



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

**Processo n°** 13971.005209/2010-12  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1102-001.006 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 11 de fevereiro de 2014  
**Matéria** IRPJ. Glosas de amortizações de ágios e despesas financeiras. Multas isoladas pelo não recolhimento de estimativas.  
**Recorrente** CREMER S/A  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

**ELEMENTOS FORMADORES DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. COMPROVAÇÃO.**

Nada impede que o Fisco perscrute, a qualquer tempo, os elementos formadores de um crédito tributário ainda não alcançado pela decadência. O limite temporal está fixado no prazo para o Fisco homologar o correspondente pagamento. Desde que dentro deste último prazo, o Fisco pode exigir a comprovação daqueles elementos.

**JUROS SOBRE MULTA. POSSIBILIDADE.**

Os juros moratórios são devidos à taxa SELIC e sobre o “crédito tributário. Este decorre da obrigação principal que, por sua vez, inclui também a penalidade pecuniária.

**PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS. Oponibilidade ao Fisco.**

Os planejamentos tributários são inoponíveis ao Fisco quando formados por negócios jurídicos de propósito preponderantemente marcado pela economia tributária.

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

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIOS. DECADÊNCIA.**

O prazo decadencial para o lançamento de ofício dos tributos sujeitos à sistemática dos chamados “lançamentos por homologação”, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN, é de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador desses tributos. Na hipótese de amortização de ágios, uma nova contagem inicia na data de encerramento de cada período de apuração em que houve a referida amortização e não na data da formação dos ágios.

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIOS. REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. IMPOSSIBILIDADE.**

É impossível promover uma interpretação extensiva das hipóteses expressamente previstas em lei para a amortização do ágio por se tratar de um benefício fiscal caracterizado como isenção.

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIOS. SUBSTITUIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. EMPRESA VEÍCULO. PLANEJAMENTO INOPONÍVEL.**

A operação de substituição de participação societária, gerando ágio numa empresa veículo, é suficiente para macular o planejamento, mesmo que anteriormente tivesse sido gerado ágio, em aquisição pretérita, realizada mediante efetivo pagamento.

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIOS. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. EMPRESA VEÍCULO. PLANEJAMENTO INOPONÍVEL.**

A operação de subscrição de ações, gerando ágio numa empresa veículo, é suficiente para macular o planejamento, mesmo que anteriormente tivesse sido gerado ágio, em aquisição pretérita, realizada mediante efetivo pagamento.

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIOS. REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE IDENTIDADE COM AQUISIÇÕES PRETÉRITAS.**

A amortização de ágios decorrentes de reorganizações societárias não alcança aqueles surgidos em aquisições pretéritas. A lei prevê que o ágio a ser amortizado é o que surgiu na aquisição da participação societária detida por uma das pessoas envolvidas na incorporação. Inexiste identidade de “aquisições”.

**DESPESAS FINANCEIRAS. EMPRÉSTIMOS. NECESSIDADE. RAZÕES ECONÔMICAS.**

É inquestionável a “necessidade” de uma decisão administrativa da empresa quando existem razões econômicas que podem apontar para a sua conveniência.

**IRPJ. CSLL. AMORTIZAÇÕES EM GERAL. INDEDUTIBILIDADE.**

Afastadas as amortizações de ágios autorizadas conforme os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, há que se aplicar a vedação de caráter geral expressa tanto para a base de cálculo do IRPJ quanto para a da CSLL no inciso III do artigo 13 da Lei nº 9.249/95.

**IRPJ. CSLL. ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA PROPORCIONAL.**

Incabível a aplicação simultânea da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concernente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano-calendário. Isso porque o não pagamento das estimativas é apenas uma etapa preparatória da execução da infração. Como as estimativas caracterizam meras antecipações dos tributos devidos, a concomitância significaria dupla imposição de penalidade sobre a mesma infração, qual seja,

**o descumprimento de uma obrigação principal de pagar tributo.**

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

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

CSLL. DESPESAS NECESSÁRIAS, USUAIS E NORMAIS.

Os conceitos de despesas “necessárias”, “usuais” e “normais” contidos no artigo 47 da Lei nº 4.506/64 são aplicáveis também à CSLL porque o comando que consolidou a questão da dedutibilidade em matéria de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, o artigo 13 da Lei nº 9.249/95, foi categórico ao ressaltar aquele dispositivo legal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar parcial provimento ao recurso voluntário para cancelar os lançamentos relativos à glosa das despesas financeiras e às multas isoladas por falta de recolhimento das estimativas, vencidos: (i) os conselheiros Marcelo Baeta Ippolito, João Carlos de Figueiredo Neto e Antonio Carlos Guidoni Filho, que também cancelavam os lançamentos relativos ao ágio nos aportes de capital na Cremerpar; (ii) o conselheiro Marcelo Baeta Ippolito, que também cancelava os lançamentos relativos ao ágio na aquisição do bloco de controle, e ainda excluía os juros de mora sobre a multa de ofício; (iii) os conselheiros José Evande Carvalho Araujo e João Otávio Oppermann Thomé, que mantinham o lançamento das multas isoladas sobre a falta de recolhimento das estimativas, recalculando-se o seu valor em face das exonerações procedidas. Acompanharam o relator pelas conclusões, com relação à glosa das despesas com amortização do ágio relativo à aquisição de bloco de controle os conselheiros José Evande Carvalho Araujo, João Carlos de Figueiredo Neto, Antonio Carlos Guidoni Filho e João Otávio Oppermann Thomé. Designado o conselheiro José Evande Carvalho Araujo para redigir a declaração de voto para expor o entendimento do colegiado neste ponto. O conselheiro José Evande Carvalho Araujo também acompanhou o relator pelas conclusões com relação à glosa das despesas com amortização do ágio relativo aos aportes de capital na Cremerpar, e fará declaração de voto. O conselheiro João Otávio Oppermann Thomé acompanhou o relator pelas conclusões com relação à extensão para a CSLL da indedutibilidade das despesas com a amortização de ágio. Os conselheiros João Carlos de Figueiredo Neto e Antonio Carlos Guidoni Filho acompanharam o relator pelas conclusões com relação à extensão para a CSLL da indedutibilidade das despesas com a amortização do ágio na aquisição do bloco de controle.

*Documento assinado digitalmente.*

João Otávio Oppermann Thomé - Presidente.

*Documento assinado digitalmente.*

Ricardo Marozzi Gregorio - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: João Otávio Oppermann Thomé, Antonio Carlos Guidoni Filho, José Evande Carvalho Araujo, Marcelo Baeta Ippolito, Ricardo Marozzi Gregorio e João Carlos de Figueiredo Neto.

## Relatório

Inicialmente, esclareço que todas as indicações de folhas inseridas neste relatório e no subsequente voto dizem respeito à numeração digital do sistema e-Processo, ressalvo, entretanto, as indicações contidas nos trechos transcritos, as quais referem-se à numeração dos autos do processo físico (em papel).

Trata-se de recurso voluntário interposto por CREMER S/A contra acórdão proferido pela 3ª Turma da DRJ/Florianópolis que concluiu pela procedência parcial dos lançamentos efetuados.

Os créditos tributários lançados, referentes ao IRPJ e à CSLL, devidos nos períodos de apuração correspondentes aos anos-calendário de 2005 a 2009, totalizaram o valor de R\$ 50.741.976,17. Tal autuação foi fundamentada em glosas de amortizações de ágios e despesas financeiras e em multas isoladas pelo não recolhimento de estimativas.

### Da autuação:

Em seu relatório, a instância *a quo* transcreveu os seguintes trechos do Termo de Verificação Fiscal (fls. 470 a 533), aos quais acrescento alguns comentários:

### **3. DAS INFRAÇÕES**

#### **3.1. DA GLOSA DE DESPESAS COM ÁGIO**

##### **3.1.1. DA DESCRIÇÃO DA OPERAÇÃO GERADORA DO ÁGIO**

*O ágio aqui referido teve origem em operação de aquisição dos papéis da contribuinte fiscalizada, CREMER S/A (doravante denominada CREMER ou FISCALIZADA), pela CREMER PARTICIPAÇÕES S/A (doravante denominada CREMERPAR). Tal operação está inserida em operação mais complexa, que envolveu a alteração do controle acionário da CREMER. Abaixo, transcrevemos trecho da página 26 do DOC. 30 - RELATÓRIO DA ADMINISTRAÇÃO - CREMER - MAIO/2006 (referente ao ano de 2005), com grifos nossos:*

"O ágio foi gerado na CREMERPAR quando da aquisição da participação majoritária da Companhia. O seu fundamento econômico é a rentabilidade futura da Companhia e é amortizado pelo método linear em 5 anos, registrado como

despesa administrativa, ou baixado caso as condições que fundamentaram essa rentabilidade futura não se confirmarem de forma permanente."

*Assim, verifica-se de imediato que o ágio em questão está lastreado em **rentabilidade futura** da CREMER, tendo sido apresentado pela CREMER o laudo de avaliação da TERCO AUDITORES INDEPENDENTES, conforme DOC. 4 - LAUDO DE AVALIAÇÃO TERCO - ANEXO I. De se ressaltar esta Fiscalização verificou a existência de outro laudo de avaliação, emitido pela BRASILPAR [...].*

*Questionada sobre a base legal que se utilizou para justificar a amortização do ágio em questão, a CREMER informou estar lastreada no art. 386 do RIR/99.*

[...]

### 3.1.2. DA ESTRUTURA SOCIETÁRIA DA CREMER

[...]

*A CREMER era empresa de capital aberto com ações negociadas em Bolsa, com o controle acionário detido por grupos familiares. Em Fato Relevante de maio de 2003 (DOC. 31 - FATO RELEVANTE 09/05/2003), a CREMER formalizou a intenção de grupo estrangeiro (MERRILL LYNCH GLOBAL PARTNERS - MLGP) em adquirir o controle acionário da empresa, conforme seguinte trecho, com grifos nossos:*

"A CREMER S/A ("Companhia") comunica aos seus acionistas e ao público em geral que firmou, nesta data de 09 de maio de 2003, em conjunto com seus acionistas **controladores**, [...] e J. R Fagundes & Associados Ltda. (a "Applied"), uma Letter of Intent (**Carta de Intenção**) com a Merrill Lynch Global Partners, Inc. ("MLGP"), pela qual a MLGP, por si ou por uma ou mais de suas afiliadas ou co-investidores, manifestou a intenção, sem efeito vinculativo, de **subscrever ações** em um montante entre R\$ 90 milhões e R\$ 100 milhões do capital **de uma sociedade holding a ser formada pelos Controladores** e a Applied para deter o controle da Companhia (a "Newco")."

*Veja que já nesta data, **09 de maio de 2003**, houve a manifestação de se criar uma nova companhia, a NEWCO, que passaria a controlar a CREMER. Ao final, este mesmo Fato Relevante demonstra o real propósito de criação desta NEWCO:*

"Após a realização da OPA, pretende-se que o processo do ajuste da estrutura de capital da Companhia seja concluído mediante a capitalização dos recursos aportados pela Newco, **bem como a incorporação da Newco pela Companhia**, a fim de que a Companhia possa **aproveitar o benefício fiscal a ser gerado na transação.** [...]"

*De se esclarecer que esta NEWCO viria a ser a CREMERPAR, já citada anteriormente. A esta época, maio de 2003, a CREMERPAR sequer existia, mas já se sabia que seria criada **para ser incorporada**, por outra companhia, no caso a sua futura controlada, a CREMER.*

*De se destacar também que, já na Carta de Intenções, foi externado o intuito de aproveitamento do ágio a ser formado na operação. Para tanto, de acordo com a legislação (art. 386 do RIR/99), teria que haver alguma reorganização societária (fusão, cisão ou incorporação) para viabilizar o aproveitamento deste ágio a ser formado, o que justificou a criação de uma empresa, a CREMERPAR, que nasceu **com data certa para ser extinta, mediante sua incorporação pela CREMER, sua controlada.***

*Continuando na evolução da estrutura societária, recorreremos agora a alguns trechos das INFORMAÇÕES ANUAIS (IAN) de 2005 emitidas pela CREMER*

[...]

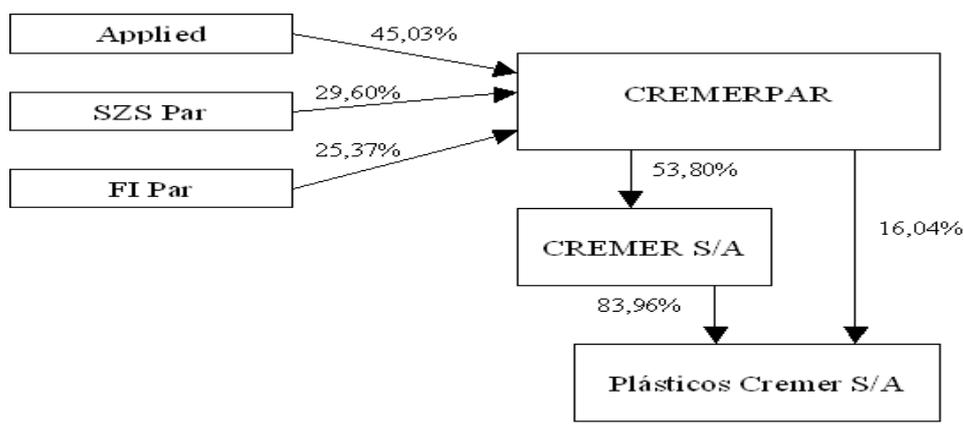
"Na mesma data de 19 de dezembro de 2003, os então acionistas controladores da Cremer S/A transferiram a totalidade de suas 205.429.897 ações de emissão da Cremer S/A, além de 14.592.000 ações de emissão da subsidiária Plásticos Cremer S/A, via contribuição em aumento de capital, para as sociedades F. I. Participações Ltda. (Fipar) e SZS Participações Ltda. (Szspar). Assim, a Fipar e a Szspar passaram a ser **controladoras diretas** da Cremer, na medida em que, conjuntamente, passaram a deter 65,36% das ações ordinárias e 40,04% do capital total da Cremer."

