritos ditames da lei, pois, baseado em estudos que previram a capacidade de produção de lucro, a Futura, adquiriu a participação acima do valor patrimonial, a razão do ágio foi justificada pela capacidade do conglomerado controlado pela CMN de produzir lucro futuro com o negócio de pão de queijo.

Ao contrário do que disse a fiscalização, a legislação não veda a continuidade do registro da amortização quando uma terceira empresa incorpora tanto sua controladora como a controladora da controladora.

Por outro lado à legislação admite claramente que a amortização possa ser feita quando a investidora for uma das empresas incorporadas, conforme artigo 386 § 6º inciso II



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

FL. _____

Processo nº.: 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

supra transcrito.

Assim não havendo legislação que proíba a CPQ Brasil S.A , sucessora universal da FUTURA, em direitos e obrigações, pode ela continuar a usufruir da amortização que vinha sendo feita na empresa incorporada. O fato da reorganização empresarial ter sido feita num único instrumento não invalida e nem impossibilita a utilização do direito.

A própria fiscalização, bem como a autoridade julgadora, fl. 885, admitem que se a futura tivesse incorporado a CMN poderia dar continuidade à amortização do ágio pela incorporadora nos termos do artigo 386-III do RIR/99. Justifica a impossibilidade por ter sido uma terceira a CPQ que não participava da relação de investimento visto que não era investida nem investidora. Ora tal proibição não consta de nenhuma norma eis que não fora citada pela fiscalização nem pela autoridade de primeira instância.

Pelo exposto afasto a tributação em relação a aquisição de ações, no valor de R\$ 315.144,91 mensais, TVF FL 601.

MULTA ISOLADA - ESTIMATIVA

A multa isolada, ainda que mantida a glosa do ágio, como o foi, não pode permanecer pelos seguintes motivos:

a) Primeiro, por falta de previsão legal para acumulação da multas de ofício sobre a mesma base, pois, tanto a proporcional lançada junto com o imposto como a isolada até a modificação introduzida pela MP 303, tinham como base o imposto devido ou diferença;

b) Segundo, porque somente pode ser objeto de multa alguma inclusão no valor tributável a título de receita, já que a base de cálculo do valor do imposto ou contribuição social recolhido como estimativa, não é feita por diferença, mas, por presunção de lucro, como no presumido durante o ano, ou seja, ao longo do ano os custos e despesas não são considerados, salvo em caso de suspensão através de balanços ou balancetes. Os balanços ou balancetes para suspensão constituem-se em um direito do contribuinte e não podem ser utilizados como base para exigir a multa isolada.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

Neste sentido caminha a jurisprudência do Conselho e também da CSRF, conforme decidido nos acórdãos: 105-14.938, CSRF - Processos n.ºs 6670.001429/2003-36, 13502.000216/2003-17

Afasto, portanto a multa isolada.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA.

A obrigação de pagamento da penalidade só surge após sua aplicação e vencido o prazo para pagamento sem impugnação, ou seja 30 dias após a ciência do auto.

Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 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.

§ 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.

Analisando a legislação podemos perceber que a SELIC somente é a aplicável em relação a débitos relativos a tributos e contribuições, não alcança, portanto as penalidades, pois a teor do artigo 3º do CTN, tributo não pode ser confundido com sanção por ato ilícito,

Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 13839.001516/2006-64

Acórdão nº : 105-16.774

Art. 3º 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.

Ora a multa é sanção pela falta de recolhimento de tributo, logo não sendo tributo a ela não se aplica a SELIC.

Não se aplicado a SELIC, os juros sobre a multa deverão ser calculados à razão de 1% ao mês nos termos do artigo 161 do CTN, a contar do vencimento do prazo para impugnação, 30 dias a partir da ciência do lançamento, pois antes disso não se pode falar em inadimplemento quanto ao crédito lançado a título de penalidade.

Assim conheço do recurso e no mérito dou-lhe provimento parcial para:

- a) Afastar a tributação em relação à parcela relativa ao ágio na aquisição das ações, no valor de R\$ 315.144,91 mensais;
- b) Afastar a multa isolada;
- c) Os juros sobre a multa deverão ser calculados à razão de 1% ao mês nos termos do artigo 161 do CTN, a partir do 31º dia da ciência do lançamento.

À CSLL, aplico a decisão dada ao IRPJ, em virtude de terem a mesma base factual e a intima relação de causa e efeito que os une.


JOSÉ CLÓVIS ALVES



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

VOTO VENCEDOR

Conselheiro ROBERTO BEKIERMAN: Relator Designado

Concordando com o i. conselheiro relator em relação à faculdade legal de amortização do ágio registrado na aquisição de ações de terceiros, *divirjo, data vêniam*, da solução encontrada em relação ao tratamento a ser dado ao ágio apurado na subscrição de ações.

Com efeito, tenho para mim que a subscrição é sim uma forma de "aquisição" de participação societária. A aquisição pode se dar em função de uma negociação primária, a subscrição, em que a subscritora se torna a primeira proprietária da ação, ou secundária, em que a propriedade é transmitida de um para outro acionista. A legislação que autoriza a amortização não distingue o tratamento a ser dado a uma ou outra situação.