[...]

"Em 02 e 10 de março de 2004, a Fipar, a Szspar e a acionista J. R. Fagundes e Associados Ltda. (Applied), que aderiu ao bloco de controle, transferiram conjuntamente à Cremer Participações S/A, via contribuições em aumento de capital, [...] totalizando 275.979.347 ações de emissão da Cremer (53,80% do capital total) [...]. Nesse momento, a Cremer Participações S/A passou a ser a **controladora** direta da Cremer S/A."

[...]

*{Comentário deste Relator no CARF - para melhor compreensão, convém reproduzir o diagrama da estrutura societária antes da OPA que não havia sido incluído no relato da decisão recorrida:*



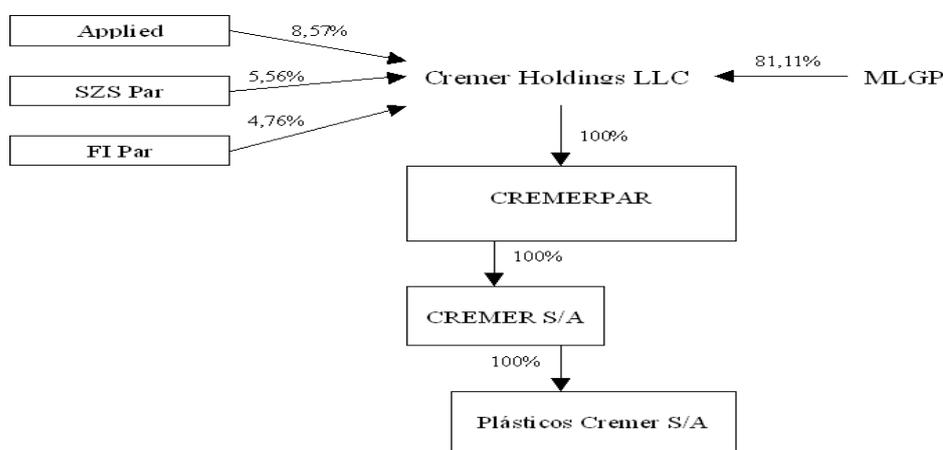
[...]

"Com o sucesso da OPA e o fechamento do capital da Cremer S/A, a Fipar, a Szspar e a Applied, então controladoras diretas das Cremer Participações S/A e controladoras indiretas da Cremer S/A, transferiram conjuntamente, via contribuição em aumento de capital, a totalidade das ações de emissão da Cremer Participações

S/A para a Cremer Holdings LLC (Cremer Holdings), sociedade formada nos Estados Unidos [...]."

[...]

{Comentário deste Relator no CARF - para melhor compreensão, convém também reproduzir o diagrama da estrutura societária depois da OPA que não havia sido incluído no relato da decisão recorrida:



[...]

### 3.1.3 DA VALORAÇÃO DO ÁGIO

[...]

{Comentário deste Relator no CARF - para melhor compreensão, convém também reproduzir o seguinte trecho contido no Termo de Verificação Fiscal que não havia sido incluído no relato da decisão recorrida:

a) A formação do ágio teve como origem aquisições de ações da CREMER pela CREMERPAR, aquisições estas que se deram, ou por aumento de capital na CREMER (no valor total de R\$ 60.395.852,04), ou por aquisição das ações de terceiros (num total de R\$ 20.273.692,60), perfazendo o pretensão ágio no montante de R\$ 80.669.544,04;

b) Considerando que o Patrimônio Líquido da CREMER era negativo em 28/04/2004, houve o entendimento por parte da CREMERPAR de que todos os valores que fossem capitalizados na CREMER acarretariam ágio, até que o PL da investida se tornasse nulo. Assim, apesar de ter havido, ao longo de 2004, um aumento de capital na CREMER no total de R\$ 87.775.953,46 (= 23.500.000,00 + 18.913.793,46 + 45.362.160,00), apenas R\$ 60.395.852,04 foram considerados ágio. Na última capitalização, ocorrida em 22/11/2004, no valor de R\$ 45.362.160,00, apenas R\$ 17.982.058,58 foram considerados ágio, sendo o restante, R\$ 27.380.101,42, escriturados na conta de investimentos de nome CREMER S/A

(tal entendimento foi confirmado pela CREMER em sua resposta ao TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL Nº 01). A tabela abaixo resume a situação anteriormente exposta:

**Tabela 3 – Capitalização na CREMER**

DATA	CAPITALIZAÇÃO	ÁGIO	INVESTIMENTO
31/05/2004	23.500.000,00	23.500.000,00	
21/06/2004	569.585,36	569.585,36	
21/06/2004	6.394.208,10	6.394.208,10	
21/06/2004	11.950.000,00	11.950.000,00	
22/11/2004	45.362.160,00	17.982.058,58	27.380.101,42
<b>TOTAL</b>	<b>87.775.953,46</b>	<b>60.395.852,04</b>	

c) Da mesma forma, os R\$ 20.273.692,60 "pagos" a terceiros (bloco de controle e minoritários) na aquisição dos papéis da CREMER foram levados à conta de ágio, uma vez que, teoricamente, representaram mais valia em relação ao PL da empresa que era negativo no momento destas aquisições;

d) Com a incorporação da CREMERPAR pela CREMER, o valor total do ágio (R\$ 80.669.544,64) foi transferido para a CREMER, e amortizado nos anos seguintes à razão de 20% ao ano, perfazendo uma amortização anual de R\$ 16.133.908,92; }

[...]

De forma a entendermos melhor o ocorrido nesta operação complexa que formou o ágio, convém dividi-la em 03 partes, conforme abaixo, em relação as quais passaremos a discorrer detalhadamente:

- Aquisição das ações do bloco que detinha o controle acionário da CREMER (Grupo Familiar e a J R FAGUNDES & ASSOCIADOS - APPLIED);
- Aquisição das ações dos minoritários;
- Aquisição das ações através de aumentos de capital efetivados na CREMER.

### **AQUISIÇÃO DO BLOCO DE CONTROLE**

Esta parte da operação envolveu o montante de R\$ 9.307.341,21, conforme lançamentos abaixo reproduzidos, extraídos da conta 13101090 – Ágio CREMER da contabilidade da CREMERPAR:

**Tabela 4 - Lançamentos do Bloco de Controle**

DATA	HISTÓRICO	DÉBITO	CRÉDITO
02/03/2004	Ágio integr. de capital Cremer 99.797 ações da FIPAR	3.607.583,68	0,00

02/03/2004	Ágio integr. de capital Cremer 116.405 ações da SZSPAR	4.301.321,42	0,00
02/03/2004	Compl. L to ágio n/data FI	63,59	0,00
02/03/2004	Compl. L to ágio n/data SZS	82,42	0,00
10/03/2004	Integral. Capital JR Fagundes	1.398.290,10	0,00

*Analisando esta parcela do ágio de forma isolada, vemos que os fatos se sucederam da seguinte forma:*

- *De acordo com a Ata da Assembléia Geral de Constituição (DOC. 3 - ATOS CONSTITUTIVOS CREMERPAR - ANEXO I), a CREMERPAR foi criada em 03/10/2003 (capital social de R\$ 100,00), tendo como sócios as pessoas de JOSÉ ROBERTO ROHNELT FAGUNDES (sócio da JR FAGUNDES & ASSOCIADOS - APPLIED) e Artur Fouquet Junior (que viria a ser sócio da empresa FI PARTICIPAÇÕES - FIPAR);*

- *Em dezembro de 2003, o grupo que detinha o controle da CREMER era representado pelas empresas FI PARTICIPAÇÕES (FIPAR), SZS PARTICIPAÇÕES (SZSPAR) e JR FAGUNDES & ASSOCIADOS (APPLIED)*

[...]

- *Em 02 e 10 de março de 2004, a FIPAR, SZSPAR e a APPLIED transferiram, conjuntamente, para a CREMERPAR, via aumento de capital, suas ações da CREMER, [...] Com isso, a CREMERPAR passou a controlar a CREMER [...].*

- *Nesta "aquisição" das ações da CREMER por parte da CREMERPAR, houve geração de ágio na CREMERPAR, no montante de R\$ 9.307.341,21, conforme já detalhado. Este ágio teve por razão o fato do Patrimônio Líquido da CREMER estar negativo, ensejando que qualquer valor "pago" na aquisição de papéis desta empresa consistiria inteiramente em ágio (o valor patrimonial da ação adquirida era nulo);*

*{Comentário deste Relator no CARF - para melhor compreensão, convém também reproduzir o seguinte trecho contido no Termo de Verificação Fiscal que não havia sido incluído no relato da decisão recorrida:*

- *Constata-se que o "pagamento" aos controladores, para a aquisição destas ações da CREMER, deu-se com papéis de emissão da CREMERPAR,, que a esta altura já era controlada pela FIPAR e SZSPAR. Assim, por exemplo, a FIPAR, detentora de papéis da CREMER, deu estes papéis para a subscrição das novas ações emitidas pela CREMERPAR. Da mesma forma se sucedeu com a SZSPAR e APPLIED; }*

[...]

- *Em 31/12/2004, houve a incorporação da CREMERPAR pela CREMER, passando esta a deter o direito de amortizar o ágio advindo da incorporada, nos termos do art. 386 do RIR/99.*

[...]

*De se ressaltar que esta análise se faz sem a interferência das outras partes da operação, que envolveram outras personagens (MLGP e CREMER HOLDINGS), que não participaram efetivamente desta fase da operação.*

[...]

*• Ou seja, a estrutura retornou à sociedade original. De se esclarecer que a esta altura, em 31/12/2004, a FIPAR, a SZSPAR e a APPLIED não detinham mais o controle direto da CREMER, mas sim faziam parte do quadro societário da CREMER HOLDINGS, controlada pela MLGP [...] Porém, como dito, avaliando a operação de forma isolada, esta parcela do ágio de R\$ 9.307.341,21 resultou da sucessão dos fatos acima descritos, sendo a CREMER HOLDINGS e a MLGP apenas figurantes para efeitos da geração desta parte do ágio. Em resumo, esta parte do ágio só teve a participação da CREMER, da CREMERPAR, da FIPAR, da SZSPAR e da APPLIED.*

*• Ademais, verifica-se que nesta parte da operação, não houve nenhum tipo de desembolso de recursos para a formação do ágio. Houve apenas troca de papéis intragrupo, sendo que o ágio pago seria justificado pelo Laudo da Avaliação da BRASILPAR dando conta do valor de mercado da CREMER.*

[...]

*Da cronologia acima exposta, verifica-se que estamos diante de um ágio sem substância econômica, intragrupo, formado em uma negociação carente da independência entre os agentes.*

*A CVM se posicionou sobre a questão em seu OFICIO CIRCULAR CVM SNC SEP 01/2007, conforme trecho abaixo [...]:*

*A CVM observa que a mera observância das formalidades previstas na lei societária não é condição suficiente para reconhecer o ágio surgido em uma determinada operação, sendo necessário observar, também, requisitos materiais, como a independência entre as partes, pagamento e um efetivo ambiente concorrencial.*

*Portanto, se o ágio intragrupo não é reconhecido pela lei societária e pela contabilidade, também não o será pela lei tributária, por força do disposto nos artigos 247 do RIR/99 e 274 da Lei 6.404/1976.*

*De se concluir então que esta parcela do ágio, de valor igual a R\$ 9.307.341,21, mostra-se indevida para fins da amortização permitida pelo art. 386 do RIR/99, devendo, pois ser objeto de glosa.*

### **AQUISIÇÃO DOS MINORITÁRIOS**

*Esta parte da operação perfaz um valor de R\$ 10.966.351,39, conforme lançamentos abaixo reproduzidos: [...]*

*Estes valores representaram desembolsos efetivos realizados pela CREMERPAR para a aquisição de ações da CREMER detidas pelos Minoritários. Envolve, assim, aquisição de terceiros independentes. Como explicitado nos relatórios da empresa, houve uma Oferta Pública de Aquisição de Ações (OPA) que regulou a forma em que os papéis detidos por acionistas minoritários seriam adquiridos pela CREMERPAR.*

**AQUISIÇÃO VIA AUMENTO DE CAPITAL**

*Esta última parte da operação evoluiu o montante de R\$ 60.395.852,04, detalhado nos lançamentos abaixo:*

**Tabela 6 - lançamentos dos Aumentos de Capital**

DATA	HISTÓRICO	DÉBITO	CRÉDITO
31/05/2004	Aumento de Capital na CREMER	23.500.000,00	0,00
21/06/2004	Aumento de Capital na CREMER	569.585,36	0,00
21/06/2004	Aumento de Capital na CREMER	6.394.208,10	0,00
21/06/2004	Aumento de Capital na CREMER	11.950.000,00	0,00
22/11/2004	Aumento de Capital na CREMER	17.982.058,58	0,00

*Como já visto, esta parcela do ágio se justificou, no entendimento da CREMERPAR, pelo fato destes aportes de recursos na CREMER terem sido efetivados com seu Patrimônio Líquido ainda negativo. Assim, enquanto o PL da empresa permaneceu negativo, todos os aportes efetuados tiveram o tratamento de ágio pago, até que seu PL ficou positivo [...]*

*Sobre esta parcela do ágio, cumpre abordarmos duas questões relevantes, quais sejam, a possibilidade de geração de ágio nos processos de subscrição de ações e o tratamento a ser dado aos aportes de recursos em uma investida com PL negativo.*

**a) Do ágio gerado em subscrições de ações:**

*Em relação a esta primeira questão, devemos verificar se meras subscrições para aumento de capital em uma empresa deficitária (PL negativo) dão ensejo a considerar os aportes como ágio. Devemos ressaltar que por ocasião do primeiro aumento de capital, em 31/05/2004, a CREMER, já pertencia, formal e materialmente, à CREMERPAR, esta controlada pela CREMER HOLDINGS, que, por sua vez, estava sob o controle da MLGP. Assim, nestes aportes de capital, a CREMERPAR nada adquiriu, apenas injetou recursos na controlada de forma a sanear suas dívidas.*

*Para a formação de ágio há que se ter uma aquisição perante terceiros, que no caso em tela, foi concretizada em momento anterior, na aquisição dos papéis dos minoritários, e não nos aportes de capital efetivados posteriormente.*

*O MANUAL DE CONTABILIDADE da FIPECAFI aborda a questão da seguinte forma:*

"Nos itens anteriores vimos que:

[...]

**b) por outro lado, vimos nos itens anteriores ao 11.7 que surge 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 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 subscreva aumento de capital no lugar de outro."

*Ora, o exposto pelo citado Manual coaduna com a situação sob análise, senão vejamos. As subscrições havidas pela CREMERPAR não alteraram seu percentual de participação na CREMER, uma vez que já era de praticamente 100%. Além disso, a CREMERPAR não era uma nova acionista, não se amoldando, assim, na exceção prevista pelos autores da FIPECAFI.*

*Esta parcela de ágio pretendido pela empresa não passou de meros aumentos de capital em uma investida que apresentava PL negativo. [...]*

*Em nosso caso, como já dito, não houve nenhum tipo de alteração no percentual de participação com estas subscrições havidas, não ensejando a geração de ágio algum.*

[...]

*De se atentar ainda que a situação aqui debatida é bem diferente de uma aquisição, com efetivos pagamentos (desembolsos), de uma empresa com PL negativo. Num caso em que envolva efetivo desembolso e partes independentes, o ágio eventualmente pago seria legítimo, limitado, é claro, ao valor efetivamente desembolsado. Porém, quando uma empresa já detém o controle de outra, e passa a fazer aportes de recursos, ainda que aportes efetivos, isto não dá ensejo à formação de ágio. Como dito, no momento em que a CREMERPAR passou a injetar recursos na CREMER, via aumento de capital, ela já era "dona" da CREMER, não estando, pois, a adquirir nada!*

[...]

*Mas então qual seria o tratamento a ser dado aos aportes de capitais realizados em uma investida com PL negativo? Passemos então a abordar [...]*

**b) Do aumento de capital em investida com PL negativo:**

*Acerca do tema, os autores da FIPECAFI entendem que a natureza da subscrição de capital efetuada em empresa investida, com patrimônio líquido negativo, tem natureza de perda, prejuízo, e não ágio como pretendido e escriturado pela CREMERPAR.*

[...]

*Verifica-se assim que o tratamento dado pela CREMERPAR nas integralizações realizadas na CREMER está equivocado. Deveria ter reconhecido estes valores injetados na investida como perda, afetando diretamente seu resultado em 2004.*

*Desta forma, verifica-se indevida a consideração como ágio o valor de R\$ 60.395.852,04, devendo ser objeto de glosa.*

### 3.1.4. DO VALOR DO PL NEGATIVO

**Nota:** Neste tópico, a Fiscalização tece considerações acerca do valor do PL Negativo, procurando mostrar que tal valor teria sido *majorado*, que em verdade seria negativo, mas por um valor bem menor, conforme **Tabela 7 - Ajustes ao Patrimônio Líquido** (fl. 447) - que se reproduz abaixo, entretanto, a autoridade autuante glosou **integralmente** o valor equivalente ao PL Negativo, o que nos leva a crer que tal digressão não teve influência na matéria tributável apurada, conforme depreende-se do relato a seguir:

Valor do PL Original	- 60.395.852,04
Ajustes	
Ativo Fiscal do IRPJ	+ 28.798.474,25
Ativo Fiscal da CSLL	+ 9.736.928,97
PL Ajustado	- 21.860.548,82

*Desta forma, a parcela do pretense ágio almejado com as integralizações realizadas estaria limitada pelo valor do Patrimônio Líquido Ajustado acima. Vale, porém, repisar que esta parcela do ágio, no valor de R\$ 60.395.852,04, foi glosada **integralmente**, conforme razões expostas no item 3.3 deste termo {Comentário deste Relator do CARF: as razões estão expostas no item 3.1.3}, tendo o presente tópico apenas demonstrado que o valor do PL da empresa estava incorreto, o que acarretou uma valoração indevida do ágio por parte da FISCALIZADA.*

### 3.1.5. DOS LAUDOS DE AVALIAÇÃO

*Considerando ser requisito legal para possibilitar a amortização de ágio por rentabilidade futura, convém analisarmos os laudos de avaliação da TERCO AUDITORES INDEPENDENTES e da BRASILPAR.*

[...]

*Assim, de se concluir que houve um processo de avaliação (Laudo da BRASILPAR) para balizar a aquisição das ações do bloco de controle e dos minoritários, enquanto outro laudo (TERCO) serviu de parâmetro para justificar o ágio no processo de aquisição das ações da CREMER pela CREMERPAR, via aumentos de capital.*

*Ocorre que este laudo da TERCO não pode balizar um processo de geração de ágio, pois como dito, as subscrições para aumento de capital havidas na CREMER pela CREMERPAR não dão ensejo à geração de ágio algum. Deveriam ter sido contabilizadas como perda, e não como ágio.*

[...]

**3.1.6. DA APURAÇÃO DOS VALORES**

*Em relação aos fatos acima relatados, relacionados a amortização de ágio indevido, verifica-se que a FISCALIZADA incorreu em contabilização de despesas desnecessárias para a sua atividade, nos termos do art. 299 do RIR/99.*

*Do valor total do ágio apurado, R\$ 80.669.544,64, deve ser objeto de glosa R\$ 69.709.163,25, conforme abaixo discriminado:*

**Tabela 8 - Glosa dos Valores de Ágio**

DESCRIÇÃO	VALOR
Ágio Contabilizado	80.669.544,64
(-) Aquisição do bloco de controle	- 9.307.341,21
(-) Integralizações para Aumento de Capital	- 60.395.852,04
Ágio Dedutível	10.966.451,39

*Como a amortização se daria em 05 anos, a parcela dedutível em cada ano deveria ser de R\$ 2.193.270,27. Considerando que a FISCALIZADA amortizou R\$ 16.133.908,92, deve ser objeto de glosa, por ano, o montante de R\$ 13.940.638,64.*

[...]

**3.2. DA GLOSA DE DESPESAS RELATIVAS A EMPRÉSTIMO****3.2.1. DO EMPRÉSTIMO JUNTO AO AMRO BANK**

*A infração a ser detalhada neste tópico consiste no fato da CREMER ter contraído empréstimo de R\$ 50.000.000,00, pagando juros de cerca de 20% ao ano, sendo que os recursos deste empréstimo foram destinados na aquisição de ações próprias, para manutenção em tesouraria. De se registrar que as ações foram adquiridas da única sócia da empresa, CREMER HOLDINGS. Diante desta constatação, de se questionar: as despesas incorridas com este empréstimo (juros, taxas, tributos e demais encargos) mostram-se necessárias à atividade da empresa? São dedutíveis para fins de apuração do IRPJ e da CSLL?*

*De acordo com as INFORMAÇÕES ANUAIS da CREMER relativas ao ano de 2005, já transcrita parcialmente neste termo (DOC. 32 - IAN 2005), a contribuinte, ao longo do referido ano, adquiriu suas ações, para manutenção em tesouraria, valendo a pena reproduzir mais uma vez trecho da citada IAN, onde se detalha tal aquisição.*

**"Durante o exercício de 2005 a Cremer S.A., com o objetivo de restituir parcialmente o capital investido pelo acionista controlador, optou pela aquisição, para permanência em Tesouraria, de 48.626.500 ações de sua emissão. Todas essas ações foram adquiridas da acionista Cremer Holdings, LLC, e o valor total da aquisição montou R\$ 62.175 mil." [...]**

*O Relatório da Administração referente ao ano de 2005 (DOC. 30 - RELATÓRIO DA ADMINISTRAÇÃO CREMER - MAIO/2006) vincula a obtenção de empréstimo para a consecução desta restituição do capital investido, conforme abaixo:*

"Durante o exercício de 2005 a Companhia optou pela aquisição, para permanência em Tesouraria, de 48.626.500 ações de sua emissão. Todas essas ações foram adquiridas da acionista Cremer Holdings, LLC, e o valor total da aquisição montou R\$ 62.175, sendo que parte dos recursos utilizados nessa operação foi obtida **em operação de empréstimo no montante de R\$ 50.000**, e o restante refere-se a recursos próprios. O objetivo das recompras de ações foi de retornar parcialmente o capital investido pelo acionista controlador."

[...]

*Outro aspecto a levantar consiste na análise do art. 8º do Decreto nº 3.708 de 10/01/1919. Não obstante o citado dispositivo se referir a sociedades limitadas, ao passo que a FISCALIZADA era a época dos fatos uma S/A de capital fechado, merece destaque neste termo, uma vez que expressa claramente necessidade de disponibilidades para se efetuar uma recompra de quotas:*

"Art. 8º - É lícito às sociedades a que se refere esta lei adquirir quotas liberadas, desde que o façam com fundos disponíveis e sem ofensa do capital estipulado no contrato. A aquisição dar-se-á por acordo dos sócios, ou verificada a exclusão de algum sócio remissivo, mantendo-se intacto o capital durante o prazo da sociedade."

*Claro está do texto acima que para a referida aquisição, a sociedade deve ter recursos disponíveis, afigurando-se, ao menos inusitado, a empresa optar por fazer esta aquisição tendo que recorrer a bancos para obter os respectivos recursos. Portanto, somente pode ocorrer a aquisição de quotas da própria empresa se os recursos utilizados na operação foram lastreados em lucros ou reservas.*

[...]

*Conclui-se, assim, por tudo acima exposto, que as despesas com a obtenção do empréstimo de R\$ 50.000.000,00, perante o Banco ABN AMRO REAL, se mostram desnecessárias para as atividades da empresa, ensejando a indedutibilidade das mesmas, nos termos do art. 299 do RIR/99:*

[...]

### **3.3. DA MULTA E DOS JUROS ISOLADOS**

*A FISCALIZADA optou, em todos os anos fiscalizados, pelo regime tributário de apuração do IRPJ anual, ou seja, com pagamentos mensais por Estimativa. [...]*

*Em todos os meses foram elaborados balancetes de redução ou suspensão do IRPJ e CSLL (DOC. 24 - BALANÇOS DE SUSPENSÃO/REDUÇÃO), não sendo utilizada a base de cálculo estimada sobre as receitas acumuladas, conforme DOC. 28 - DECLARAÇÕES IRPJ - ANEXO IV acostadas a este processo.*

*Considerando a apuração de infrações praticadas pela FISCALIZADA, as quais ensejaram, conforme visto acima, a glosa de despesas com ágio e de despesas relacionadas ao empréstimo junto ao ABN AMRO BANK, a CREMER deixou de recolher aos Cofres Públicos valores relativos a antecipações obrigatórias do IRPJ e da CSLL.*

*A diferença entre o tributo apurado (IRPJ/CSLL) no final do período anual e o recolhido ou confessado pela fiscalizada durante o mesmo período, está sendo exigido em Auto de Infração próprio. Contudo, as diferenças mensais relativas às antecipações das estimativas mensais com base nos balancetes mensais ajustados por esta autoridade tributária geram infrações passíveis de cobrança de multa e juros isolados sobre a diferença da estimativa mensal não recolhida, conforme determina o artigo 43, § único c/c artigo 61 e §§, e artigo 44, inciso II, alínea "b", todos da Lei nº 9.430/96.*

[...]

### **Da impugnação:**

Essencialmente, a empresa autuada apresentou em sua impugnação os mesmos argumentos que serão relatados no tópico “Do recurso voluntário”.

### **Da decisão recorrida:**

A já mencionada 3ª Turma da DRJ/Florianópolis, ao apreciar a impugnação interposta, proferiu o Acórdão nº 07-28.619, de 30 de abril de 2012, por meio do qual decidiu pela procedência em parte do feito fiscal, apenas para exonerar as parcelas das multas isoladas erroneamente calculadas (conforme alegado na impugnação) e a totalidade dos juros isolados.

Assim figurou a ementa do referido julgado:

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

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

Fatos Passados. Repercussão em Exercícios Futuros. Fiscalização. Possibilidade. Escrituração. Documentos. Guarda. Prazo.

O contribuinte está sujeito à fiscalização de fatos ocorridos em períodos passados, ainda que não seja mais possível efetuar exigência tributária, em face da decadência, quando eles repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, devendo conservar os documentos de sua escrituração, até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.

Decadência. Amortização de Ágio. Fatos Geradores Distintos.