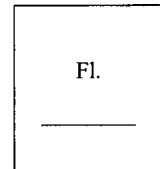
Concretamente, o ágio é a parcela do preço de aquisição de um bem que supera o seu valor contábil. Esse sobrepreço pode ser apurado tanto em uma emissão primária, quanto em uma negociação secundária, mas a forma de cálculo é diferente em cada uma das hipóteses. Isso porque, no caso da subscrição, parte do sobrepreço pago reverte em benefício do próprio subscritor, na medida em que valoriza as ações que já são de sua propriedade.

Nessa linha de entendimento, a Comissão de Valore Mobiliários emitiu o OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP Nº 01/2005, cuja introdução é a seguinte:

Os Ofícios-Circulares emitidos pela área técnica da CVM têm como objetivo principal divulgar os problemas centrais observados na aplicação das normas emitidas pela CVM e fornecer orientação mais detalhada sobre a aplicação dessas mesmas normas. Nesse sentido, esse ofício-circular propõe-se, ainda, alertar o mercado sobre desvios verificados pela CVM, e esclarecer dúvidas sobre a aplicação das Normas de Contabilidade pelas Companhias Abertas e das normas relativas aos Auditores Independentes. Esse ofício-circular também procura incentivar a adoção de novos procedimentos e divulgações, bem como antecipar futura regulamentação por parte da CVM e, em alguns casos, esclarecer questões relacionadas às normas internacionais emitidas pelo IASB.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA



Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

Esses comentários têm como objetivo mais geral o aperfeiçoamento da informação contábil para o mercado e a conseqüente convergência com as normas internacionais de contabilidade.

E, tratando especificamente da contabilização do ágio pago nas subscrições de ações pelas companhias abertas, o item 20.1.5 orienta da seguinte forma:

20.1.5 Ágio/Deságio na Subscrição de Aumento de Capital

A Nota Explicativa à Instrução CVM N° 247/96, em seu item 7, trouxe importantes esclarecimentos quanto à alteração no tratamento a ser dado para o ágio/deságio apurados nos casos de subscrição em que haja variação no percentual de participação, apresentando ainda exemplo numérico. Naquele exemplo, chegávamos à existência de um ágio na investidora - Cia B no valor de \$200. Em face das dúvidas que ainda persistem sobre esse assunto, apresentamos o mesmo exemplo de uma outra forma:

a) O direito de subscrição da Cia B era de 30% (participação anterior) do aumento de capital, portanto de \$ 360 ($\$1200 \times 30\%$ ou 120 ações a \$3 cada) e sobre esta parcela não existe a figura do ágio/deságio ou ganho/perda.

b) A parcela efetivamente "adquirida" pela Cia B (ou seja, subscrita acima do seu direito) foi de \$840 ($70\% \times \1200 ou 280 ações a \$3 cada) do aumento de capital. A apuração do ágio pode ser assim demonstrada:

PL de XYZ após aumento de capital \$3.200

(:) N° ações do capital 1.400

(=) Valor Patrimonial p/ ação \$2,2857

(x) N° de ações "adquiridas" 280

(=) "Aquisição" a valor Patrimonial \$640

(-) Custo de Aquisição \$840

(=) Ágio \$200



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 13839.001516/2006-64
Acórdão nº : 105-16.774

O que se procura enfatizar, neste exemplo, é que a figura do ágio/deságio surge na investidora quando esta "adquire" uma parcela adicional de participação e somente sobre esta parcela. Portanto a subscrição, ainda que por valor acima/abaixo do valor patrimonial da ação, não gera ágio/deságio se for realizada na exata proporção anterior ao aumento de capital. Pelo mesmo raciocínio conclui-se também que, nos casos do direito à subscrição ser exercido por percentual inferior à participação anterior (ou mesmo não sendo exercido esse direito), a investidora reduz sua parcela no capital e, na existência de reservas anteriormente constituídas, apura, dessa forma, uma perda por variação de percentual de participação sobre essas reservas.

É exatamente em consonância com esta forma de cálculo que a decisão recorrida informa que o ágio apurado por ocasião da subscrição de ações da Futura em CNM estaria errado. O quadro a seguir sintetiza o correto cálculo do ágio apurado por Futura nessa operação:

	R\$	ações	%
PL original de CNM	213.068,00	213.068,00	
Futura detém	118.217,00	118.217,00	55,48%
Futura aumenta capital em CNM	1.850.000,00	19.074,00	
PL de CNM após aumento	2.063.068,00	232.142,00	
Futura passa a deter	1.220.118,16	137.291,00	59,14%
Investimento total de Futura	1.968.217,00		
Ágio na subscrição de ações	748.098,84		
Ágio considerado pela Futura	1.680.487,55		
Ágio registrado a maior	932.388,71		

Ante o exposto, seguindo o voto do conselheiro relator em relação aos demais aspectos, voto por afastar a tributação em relação à parcela da amortização mensal do valor total de R\$ 748.098,84, decorrente da incorporação da FUTURA pela recorrente, mantendo a glosa da amortização do inexistente ágio no valor de R\$ 932.388,71.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 07 de novembro de 2007.


Roberto Bekierman