O reconhecimento do ágio não representa manifestação de fato imponible tributário, pelo que o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário decorrente da redução indevida do resultado do exercício inicia-se a cada amortização anual, e não com o seu registro original.

Ágio Constituído Sobre as Quotas da Própria Empresa e Decorrente de Transação Entre Empresas Ligadas. Indedutibilidade. IRPJ. CSLL.

Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza (ágio) em decorrência de uma transação dos sócios com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido a legislação aplicável, do ponto de vista econômico, tais transações não se revestem de substância e da indispensável independência entre as partes para merecer registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade e, conseqüentemente, o ágio delas decorrente não se enquadra na hipótese de dedutibilidade prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97. Deve ser glosada eventual despesa lançada em função de ágio constituído nessas condições, mormente se reduziu o resultado da própria sociedade sobre a qual o ágio foi constituído (ágio de si mesmo).

Ágio de Si Mesmo. Custo. Fundamentos Contábeis. Inconsistência.

O ágio somente é admitido pela teoria contábil quando surgido em transações envolvendo partes independentes, condição necessária a formação de um preço justo para os ativos envolvidos. Nos casos em que seu aparecimento acontece no bojo de transações entre entidades sob o mesmo controle, o ágio não tem consistência econômica ou contábil, configurando geração artificial de resultado cujo registro contábil é inadmissível.

Despesas Operacionais. Despesas Financeiras Desnecessárias. Glosa.

São passíveis de glosa, em procedimento de ofício, as despesas financeiras que não possuam as características de necessidade, usualidade e normalidade, indispensáveis à sua dedutibilidade do lucro bruto.

#### **ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

Multa Isolada. Falta de Recolhimento do IRPJ e CSLL sobre base de cálculo estimada mensal.

A multa isolada, calculada sobre a totalidade ou diferença da antecipação do IRPJ e da CSLL, mensalmente devida e não recolhida, deve ser aplicada à pessoa jurídica, sujeita à tributação com base no lucro real, e optante pelo pagamento do IRPJ e da CSLL, em cada mês, determinados sobre bases de cálculo estimadas, por descumprimento da obrigação de antecipar o IRPJ ou a CSLL mensalmente devidos.

Multa de Ofício Isolada. Duplicidade de Incidência. Não Caracterização.

A multa de ofício exigida por falta de pagamento do IRPJ e da CSLL devidos na apuração anual, e a multa isolada por falta de recolhimento das antecipações mensais, calculadas sobre bases de cálculo estimadas, têm hipóteses de incidência e bases de cálculo distintas.

De acordo com as expressas disposições legais, a incidência de multa isolada por falta de recolhimento das antecipações mensais, calculadas sobre bases de cálculo estimadas, é completamente autônoma em relação obrigação tributária principal a ser constituída, ou não, no final do período.

Multa Isolada. IRPJ. CSLL. Erro Material. Retificação

Retifica-se o lançamento da multa isolada tendo em vista a existência de erro material na sua apuração (base de cálculo).

Juros de Mora Exigidos Isoladamente, de Ofício, sobre Estimativas Mensais Não recolhidas. Falta de Previsão Legal.

A legislação tributária determina que a falta de recolhimento das estimativas mensais (de IRPJ e de CSLL), apurada em procedimento de ofício, enseja a aplicação (apenas) de Multa Isolada, não cabendo a cobrança de juros de mora isolados (de ofício) uma vez que, encerrado o ano-calendário, não se faz lançamento de ofício incidente sobre antecipação de imposto/contribuição então apurado pelas regras do Lucro Real Anual.

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

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

Lançamento Decorrente. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL.

Tratando-se da mesma matéria fática e não havendo questões de direito específicas a serem apreciadas, aplica-se ao lançamento decorrente a decisão proferida no lançamento principal (IRPJ).

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Considerando que os valores exonerados pela DRJ totalizaram R\$ 849.860,62 (multa) e R\$ 782.414,17 (juros), não foi suscitado o recurso de ofício, uma vez que a Portaria MF nº 3/2008 expressamente determina tal providência quando as importâncias canceladas tratarem de “tributos e encargos de multa” em valor total superior a R\$ 1 milhão.

**Do recurso voluntário:**

Além de repetir muito do que foi alegado na impugnação, a empresa autuada adicionou em seu longo recurso voluntário novos argumentos especificamente direcionados contra as razões de decidir do voto condutor do acórdão recorrido.

Primeiramente (fls. 1297 a 1299), a recorrente relata informações sobre seu tipo de atividade, sobre a autuação e transcreve a ementa da decisão recorrida.

Em seguida (fls. 1300 a 1304), afirma que a turma da DRJ não entendeu as operações societárias efetuadas e que isto teria gerado a falsa premissa de que a incorporação da CREMERPAR pela CREMER ocorreu antes da aquisição de seu controle por parte da MLGP, o que torna os argumentos invocados inaplicáveis ao caso concreto. Neste sentido, colaciona alguns trechos do relatório e do voto condutor da decisão recorrida para demonstrar que a equivocada premissa teria levado a DRJ a fundamentar sua opinião, na questão da glosa das despesas com ágio, na impossibilidade de sua dedução por se tratar de ágio interno. Ademais, salienta alguns aspectos das operações engendradas na reorganização societária para concluir que o capital recebido foi resultado de um complexo processo de investimento. Independentemente das alcinhas dadas pela fiscalização (“Ágio Aquisição de Controle” e “Ágio Aumentos de Capital”) ambos decorrem da aquisição do seu controle societário.

Das fls. 1305 a 1310, a recorrente faz considerações acerca da natureza jurídica do ágio, transcrevendo trechos das Instruções CVM nº 247/96 e nº 319/99, da IN/SRF nº 11/99, bem como os artigos 385, 386 e 391 do RIR/99, para concluir que "[...] preliminarmente, que os presentes autos de infração devem ser declarados nulos, seja porque o fundamento legal que os respaldou (art. 299 do RIR/99) não guarda qualquer relação com a matéria aqui discutida, seja porque operou-se o inequívoco transcurso do prazo decadencial do direito do Fisco tê-los lavrado [...]".

Em sede preliminar, no item **“Inaplicabilidade de enquadramento legal invocado pelos Srs. AFRFBs para justificar a glosa das despesas com amortização de ágio”** (fls. 1310 e 1311), a recorrente invoca a nulidade da autuação pelo fato de ela ter sido fundamentada no artigo 299 ao invés do artigo 386, III, do RIR/99. Neste sentido, reitera os argumentos detalhados na impugnação, os quais foram assim resumidos pela instância *a quo*:

- nas hipóteses de extinção dos investimentos por conta de incorporação, se o fundamento econômico que deu origem ao ágio for lastreado por laudo de avaliação que ateste sua rentabilidade futura, então as respectivas amortizações deverão ocorrer nos termos do inciso III do art. 386 do RIR/99;

- ressalta que os Srs. AFRFBs, em nenhum momento, questionaram o fundamento econômico contido nos dois Laudos contratados pela Impugnante (pelo contrário, endossou-os);

- que a aplicação do art. 299 do RIR/99 é impossível no caso dos autos porque tal dispositivo não possui qualquer relação com o objeto das autuações; que só se pode cogitar na aplicação deste artigo em relação a situações que não tenham sido objeto de regulamentação legal específica no que concerne a dedutibilidade;

- que a legislação tributária estabelece tratamento fiscal específico e diferenciado em relação às amortizações de ágio; enquanto antes da extinção/alienação do investimento que lhes deu origem elas não podem ser consideradas dedutíveis (art. 391 do RIR/99), uma vez que ocorra tais eventos (extinção/alienação) a referida dedutibilidade passa a ser assegurada, nos termos do art. 386, III, e 426, ambos do RIR/99;

- verifica-se, portanto, que os autos de infração ora impugnados baseiam-se em fundamento legal inaplicável à matéria discutida nos autos, fato este que agride frontalmente a segurança jurídica da IMPUGNANTE e, conseqüentemente, seu direito à ampla defesa.

Ainda em sede preliminar, no item **“Decadência do direito da Fiscalização lavrar Autos de Infração em relação às amortizações dos ágios glosadas”** (fls. 1311 a 1318), repete as alegações contidas na impugnação, as quais foram assim resumidos pela instância *a quo*:

- discorre acerca da natureza dos lançamentos conforme estabelecido no CTN, do prazo decadencial do §4º do art. 150, jurisprudência pertinente, para concluir que o IRPJ e a CSLL são tributos sujeitos a lançamento por homologação.

- que, sendo optante pelo Lucro real anual, o fato gerador do IRPJ e da CSLL se dá em 31 de dezembro de cada ano e, portanto, a contagem do prazo decadencial se faz pelo §4º do art. 150 do CTN, ou seja, cinco anos a contar do fato gerador.

2004, e que o ágio no valor de R\$ 60.395.852,04, denominado "Ágio Aumentos de Capital", foi gerado nos meses de maio, junho e novembro de 2004.

- nos termos do art. 150, §4º, do CTN, a IMPUGNANTE acredita ser indubitável que decaiu o direito de as Autoridades Fiscais glosarem as amortizações dos Ágios, em decorrência do transcurso do prazo de cinco anos verificado entre o lançamento tributário ora contestado e a data de formação/registro do ágio questionado (em verdade, 31/12/2004, data de encerramento do ano-calendário de formação/registro do ágio questionado).

- que o ágio incorrido na aquisição de investimento, e que tenha por fundamento a expectativa de rentabilidade futura, nada mais é do que uma perda em relação ao investimento extinto, que, caso a extinção ocorra via incorporação da investidora pela investida, não será lançada diretamente em resultado, mas registrada em ativo para que sua amortização fiscal seja diferida no tempo.

- em outras palavras, o direito da IMPUGNANTE, de registrar os valores dos ágios em seu ativo diferido, e de amortizar fiscalmente tais valores durante cinco anos, **foi adquirido em 31/12/2004, e poderia ter sido questionado apenas até 31/12/2009**, nos termos do 4º do art. 150 do CTN. [*grifo original*]

No mérito, a recorrente inicia suas considerações no item “**Glosa das amortizações dos Ágios**” (fls. 1318 a 1320), mas, aqui, somente replica os argumentos que a levaram a concluir que a DRJ partiu da equivocada premissa de que a incorporação da CREMERPAR pela CREMER ocorreu antes da aquisição de seu controle por parte da MLGP e que isso acabaria por caracterizar o ágio na modalidade interna. Além disso, alega que há uma divergência entre o fundamento aduzido no Termo de Verificação Fiscal (CREMERPAR não teria propósito comercial e teria sido concebida apenas para gerar o ágio) e o apontado na decisão recorrida (ágio interno).

A seguir, no item “**Da improcedência das alegações quanto à suposta ‘artificialidade’ da reestruturação societária efetuada quando da aquisição do controle da Recorrente por parte da MLGP**” (fls. 1321 a 1353), a recorrente alega que a fiscalização focou sua análise em trechos da operação para embasar a suposta ilegitimidade dos ágios quando deveria ter analisado todo o conjunto de operações. A maneira pela qual a fiscalização e a DRJ se manifestaram apenas denuncia que sua “inconformidade” está localizada não nas operações executadas, mas, sim, em certos efeitos econômicos alcançados com uma de suas etapas, qual seja, o benefício fiscal relativo à amortização do ágio. A partir disso descreve todo o histórico da transferência do seu controle para MLGP, discorrendo sobre o alto grau de endividamento em que se encontrava antes do início das operações engendradas, bem como sobre todo o contexto comercial a ela inerente.

Neste sentido, resumidamente, aduz que: (i) os fundos de *private equity* têm por objetivo adquirir uma empresa *target* para nela promover uma efetiva reestruturação financeira e administrativa, que melhore sua produtividade, para posterior venda com lucro; (ii) estes fundos fazem uma profunda análise da empresa a ser adquirida, o que exige transparência das informações fornecidas; (iii) a MLGP identificou uma ótima oportunidade de investimento; (iv) não possuía qualquer vínculo com a MLGP; (v) a operação transcorreu de forma transparente, tendo sido divulgados seus fatos relevantes; (vi) a criação da CREMERPAR teve o escopo de facilitar e viabilizar o processo de alienação do seu controle, principalmente pelo fato de àquela época ser uma empresa de capital aberto, o que envolvia o interesse de **investidores minoritários**; (vii) a aquisição do controle pela MLGP, mediante a subscrição de

capital, dependia da concretização das condições precedentes, entre elas, o fechamento do capital; (viii) várias razões (as quais enuncia) justificam o fechamento do capital nestes tipos de operações; (ix) a CVM ratificou que a alienação do bloco de controle configurou efetiva operação entre partes independentes, com efetivo pagamento, na medida em que também para essa operação é obrigatória a realização de uma OPA (para alienação de controle), a qual, no presente caso, ocorreu de forma unificada à outra OPA (para fechamento do capital); (x) a transferência das ações detidas pelos controladores, através da FIPAR e da SZSPAR, bem como das ações detidas pela APPLIED, e o sucesso da realização da OPA, eram, portanto, condições precedentes para que a MLGP aportasse seus recursos; e (xi) o aporte de recursos pela MLGP na CREMER HOLDINGS e não diretamente na CREMERPAR tinha também razões negociais, quais sejam, facilitar a execução de garantias exigidas pela MLGP e por instituições financeiras intermediárias, bem como facilitar os trâmites exigidos pelo BACEN.

Continuando, no mesmo item, a recorrente socorre-se de trecho da doutrina de Marco Aurélio Greco segundo a qual “sempre que o exercício da auto-organização se apoiar em causas reais e não unicamente fiscais, a atividade do contribuinte será irrepreensível e contra ela o Fisco nada poderá objetar”. Ademais, salienta que a operação foi realizada às claras, entre partes não relacionadas, com propósito negocial e que, inclusive, constituiu caso emblemático de sucesso no Brasil acerca da aquisição de controle de companhia aberta por fundos *private equity*. O sucesso da operação também resultou no atendimento à função social da empresa, uma vez que evitou sua falência e possibilitou sua rápida recuperação financeira, administrativa e operacional. Transformou-se de uma empresa familiar em uma sociedade de controle pulverizado, nos moldes das grandes corporações nacionais e internacionais.

No final deste item, a recorrente transcreve segmentos do voto condutor do Acórdão nº 1402-00.802 deste CARF (o conhecido “Caso Santander”) para concluir que: (a) em operações complexas de transferência de controle o “filme inteiro” deve ser analisado; (b) é legítima a constituição de empresas veículos que possibilite a efetiva aquisição do controle por terceiro; e (c) é legítima a incorporação de sociedade controladora por sua controlada com a finalidade de aproveitamento do benefício fiscal da amortização do ágio.

No item “**Da Indiscutível Existência de Ágio Interno Real (Com Causa) no Caso Concreto**” (fls. 1354 a 1373), a recorrente afirma que o fundamento essencial que baseou a decisão recorrida, na questão da glosa dos ágios, foi a constatação de que estes ágios teriam sido gerados na modalidade “interna”, condenada pela orientação contida no item 20.1.7 do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007. Tal documento, na época em que foi editado, visava à convergência com as normas internacionais de contabilidade, a qual não existia quando os ágios foram gerados. A seu favor, aduz que a própria CVM, ao analisar um caso que lhe foi submetido (o da empresa Mahle Metal Leve S/A), acabou relativizando a figura do “ágio interno”, tornando-o uma figura não absoluta nem mesmo para a ciência contábil. Ademais, a orientação da CVM impunha restrição ao ágio interno somente nas demonstrações consolidadas do grupo empresarial e não nas demonstrações individuais das partes relacionadas, uma vez que é dos resultados destas últimas que surgem os efeitos tributários.

Prossegue, no mesmo item, salientando que não há como defender a ideia de ágio interno sem enfrentar o propósito negocial por detrás de toda e qualquer reorganização societária ou operação de compra e venda de participação societária, tal qual a do presente caso. É nesse contexto que a figura dos ágios, de R\$ 9.307.341,21 e de R\$ 60.395.852,04, se materializaram. Complementa que seu caso se insere dentre aqueles que vêm sendo caracterizados como “ágio interno com causa real”. Neste sentido, revela a opinião de alguns

doutrinadores e transcreve segmentos da ementa do Acórdão nº 1101-00.708 deste CARF (o conhecido “Caso Gerdau”).

Nos itens **“Da Subscrição de Ações”** e **“Geração de ágio em Integralização de Capital em Investida com Patrimônio Líquido Negativo: Conseqüência do Desdobramento da Aquisição de Investimento pelo Método de Equivalência Patrimonial – Inexistência de Perda de Capital Imediata”** (fls. 1373 a 1377), repete basicamente as alegações contidas na impugnação, as quais a instância *a quo* resumiu:

- que a verdadeira motivação para o reconhecimento dos Ágios está relacionada com o fato de o patrimônio líquido da IMPUGNANTE estar negativo na data das aquisições, das novas ações, via subscrições e integralizações de capital;

- à época em que a CREMERPAR adquiriu o controle da IMPUGNANTE, esta representava valor de patrimônio líquido negativo de R\$ - 60.395.852,94, e, por óbvio, seu valor patrimonial para fins de aplicação do Método da Equivalência Patrimonial era ‘zero’;

- sob a ótica contábil e econômica, o valor patrimonial das ações de uma companhia com patrimônio líquido negativo, é 'zero', e pelo fato de a mecânica de avaliação de investimento pelo Método da Equivalência Patrimonial não admitir o registro de investimento negativo, em caso de aquisição de ações de companhia, seja na forma de compra e venda ou de subscrição de capital, toda a quantia entregue pelo acionista tem natureza de ágio; (transcreve excerto doutrinário neste sentido, fl. 581 e, ementas de julgados do CARF, fl. 582 e fl. 583).

No item **“Provisão para ‘perda’ ou ‘provisionamento’ do ágio: Inaplicabilidade ao caso concreto da Recorrente”** (fls. 1377 a 1384), da mesma forma que na impugnação, a recorrente invoca argumentos contra uma questão que as próprias autoridades autuantes, apesar de a terem provocado (conforme item 3.1.4 do Termo de Verificação Fiscal acima reproduzido), não levaram em consideração na construção da matéria tributável apontada no lançamento.

No item **“Laudos de Avaliação”** (fls. 1384 a 1386), a recorrente reafirma o que já foi dito no Termo de Verificação Fiscal.

No item **“Glosa de despesas relativas a empréstimos”** (fls. 1386 a 1402), a recorrente inicia sua argumentação alegando nulidade do julgamento proferido na 1ª instância porque o voto condutor da decisão teria se limitado a considerar como “irrelevantes” as questões suscitadas em sua impugnação.

Em seguida, enuncia justificativas econômicas e financeiras pelas quais entende que a DRJ equivocou-se ao fundamentar sua decisão unicamente no fato de que a contratação do empréstimo para a aquisição de suas próprias ações, a serem retidas em tesouraria para posterior cancelamento, seria uma liberalidade da empresa que não reunia os atributos da usualidade, normalidade e necessidade. Nesse sentido, resumidamente, afirma que: (i) apresentava elevado endividamento financeiro antes da reestruturação societária que resultou na sua alienação para a MLGP; (ii) depois dessa reestruturação, sua situação financeira melhorou significativamente; (iii) diante dessa nova realidade operacional, a contratação do empréstimo foi uma decisão estratégica financeira alinhada com as boas práticas da governança corporativa; (iv) para a doutrina financeira, a captação de recursos de terceiros é menos onerosa do que dos próprios sócios; (v) os empréstimos foram celebrados com taxas de juros

muito inferiores à SELIC; (vi) a própria legislação fiscal, no caso dos juros pagos a controladores situados no exterior, estabelece os limites criados com as regras de subcapitalização; (vii) seu nível de endividamento financeiro, após o empréstimo, manteve-se compatível com o verificado em grandes empresas de capital aberto; (viii) a recompra de ações, bem como sua viabilização mediante recursos de terceiros, é uma medida usual e comum dentre as companhias abertas; (ix) caso não reduzisse seu capital, poderia creditar juros sobre o capital próprio ao seu sócio estrangeiro, tomando, da mesma forma, sua dedutibilidade; e (x) as medidas classificadas pela fiscalização como “estranhas” e “inusitadas”, e consideradas como “liberalidade” pela DRJ, foram muito bem sucedidas a ponto de reverter seu resultado financeiro de R\$ 14,2 milhões de prejuízo (em 2004) para R\$ 13,9 milhões de lucro (em 2007).

Ademais, a recorrente traz considerações sobre a impossibilidade de ingerência da fiscalização sobre a forma de gestão da empresa. Assim, alega que a fiscalização não pode adentrar em questões extralegais e definir qual a melhor decisão deve ser tomada pela administração da empresa. Neste sentido, traz à colação extratos de julgados administrativos e judiciais.

Ao fim do mesmo item, trata, ainda, da inaplicabilidade do disposto no artigo 8º do Decreto nº 3.708/19, o qual foi invocado pela fiscalização para amparar sua fundamentação. Aqui a recorrente sustenta que, se tal dispositivo é direcionado às sociedades por quota de responsabilidade limitada, não pode lhe ser aplicado por ela se tratar de uma sociedade anônima de capital fechado.

No item “**Falta de Previsão Legal para Aplicar as Restrições à Dedutibilidade à Base de Cálculo da CSLL**” (fls. 1402 a 1407), repete basicamente as alegações contidas na impugnação, as quais a instância *a quo* resumiu:

- apenas para argumentar, alega a impossibilidade de se cobrar CSLL com base no art. 299 do RIR/99, tendo em vista ser este comando legal endereçado expressamente à apuração da base de cálculo do IRPJ;

- que o disposto no art. 57 da Lei 8.981/95 não determina a possibilidade de aplicação do art. 299 do RIR/99 (fl.625);

- resumindo "as despesas indedutíveis no Lucro Real não são automaticamente indedutíveis também na base de cálculo da CSLL, uma vez que é preciso dispositivo legal específico que obrigue a adição de tais despesas na base de cálculo da CSLL"; neste sentido traz ementas de julgados do extinto CC (fls. 625 a 627) {*Comentário deste Relator: Colacionou no recurso julgados mais recentes do CARF*}.

No item “**Inaplicabilidade de penalidades (Multas de Ofício e Isolada)**” (fls. 1407 a 1410), a recorrente argumenta que no período em que ocorreram as operações de transferência do controle societário (2004) a jurisprudência administrativa considerava válidos os planejamentos que não implicassem ilicitude. Por isso, propõe a aplicação dos conceitos de boa-fé e de proteção à confiança legítima para que sejam afastadas as multas proporcional e isolada. Socorre-se dos ensinamentos de Marco A. Greco e Misabel Derzi, bem como de dispositivo da legislação do IPI que possui intuito semelhante, para amparar sua demanda.

No item “**Inadmissibilidade da Aplicação Concomitante das Multas (de Ofício e Isolada por mesmo Fato)**” (fls. 1412 a 1415), sustenta que a aplicação da multa

proporcional (de ofício) absorve a multa isolada pela falta de recolhimento das estimativas. Neste sentido, reúne alguns julgados desta Casa acerca da conhecida tese.

Nos itens “**Ofensa aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade**” e “**Ofensa aos Princípios da Capacidade Contributiva e da Vedação do Confisco**” (fls. 1415 a 1423), invoca o emprego dos citados princípios para o afastamento das multas aplicadas.

No item “**Multa por falta de recolhimento de IRPJ e CSLL por estimativa mensal: apuração de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa ao final do período base**” (fls. 1423 a 1426), a recorrente alega que, ainda que as multas isoladas por falta de estimativa não sejam canceladas por causa da concomitância, elas deverão sê-lo nos anos-calendário de 2005 e 2007, nos quais foram apurados prejuízos fiscais e base negativas da CSLL. Argumenta que foi somente com a edição do artigo 14 da Lei nº 11.488/07 que a redação do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 passou a permitir a aplicação da multa sobre “o valor do pagamento mensal”. Antes, a redação previa a aplicação sobre a “totalidade ou diferença de tributo ou contribuição”. Assim, quando houvesse prejuízo fiscal ou base negativa no encerramento do exercício, não haveria multa isolada a ser aplicada. Para amparar este entendimento cita julgados da CSRF que decidiram no mesmo sentido.

No último item, “**Selic Sobre a Multa de Ofício**” (fls. 1426 a 1429), aduz que a exigência da SELIC deve ser afastada porque afronta diversos dispositivos legais e constitucionais. Cita, para amparar seu argumento, alguns julgados administrativos.

Ao final, requer a reforma do acórdão recorrido e o cancelamento da exigência fiscal em sua totalidade.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Ricardo Marozzi Gregorio, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

### Das preliminares:

A recorrente alega que houve ofensa ao seu direito de ampla defesa porque as autoridades fiscais fundamentaram as infrações concernentes às glosas dos ágios amortizados com base no artigo 299 ao invés do artigo 386, III, do RIR/99.

Com efeito, o artigo 299 trata da regra geral de dedutibilidade das despesas operacionais, prescrevendo que são aquelas consideradas “necessárias”, “usuais” ou “normais” para as atividades da empresa. Por sua vez, o artigo 386, III, traz a regra específica de dedutibilidade de uma determinada espécie de despesa, qual seja, a amortização do ágio gerado numa aquisição de participação societária, depois de efetuada uma operação de fusão, cisão ou incorporação entre as empresas envolvidas na referida aquisição.

A fiscalização pode não ter inscrito no corpo dos autos de infração uma referência expressa ao artigo 386 (correspondente aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97), porém, na descrição das infrações contida no Termo de Verificação Fiscal, ficou claro que a matéria questionada tratava da amortização do ágio que a recorrente informava estar “lastreada no art. 386 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99”. E, para não deixar dúvidas sobre a relevância desse dispositivo para o exame da questão, as autoridades autuantes chegaram a transcrever o conteúdo do seu inciso III (fls. 476 e 477). Depois, ao discorrer sobre a glosa do ágio referente à aquisição do bloco de controle, mencionaram que “esta parcela do ágio (...) mostra-se indevida para fins da amortização permitida pelo art. 386 do RIR/99, devendo, pois, ser objeto de glosa” (fls. 497).

As autoridades fiscais consideraram que os ágios, tal como formados, não poderiam ser deduzidos em consonância com a regra específica do artigo 386. Por isso, como ressaltou a DRJ, glosaram as despesas que não atendiam aos requisitos gerais de dedutibilidade do artigo 299. Não deixa de ser uma maneira de ver a questão.

O que não se pode alegar é que houve ofensa à ampla defesa. Toda a matéria fática e legal foi extensivamente descrita no Termo de Verificação Fiscal. Tanto foi bem compreendida que a empresa autuada não se esquivou de produzir em suas peças impugnatória e recursal toda a sorte de argumentos que julgou oportunos para defender a amortização de ágios perpetrada como decorrência da incorporação que efetuou sobre sua controladora.

Em relação à outra questão preliminar, tocante à decadência de a fiscalização constituir os créditos tributários referentes às glosas das amortizações dos ágios porque haveria sido superado o interregno de cinco anos entre a sua formação e a data do lançamento, não há o que reparar quanto ao que decidiu a instância *a quo*.

O prazo decadencial para o lançamento de ofício dos tributos sujeitos à sistemática dos chamados “lançamentos por homologação”, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN, é de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador desses tributos. Na hipótese de amortização de ágios, uma nova contagem inicia na data de encerramento de cada período de apuração em que houve a referida amortização e não na data da formação dos ágios.

No presente caso, o IRPJ e a CSLL referentes aos anos-calendário de 2005 a 2009 foram lançados em 09/12/2010. Considerando que o fato gerador do primeiro ano-calendário lançado ocorreu em 31/12/2005, o prazo final somente aconteceria em 31/12/2010.

Nem mesmo se poderia questionar o direito de o Fisco investigar a formação dos ágios. Não há que se confundir a impossibilidade da constituição do crédito tributário por haver decaído o direito de lançar com a possibilidade de verificação das circunstâncias que influenciaram na apuração desse mesmo crédito tributário, ainda que tais elementos estejam vinculados a períodos cujo direito de lançar tenha sido atingido pela decadência.

De fato, nada impede que o Fisco perscrute, a qualquer tempo, os elementos formadores de um crédito tributário ainda não alcançado pela decadência. O limite temporal está fixado no prazo para o Fisco homologar o correspondente pagamento. Desde que dentro deste último prazo, o Fisco pode exigir a comprovação daqueles elementos.

Trata-se de aplicar, a exegese contida no artigo 37 da Lei nº 9.430/96:

*Art. 37. Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.*

Assim, enquanto não decair o direito de o Fisco lançar os créditos tributários referentes ao exercício financeiro em que ocorreu a amortização do ágio, a pessoa jurídica tem o dever de manter os comprovantes da escrituração dos elementos que repercutaram na sua criação.

Portanto, não se pode concordar com as alegadas preliminares.

**Do mérito:**

Antes de enfrentar as questões de mérito propriamente ditas, considero importante fixar algumas premissas, mesmo que breves, para deixar claro como me situo nas discussões sobre o fenômeno dos planejamentos tributários e o aproveitamento de ágios decorrentes de reorganizações societárias.

**Da 1ª premissa - Sobre os planejamentos tributários:**

É cediço que esta Casa, até praticamente a virada do século passado, manteve uma posição bastante firme no sentido de que se as operações engendradas pelos contribuintes fossem conformadas com os trâmites formais previstos no direito privado a autoridade fiscal não poderia desconsiderá-las para efeitos tributários. Somente em caso de simulação, o Fisco estaria autorizado a refutar os atos e negócios praticados com a finalidade de evitar ou reduzir a incidência tributária. Neste sentido, os seguintes julgados da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

IRPJ – "TRADING COMPANY" – SIMULAÇÃO INEXISTENTE. A criação de empresa comercial exportadora, dada como boa pelas autoridades competentes, à luz do Decreto-lei nº 1.248/72, não pode, depois, ser considerada produto de simulação fraudenta, pelas autoridades tributárias, ao fundamento de que objetivava, simplesmente, evasão fiscal ilícita. (*Acórdão CSRF/01-01.101, de 27 de novembro de 1990*)

IRPJ - INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADES - COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS - Incomprovada a ocorrência de simulação na operação de incorporação de uma empresa superavitária por uma deficitária, podem os prejuízos desta serem compensados como os lucros daquela, no futuro, observado o prazo legal, posto não haver vedação legal. Recurso a que se nega provimento. (*Acórdão CSRF/01-01.756, de 17 de outubro de 1994*)

I.R.P.J. – SIMULAÇÃO NA INCORPORAÇÃO – Para que se possa materializar é indispensável que o ato praticado não pudesse ser realizado, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. Se não existia impedimento para a realização da incorporação tal como realizada e o ato praticado não é de natureza diversa daquele que de fato aparenta, isto é, se de fato e de direito não ocorreu ato diverso da incorporação: não há como qualificar-se a operação de simulada. Os objetivos visados com a prática do ato não interferem na qualificação do ato praticado, portanto, se o ato praticado era lícito, as eventuais conseqüências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de evasão ilícita. (*Acórdão CSRF/01-01.874, de 15 de maio de 1995*)



previsão de abuso pode ser presumida se a reorganização societária não for executada por razões comerciais válidas como a reestruturação ou a racionalização das atividades societárias. Outrossim, na diretiva matriz-filial sobre dividendos intersocietários<sup>5</sup>, estipulou-se que a diretiva não impede a aplicação das disposições nacionais ou convencionais necessárias para evitar a evasão ou a elisão. Nesse mesmo tom, o Tribunal de Justiça da União Europeia começava a consolidar sua jurisprudência contrária aos planejamentos tributários abusivos<sup>6</sup>.

Além disso, era também marcante a preocupação com os abusos praticados por reorganizações societárias internacionais, as quais criavam empresas veículos que visavam ao aproveitamento de benefícios conferidos por acordos celebrados para evitar a bitributação, prática que ficou conhecida como *treaty shopping*. Surgiam, então, as cláusulas de “limitação de benefícios” para restringi-los às empresas que comprovassem ter seu capital preponderantemente detido por residentes dos países signatários do acordo. Igualmente, o conceito de “beneficiário efetivo” (ou *beneficial ownership*), inicialmente concebido na lei inglesa antitruste, ganhou tamanha aprovação que passou a contar com a expressa previsão de sua inclusão nos textos dos artigos 10, 11 e 12 dos acordos celebrados com base na Convenção-Modelo da OCDE<sup>7</sup>.

Como se sabe, em 2001, sintonizada com a tendência internacional, a Lei Complementar nº 104 contemplou o nosso Ordenamento com a ideia das normas gerais antielisivas ao introduzir um § único no artigo 116 do CTN, *verbis*:

*Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.*

Para tal desiderato, elegeu o legislador a figura da “desconsideração” dos negócios jurídicos praticados com a finalidade da “dissimulação”. Ademais, condicionou tal providência à observância de “procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

A eleição dos negócios jurídicos praticados com a finalidade da dissimulação remetia ao conceito da simulação relativa e, como já ressaltado, à noção preconcebida de que esses negócios jurídicos só poderiam ser desconsiderados caso fosse detectada a intenção de lesar o Fisco mediante o falseamento ou a manipulação de seus aspectos relevantes. Isso aliado ao fato de que os artigos 13 a 19 da superveniente Medida Provisória nº 66/2002 não foram convertidos em lei, os quais tinham a intenção de especificar os procedimentos para a desconsideração, levou a já referida doutrina ultraformalista a propugnar pela dispensabilidade e pela eficácia limitada da norma geral. Ou seja, malgrado todo o esforço legislativo, para os defensores da primeira fase do debate continuava-se no mesmo patamar de antes.

<sup>5</sup> Cf. artigo 1º, 2, da Diretiva nº 90/435/CEE.

<sup>6</sup> Cf. Caso C-28/95 (“Leur Bloem”) e Caso C-264/96 (“Imperial Chemical Industries - ICI”).

<sup>7</sup> Cf. 1986 OECD Report: Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies.

Em outro prisma, no âmbito do direito privado, a teoria das causas exercia sua influência na configuração dos requisitos de validade dos negócios jurídicos em países como a França, a Itália e a Espanha<sup>8</sup>. A causa ou propósito de um negócio jurídico distingue-se das vontades das partes que o celebram. É que estas têm a ver com os motivos íntimos e pessoais que acionam cada sujeito de direito na realização do negócio, enquanto que a causa ou propósito é inerente à espécie do negócio jurídico tipificado no Ordenamento. Nesta linha de pensamento, Orlando Gomes, dentre os civilistas brasileiros o mais célebre defensor da inclusão da causa como requisito de validade dos negócios jurídicos, exemplificava que a prevenção de riscos é a causa inerente ao contrato de seguros<sup>9</sup>. Se numa situação específica ficar constatado que nunca houve risco a cobrir, a validade do contrato poderia ser questionada por lhe faltar o requisito da causa.

A causa é, desta forma, o propósito, a razão de ser, a finalidade prática que se persegue com um determinado negócio jurídico. Com essa perspectiva, surge a possibilidade de que as partes utilizem uma estrutura negocial para atingir um resultado que não corresponda à causa típica do negócio posto em prática<sup>10</sup>. É o que ocorre quando, por exemplo, mediante um contrato de compra e venda objetiva-se efetuar uma doação. Igualmente, quando por intermédio de um contrato social constitui-se uma sociedade empresária com objeto distinto da causa empresarial, qual seja, em conformidade com os artigos 966 e 982 do Código Civil, o exercício de uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços. Nesses casos, diz-se que há vício na causa do negócio jurídico. Aparece, então, o conceito de simulação orientado pelo vício da causa.

Para Orlando Gomes, na simulação com essa perspectiva, a divergência entre o que querem as partes e o que declaram é produzida deliberadamente<sup>11</sup>. Aqui a causa real (ou dissimulada) prepondera sobre a causa negocial (ou simulada), mas não há falseamento ou manipulação de aspectos relevantes do negócio jurídico. Ocorre uma preponderância da causa prática sobre a causa típica do negócio jurídico prescrito na lei. O saudoso autor sustentava que a causa como requisito de validade dos negócios jurídicos era o instrumento de controle da autonomia privada com vistas à conformá-la às novas exigências sociais dos tempos modernos<sup>12</sup>.

Marco Aurélio Greco chancela essa visão e argumenta que o conceito de simulação estampado no *caput* do artigo 167 do Código Civil (“É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou se válido for na substância e na forma”), ao contrário da noção imediata que diretamente lhe advém, segundo a qual seriam necessários dois negócios jurídicos (o simulado e o dissimulado) para a sua aplicação, pode comportar também a ideia de que bastaria para isso apenas um negócio jurídico único, real, mas simulado (com vício de causa). Como consequência, considerando que as nulidades podem ser alegadas por qualquer interessado (artigo 168) e que os negócios jurídicos nulos não são suscetíveis de confirmação, nem de convalidação pelo decurso do tempo (artigo 169), o Fisco pode, sem necessidade de prévia decretação de nulidade, invocá-la para reputar as operações assim qualificadas como inoponíveis contra si<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Cf. Marciano Seabra de Godoi ..., p. 287; e Luís Eduardo Schoueri, "Direito Tributário". São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 161 a 163.

<sup>9</sup> Cf. Orlando Gomes, "Introdução ao Direito Civil". Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 393.

<sup>10</sup> Cf. Marciano Seabra de Godoi ..., p. 284.

<sup>11</sup> Cf. Orlando Gomes ..., p. 440.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 394 e 395.

<sup>13</sup> Cf. Marco Aurélio Greco ..., pp. 265 a 273.

Marciano Seabra de Godoi trata as duas visões da simulação de modo a existir um conceito restrito, em que os negócios jurídicos estão apenas maculados pelo vício da vontade (doutrina ultraformalista), e um conceito amplo, no qual adiciona-se o vício da causa. Ainda na época dos extintos Conselhos de Contribuintes, constatava este autor uma progressiva mudança na jurisprudência administrativa para dar guarida ao conceito amplo de simulação. Neste sentido, depois de reconfigurar o conceito amplo de simulação como “simulação-elusão” e o conceito restrito, como “simulação-evasão”, o citado autor concluía<sup>14</sup>:

Na prática, o CC-MF passou, portanto, a reconhecer *três* possibilidades (e não *duas* como insiste a visão tradicional da doutrina) de qualificação do planejamento tributário: *elisão lícita e eficaz* (Acórdão 107-07.596), *simulação-dissimulação-elusão* (passível de desconsideração mesmo antes da LC 104 mas não com punição de multa agravada - conclusão do Acórdão 103-21.046) e *simulação-evasão-sonnegação* (passível de desconsideração e de punição com multa agravada - conclusão do Acórdão 101-94.771).

Portanto, o que importa é perceber que a jurisprudência administrativa desta Casa mudou sua orientação no que diz respeito ao enfrentamento dos casos em que ocorrem os chamados planejamentos tributários. De uma postura permissiva unicamente focada na autonomia privada (liberdade, salvo simulação por vício de vontade), partiu para uma posição mais sintonizada com o plano internacional, na qual aquela autonomia é temperada pela análise objetiva do propósito preponderante dos negócios jurídicos engendrados (liberdade, salvo simulação por vício de vontade ou por vício de causa).

Essa mudança teve efeito mesmo sem a edição da lei ordinária reclamada pela norma geral positivada pela Lei Complementar nº 104/01. Tudo foi feito com base na adesão ao conceito amplo de simulação e na possível reinterpretação jurisprudencial do conceito aberto prescrito no Código Civil. Com a mudança do status de “defeito do negócio jurídico”, no Código de 1916, o qual ensejava mera anulação e maiores questionamentos sobre a ação do Fisco, para o status de “hipótese de invalidade do negócio jurídico”, no Código de 2002, o qual enseja a nulidade e sua indubitável inoponibilidade ao Fisco, maior razão emergiu para a consolidação dessa construção jurisprudencial.

Nada obstante a eficácia do reconfigurado conceito de simulação para o tratamento das situações concretas concernentes aos planejamentos tributários, a doutrina recorre a outros conceitos que poderiam também ser utilizados para o enfrentamento do tema. Neste sentido, fala-se na fraude à lei (*frau legis*) e no abuso de direito.

A fraude à lei, a meu ver, pode também ser um eficaz instrumento para confrontar o assunto<sup>15</sup>. Sobretudo, quando se percebe que ela desfruta do mesmo status de “hipótese de invalidade do negócio jurídico” no novo Código Civil (artigo 166, VI). Por outro lado, o abuso de direito parte de pressupostos que me parecem insuperáveis diante da

<sup>14</sup> Cf. Marciano Seabra de Godoi ..., pp. 288 a 290.

<sup>15</sup> Cf. Marciano Seabra de Godoi, "A figura da fraude à lei tributária prevista no parágrafo único do art. 116 do CTN", *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 68, 2001, pp. 101 a 123; e "A figura da fraude à lei tributária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 79, 2002, pp. 75 a 85.

concepção filosófica que adoto para a teorização dos conflitos normativos<sup>16</sup>. Entretanto, este não é o espaço adequado para tais digressões. A exposição supra já é suficiente para os propósitos do presente voto.

**Da 2ª premissa - Sobre o aproveitamento de ágios decorrentes de reorganizações societárias:**

Delineado o fenômeno dos planejamentos tributários e minha adesão à tese de sua inoponibilidade ao Fisco quando formados por negócios jurídicos de propósito preponderantemente marcado pela economia tributária, afigura-me, agora, oportuno investigar a modalidade de planejamento atinente ao presente processo.

A noção de ágio (ou deságio) tem prováveis raízes no conjunto dos instrumentos financeiros que surgiram para dar suporte ao desenvolvimento das atividades comerciais no final da idade média<sup>17</sup>. Mas, no Brasil, sua qualificação jurídica surgiu com o artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77 (artigo 385 do RIR/99), confira-se:

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>16</sup> Cf. Ricardo Marozzi Gregorio, "Preços de Transferência: Arm's Length e Praticabilidade". São Paulo: Quartier Latin, p. 225.

<sup>17</sup> Cf. Eliseu Martins e Sérgio Indicibus, "Ágio Interno - É um Mito?". In: Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos), 4º vol.: São Paulo: Dialética, 2013, pp. 83 e 84.

§ 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.

Em suma, o dispositivo legal determinou que na aquisição de participações societárias que devam ser submetidas ao critério de avaliação denominado método da equivalência patrimonial (MEP) o valor despendido deve ser desdobrado em duas contas no ativo da empresa adquirente: (i) o percentual da participação societária adquirida no patrimônio líquido da investida e (ii) a diferença positiva (ágio) ou negativa (deságio<sup>18</sup>) entre o valor despendido e o valor do item anterior. O ágio assim quantificado deverá ter a indicação do seu fundamento econômico dentre aqueles listados nas alíneas do § 2º do mesmo dispositivo legal. Ademais, os dois primeiros fundamentos devem ser comprovados por demonstrativos, os quais, normalmente, são veiculados na forma de laudos.

Discute-se se existiria uma ordem de preferência ou uma vedação à cumulação na alocação dos fundamentos listados. Neste sentido, renomados autores da ciência contábil tecem severas críticas sobre a forma como o assunto foi disciplinado na lei societária<sup>19</sup>. Contudo, o texto legal foi bastante flexível ao não fazer qualquer restrição quanto ao critério de alocação desses fundamentos. Neste sentido, Luís Eduardo Schoueri conclui que “por mais que se pudesse, utilizando-se lições da Contabilidade, demonstrar que um dos três fundamentos previstos na legislação é preferível, ou que outro é indesejável, nada disso importa diante da decisão do legislador” e que “nada há no texto legal a impedir que haja mais de um fundamento para a contabilização do ágio”<sup>20</sup>.

Até a entrada em vigor das alterações promovidas pela convergência às normas internacionais de contabilidade, o ágio ativado conforme acima determinado deveria ser amortizado em consonância com os critérios estabelecidos na Instrução CVM nº 247/96, os quais resumidamente<sup>21</sup> estabeleciam que:

- a) O ágio fundamentado no valor de mercado de bens do ativo da investida deveria ser amortizado na proporção em que o ativo fosse sendo realizado na investida;
- b) O ágio fundamentado na expectativa de resultados futuros da investida deveria ser amortizado no prazo, extensão e proporção dos resultados projetados (passíveis de verificação anual), no limite máximo de dez anos;

<sup>18</sup> Para não tornar a leitura enfadonha e por serem desnecessárias para a análise do presente caso, as futuras referências à figura do “deságio” serão a partir desse ponto desconsideradas.

<sup>19</sup> Cf. Alessandro Brodel Lopews e Eliseu Martins, "Do Ágio Baseado em Expectativa de Rentabilidade Futura". In: Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos), 3º vol. São Paulo: Dialética, 2012, pp. 51 a 61.

<sup>20</sup> Cf. Luís Eduardo Schoueri, "Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários). São Paulo: Dialética, 2012, pp. 21 e 30.

<sup>21</sup> Esclareça-se que a referida Instrução, sintonizada com as críticas que os contabilistas faziam à disciplina instituída pela lei societária, tratava o ágio fundamentado na expectativa de resultados futuros como sendo o "goodwill", ou seja, a diferença entre o valor despendido na aquisição do investimento e o seu valor patrimonial já acrescido da "mais-valia" correspondente ao valor de mercado dos bens do ativo. Além disso, especificava um critério distinto para a amortização do ágio decorrente da aquisição de concessões públicas.

- c) O ágio não justificado pelos fundamentos anteriores deveria ser reconhecido imediatamente como perda.

Conquanto os critérios acima permitissem a amortização do ágio na apuração do lucro contábil, o artigo 25 do mesmo Decreto-Lei nº 1.598/77 (artigo 391 do RIR/99), elimina seus efeitos na apuração do lucro real, *verbis*:

*Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)*

Tal iniciativa, todavia, ressalva o disposto no artigo 33 daquele Decreto-Lei (artigo 426 do RIR/99). É que quando houver a alienação ou liquidação da participação societária o ágio ativado produzirá seus efeitos fiscais ao compor o custo de aquisição na apuração do ganho ou perda de capital. Veja-se:

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

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

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

O valor do ágio que comporá o custo de aquisição é aquele que foi originalmente ativado. Porém, para evitar que surjam quaisquer dúvidas sobre a necessária segregação dos montantes contabilmente amortizados, a regulamentação administrativa exige seu controle no LALUR. Neste sentido, o § único do artigo 391 do RIR/99 determina que:

*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).*

Uma outra hipótese de o ágio ativado produzir efeitos fiscais ocorre quando há a extinção da participação societária adquirida em eventos de reorganização societária envolvendo as empresas investidora e investida.

Inicialmente, foi o artigo 34 do mesmo Decreto-Lei (artigo 430 do RIR/99) quem disciplinou a questão. Resumidamente, determinou que na fusão, incorporação ou cisão de sociedades em que houver a extinção de participação societária de uma possuída por outra:

- a) se o valor contábil da participação societária extinta excedesse o acervo líquido vertido, avaliado a preços de mercado, haveria perda de capital, podendo ser imediatamente deduzida na apuração do lucro real ou, se o contribuinte preferisse, num prazo máximo de dez anos;
- b) se o acervo líquido vertido, avaliado a preços de mercado, excedesse o valor contábil da participação societária extinta, haveria ganho de capital, devendo ser imediatamente reconhecido na apuração do lucro real ou, se o contribuinte preferisse, diferido conforme os critérios estabelecidos nos §§ 1º e 2º daquele mesmo dispositivo legal.

O valor contábil da participação societária expresso na norma inclui somente a parcela do ágio ainda não amortizado contabilmente pela investidora até o evento que culminou com a extinção daquela participação. Explica-se. É que, diferentemente do que foi previsto pela mesma lei para a hipótese anterior (a do artigo 33), não houve qualquer autorização para que o ágio amortizado na escrituração comercial pudesse ser incluído no conceito de “valor contábil”.

Posteriormente, no âmbito do Programa Nacional de Desestatização - PND - empreendido na década de 90, surgiram os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 (artigo 386 do RIR/99). Esses dispositivos derrogaram parcialmente<sup>22</sup> as normas anteriores que tratavam dos efeitos fiscais do ágio na reorganização societária envolvendo as empresas investidora e investida. Confira-se:

*Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:*

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

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

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

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

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

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

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

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

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

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

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

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

- a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;*
- b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.*

Destarte, o tratamento fiscal do ágio nos eventos de fusão, incorporação ou cisão de sociedades em que uma absorver o patrimônio da outra passou a ser disciplinado de acordo com o fundamento econômico escolhido na sua geração. Sucintamente:

- a) O ágio fundamentado no valor de mercado de bens do ativo da investida deverá integrar o valor contábil dos respectivos bens para fins de futura depreciação, amortização, exaustão ou composição do custo na apuração de eventual ganho ou perda de capital;
- b) O ágio fundamentado na expectativa de resultados futuros da investida poderá ser amortizado no prazo mínimo de cinco anos, respeitada a razão máxima de 1/60 por mês;
- c) O ágio não justificado pelos fundamentos anteriores deverá permanecer em conta do ativo permanente, não sujeita à amortização, para aproveitamento futuro na composição do custo na apuração de eventual ganho ou perda de capital.

É de se notar que a norma não faz referência expressa quanto ao fato de estar tratando da parcela ainda não amortizada. Por outro lado, também não o faz quanto à integralidade do ágio originalmente formado. Contudo, por motivos lógicos e sistemáticos, há que se prestigiar a interpretação segundo a qual a norma só pode estar se referindo à parcela do ágio ainda não amortizado contabilmente pela investidora até o evento que culminou com a extinção daquela participação.

É que a racionalidade da norma está em permitir, depois da reunião do investimento com o patrimônio investido, que o ágio pago possa ser deduzido com a concretização dos benefícios que o motivaram. Mas, esclareça-se, só a parcela do ágio correspondente aos benefícios que ainda restam ser concretizados após a ocorrência da nova configuração patrimonial prevista na norma. Conseqüentemente, tratando-se do ágio fundamentado no valor de mercado de bens do ativo da investida, a amortização deve ocorrer na medida em que esses bens sejam realizados. Por sua vez, tratando-se do ágio fundamentado na expectativa de resultados futuros da investida, a amortização deve ocorrer no ritmo da geração dos lucros esperados, respeitada a razão máxima estabelecida. Se houve parcelas dos bens já realizadas ou dos lucros já gerados antes da reunião do investimento com o patrimônio investido, não faz sentido querer transportar as correspondentes parcelas de ágios já amortizadas para a nova configuração patrimonial. A conta que registra o bem (no caso dos bens já realizados) ou a conta de ativo diferido (no caso dos lucros já gerados) deverá representar o valor do ativo existente no momento da nova configuração patrimonial.

Uma questão de suma importância para a qualificação dos planejamentos tributários inseridos neste contexto é saber se o tratamento da matéria disciplinado pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 constituiu ou não um benefício fiscal diante do tratamento anteriormente conferido pelo artigo 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77. A argumentação contrária ao reconhecimento do benefício fiscal é fundada na constatação de que a nova disciplina não mais permite o aproveitamento imediato do ágio (como visto, a parcela ainda não amortizada contabilmente na investidora) no evento que extingue a participação societária, mas, sim, exige seu diferimento para eventos futuros diversificados conforme a fundamentação econômica adotada na sua geração. Afinal, se uma despesa podia ser imediatamente aproveitada e surge uma nova lei que posterga seu aproveitamento, onde estaria o benefício fiscal?

Esse raciocínio, defendido inclusive por autores de escol<sup>23</sup>, iria contra todo um pensamento comum que se formou em torno do conteúdo normativo veiculado nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Como já apontado, eles foram editados no âmbito do PND, criado para estimular a privatização das empresas públicas, na década de 90. O que mais se ouvia falar sobre tal conteúdo é que ele constituía um verdadeiro incentivo fiscal para a criação de empresas ou consórcios de empresas nacionais com o objetivo de poderem participar dos leilões de privatização.

Em favor da ideia segundo a qual o novo regramento trouxe, de fato, um benefício fiscal, o Conselheiro Antonio Carlos Guidoni Filho expressou opinião divergente em seu voto vencedor num recente julgamento proferido nesta mesma Turma. Pelo brilhantismo da explanação, vale a pena reproduzir o seguinte trecho daquele voto (*Acórdão nº 1102-000.873, de 11 de junho de 2013*):

Antes da Lei n. 9.532/97, o ágio somente produziria efeitos fiscais na hipótese de alienação, liquidação ou extinção do investimento por incorporação, fusão ou cisão, influenciando a determinação do ganho de capital. No caso de extinção por incorporação, fusão ou cisão, assim dispunha o art. 34 do Decreto n. 1.598/77, *verbis*:

(...)

Especificamente no que tange à extinção do investimento por incorporação, fusão ou cisão, na vigência da legislação acima referida, seria considerado dedutível apenas a perda de capital correspondente à “*diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado*” (sic art. 34 do DL 1.598), que poderia ser deduzido de uma vez só ou como ativo diferido em 10 anos.

Esquemmatizando, pode-se dizer que  $VDP = VC - VALPM$ , onde VDP é o valor a deduzir como perda, VC é o valor contábil registrado na investidora e VALPM é o valor do acervo líquido avaliado a preço de mercado.

Exemplificando: uma empresa que possui patrimônio líquido (acervo líquido) de 50(PL) é adquirida por outra pelo preço de 120. Nesse caso, a investidora registrará investimento avaliado pelo PL de 50 e ágio sobre investimento de 70, e conseqüente valor contábil de investimento de 120 (VC). Se este investimento for ulteriormente incorporado, poder-se-á vislumbrar um dos seguintes resultados:

**Hipótese 1º) VALPM igual** ao valor do próprio investimento avaliado pelo PL, isto é, de  $VALPM = 50$ , no exemplo acima.

Assim ficará a equação:  $VDP = 120 - 50$  ou  $VDP = 70$ . Portanto, a perda de capital dedutível será de 70, que, no exemplo, corresponde exatamente ao valor do ágio pago.

**Hipótese 2º) VALPM superior** ao valor do próprio investimento avaliado pelo PL e inferior ao VC, isto é,  $VALPM > 50$  e  $< 120$ , por exemplo, de 80.

Nesse caso o resultado é  $VDP = 120 - 80$  ou  $VDP = 40$ . Ou seja, na hipótese o valor dedutível como perda é menor que o valor do ágio pago.

**Hipótese 3º) VALPM igual ou superior** ao valor de VC, isto é,  $VALPM \geq 120$ . Neste caso o resultado é  $VDP = 120 - 120$ , ou seja,  $VDP = 0$ .

Nesse caso não haverá valor a ser deduzido como perda.

Com a devida vênia, pois, é equívoco afirmar que sob a égide da legislação anterior o ágio pago era dedutível, pois somente poderia ser deduzida a perda de capital apurada segundo a fórmula acima mencionada que levava em consideração duas variáveis: o valor contábil registrado na investidora (VC) e o valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado (VALPM). O valor a deduzir poderia ser igual ou inferior ao ágio, ou até mesmo ser inexistente.

Apenas para contextualizar, imagine-se o ambiente de empresas listadas em bolsa, como a Telebrás e controladas. Numa realidade em que estas empresas estão obsoletas e sob o regime de monopólio estatal, o valor das ações em bolsa, que serve para determinar o VALPM, provavelmente refletirá ao valor do patrimônio líquido (pode ser mais ou menos). O que aconteceria num ambiente em que o poder estatal anunciasse a privatização destas empresas?

Naturalmente, o valor das ações aumentaria, aumentando, por conseguinte, o VALPM, isto é, o valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado.

Dependendo do momento e da oscilação do mercado, todo o valor do ágio que fosse pago na aquisição desse investimento estatal poderia se tornar indedutível, da noite para o dia. **Ou seja, o modelo previsto no artigo 34 do Decreto n. 1.598/77 colidia frontalmente com os interesses do próprio Governo Federal de fomentar as privatizações e obter lances maiores para a venda das ações.**

A Lei n. 9.532/97 inova por dar tratamento específico e mais benéfico para quem pagou o ágio nos casos específicos de extinção da participação societária por incorporação, fusão ou cisão. Restou garantido ao investidor que a dedutibilidade seria do valor integral do ágio que foi pago, sem qualquer variável negativa como existia no modelo da legislação anterior.

Não há dúvida, pois, que a Lei n. 9.532/97 foi mais um elemento que serviu para incentivar os casos de privatização, garantindo-se aos investidores que o ágio pago, todo ele, fundando em rentabilidade futura, seria deduzido.

Fica claro, então, que a argumentação contrária à ideia do benefício fiscal concentra seu raciocínio no ágio aproveitado, mas se esquece que a regra anterior tratava da perda (ou ganho) de capital auferido a partir de uma outra variável, qual seja, o acervo líquido vertido a preços de mercado. Este, como bem lembrado pelo ilustre Conselheiro Guidoni, pode variar ao sabor das oscilações do mercado. E num contexto em que se espera a injeção de recursos na empresa investida o normal é que o mercado reflita de forma positiva no valor daquele acervo.

Portanto, com todo o respeito às posições divergentes, sigo com o entendimento segundo o qual os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 constituíram verdadeiro benefício fiscal no tratamento da matéria.

Tratando-se de benefício fiscal, diria que sua natureza é de uma isenção. Como explica Paulo de Barros Carvalho, a isenção atua no próprio campo normativo. A regra de isenção subtrai parte do campo de abrangência do antecedente ou do consequente da regra-matriz de incidência, mutilando, parcialmente, um ou mais dos seus critérios<sup>24</sup>.

Nessa trilha, quando a lei permite a amortização do ágio que no regramento anterior poderia ser absorvido pela versão de um acervo líquido superavaliado, nada mais faz do que mutilar, parcialmente, o critério da base de cálculo da regra-matriz de incidência.

Por tratar-se de isenção, há que se lembrar o que determina o artigo 111 do CTN, *verbis*:

*Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:*

(...)

*II - outorga de isenção;*

A regra-matriz de incidência é o resultado do trabalho interpretativo de um conjunto de enunciados veiculados nos textos legais. Há diversas técnicas legislativas para conformar o campo de incidência. A isenção nada mais é do que uma dessas técnicas, por meio da qual, algum aspecto de uma predefinição genérica daquele campo é mutilado. Entretanto, se o legislador opta por essa técnica, o CTN exige uma interpretação literal dos seus enunciados para a produção da regra-matriz.

Não há que se confundir a exigência de interpretação literal das regras que outorgam isenções com a concepção formalista da primeira fase do debate sobre os planejamentos tributários. A exigência de literalidade opera na formação da norma. É o mundo das ideias. O intérprete define com maior rigor as circunstâncias normativas estabelecidas nos enunciados que veiculam as regras de isenção. Por exemplo, define com maior rigor os contornos dos negócios jurídicos contidos nestes enunciados.

A concepção formalista, por sua vez, opera no mundo dos fatos. Segundo seus defensores, a situação fática não se subsume na regra-matriz porque o contribuinte formalizou negócio jurídico distinto do que está previsto nos enunciados dos textos legais. O Fisco, por outro lado, discorda dessa interpretação dos fatos. Para este, aquele negócio jurídico está maculado pelo vício da causa e a situação fática, na verdade, se subsume no negócio jurídico contido na regra-matriz.

Assim, de tudo que foi dito, conclui-se que não há espaço para um alargamento da isenção além das situações expressamente previstas em lei. Não é possível, portanto, interpretar os comandos legais de modo que a amortização do ágio ocorra fora dos exatos parâmetros idealizados pelo legislador.

Registre-se, contudo, que a matéria sofrerá profundas alterações para os fatos geradores futuros se o conteúdo da recente Medida Provisória nº 627, de 11 de novembro de 2013, for efetivamente convertido em lei.

### **Da glosa das amortizações dos ágios:**

Com essas premissas em mente, quais sejam, a inoponibilidade ao Fisco dos planejamentos formados por negócios jurídicos de propósito preponderantemente marcado pela economia tributária e a impossibilidade de uma interpretação extensiva das hipóteses expressamente previstas em lei para a amortização do ágio, já se pode enfrentar a principal matéria do presente caso.

Inicialmente, cumpre distinguir as duas modalidades de ágio que foram contabilizadas e glosadas pela fiscalização: o ágio referente à aquisição do bloco de controle, no valor total de R\$ 9.307.341,21, e o ágio referente às integralizações para aumento de capital, no valor total de R\$ 60.395.852,04.

**Quanto ao ágio referente à aquisição do bloco de controle**, importa identificar como se deu a formação do ágio que foi amortizado.

Relata a fiscalização que os acionistas controladores do grupo empresarial, num primeiro momento, transferiram suas participações societárias na CREMER S/A (que incluía também a Plásticos Cremer S/A) para três empresas (FI Par, SZS Par e Applied) que passaram a constituir o chamado bloco de controle. Num segundo momento, foi o bloco de controle quem transferiu as mesmas participações societárias para a empresa CREMERPAR e, em substituição, recebeu participações nesta última. Ocorreu uma mudança na titularidade da participação na CREMER S/A: saiu do bloco de controle e foi para a CREMERPAR. Ato contínuo, foi gerado o ágio de R\$ 9.307.341,21 na CREMERPAR pela aquisição da participação na CREMER S/A.

Nesse ponto, é de se recordar a questão fundamental que orienta a oponibilidade dos planejamentos tributários ao Fisco: o propósito do negócio jurídico é preponderantemente marcado pela economia tributária? Para que fique claro, o negócio jurídico em análise é a operação de substituição da participação societária no grupo de controle. Então, reformulando a questão, pergunta-se: essa operação teve o propósito preponderante de gerar o ágio para futuro aproveitamento?

O que se constata das provas trazidas aos autos é que a CREMERPAR, antes mesmo de nascer, já tinha um destino final traçado: ser incorporada pela CREMER S/A para que essa pudesse aproveitar os supostos benefícios fiscais da futura reestruturação. Neste sentido, vale a pena novamente reproduzir o trecho do “Fato Relevante” transcrito pela fiscalização:

"Após a realização da OPA, pretende-se que o processo do ajuste da estrutura de capital da Companhia seja concluído mediante a capitalização dos recursos aportados pela Newco, **bem como a incorporação da Newco pela Companhia**, a fim de que a Companhia possa **aproveitar o benefício fiscal a ser gerado na transação.** [...]"

Não se discute aqui, como fez a fiscalização, a existência de uma justificativa para a criação da CREMERPAR (a referida “Newco”). Afinal, a recorrente deixou bem claro seu importante papel na viabilização da OPA. O que se questiona é a sua utilização como veículo para a geração de um ágio mediante a mera substituição de ações no bloco de controle.

Nem há que se invocar que havia a exigência, para a consecução do negócio por parte da MLGP, de que as empresas que anteriormente detinham o bloco de controle compartilhassem com ela sua participação no grupo CREMER em uma só empresa. Se isso é verdade, ao final, tal empresa acabou se revelando a Cremer Holdings LLC, residente nos Estados Unidos. Não há razão preponderante para que a substituição da participação societária do bloco de controle na CREMER S/A envolvesse a CREMERPAR se poderia ser feita diretamente com a Cremer Holdings LLC, a não ser a geração do ágio em empresa residente no País, o qual se pensava, evitando a necessidade de uma incorporação internacional, que poderia ser posteriormente aproveitado.

A recorrente alega que não se trata de ágio interno, que não houve artificialidade na reestruturação societária e que houve efetiva aquisição do controle por parte da MLGP. Não importa! A operação de substituição da participação societária, gerando o ágio na CREMERPAR, é suficiente para macular o planejamento, mesmo que anteriormente tivesse sido gerado um ágio, numa aquisição pretérita, realizada mediante efetivo pagamento (o que poderia ter acontecido quando a MLGP adquiriu sua participação societária na CREMERPAR, via Cremer Holdings LLC, gerando ágio nesta última, contudo, se isso aconteceu, nem consta dos autos).

Alguém replicaria que só se está focando numa parte do planejamento. Esse, aliás, mais um argumento trazido pela recorrente. E que Marco Aurélio Greco, em sua obra de referência sobre o tema, manda olhar o “filme” como um todo<sup>25</sup>.

Nada obstante, poucas linhas atrás dissemos que em matéria de isenção, como é o caso da amortização do ágio, não há espaço para alargamento das situações expressamente previstas em lei. Por oportuno, repita-se a transcrição do artigo 7º, *caput*, e do artigo 8º, alínea “b”, da Lei nº 9.532/97:

*Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (grifei)*

(...)

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

(...)

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

Se a lei falou que o ágio a ser amortizado é aquele surgido na aquisição da participação societária detida por uma das pessoas envolvidas na incorporação, não se poderá querer estender a interpretação do comando legal para o ágio surgido numa aquisição pretérita à expressamente mencionada sob pretexto de que se trata do mesmo ágio. Tanto são diferentes que teriam sido gerados em “aquisições” diferentes. Na pretérita, a aquisição das ações da CREMERPAR em troca de pagamento, na posterior, a aquisição das ações da CREMER S/A em troca da emissão de ações pela CREMERPAR.

E isso é importante. Não se trata de transferência do ágio. Cada “aquisição” gera um novo ágio. A transferência ocorre quando, numa operação de reorganização societária, o investimento adquirido com ágio é vertido para outra empresa. O investimento e o ágio são absorvidos pelo patrimônio desta outra empresa e o fundamento econômico do ágio se mantém intacto no patrimônio da investida que não participou da reorganização. Outrossim, ocorre transferência, mas não do ágio, e, sim, do item do ativo diferido passível de amortização, quando a reorganização societária resulta na versão deste item do ativo para o patrimônio de outra empresa. Assim, não foi transferência o que ocorreu, mas, a geração de um novo ágio.

Portanto, sou pela manutenção da autuação na parte que glosou a amortização do ágio referente à aquisição do bloco de controle.

**Com relação ao ágio referente às integralizações para aumento de capital, cumpre novamente iniciar por perquirir como se deu a sua formação.**

Relata a fiscalização que o equivalente a R\$ 60.395.852,04 do total de recursos aportados pela MLGP e direcionados para a CREMER S/A, via CREMERPAR, a título de subscrição de ações, foi contabilizado como ágio porque o patrimônio líquido da empresa investida (a CREMER S/A) encontrava-se negativo exatamente nesse montante. Para as autoridades fiscais, quando uma empresa já detém o controle da outra (como era o caso da CREMERPAR em relação à CREMER S/A), e passa a fazer aporte de recursos, ainda que efetivos, isto não dá ensejo à formação de ágio. Ademais, afirma que a natureza da subscrição de capital efetuada em empresa investida com patrimônio líquido negativo é de perda, prejuízo, e não de ágio. Para corroborar ambos os entendimentos cita trechos do *Manual de Contabilidade da FIECAFI*.

A recorrente, por sua vez, alega que, pelo fato de a mecânica do MEP não admitir registro de investimento negativo, toda a quantia entregue pelo acionista tem natureza de ágio na aquisição de ações.

Perceba-se que esta situação é diferente daquela em que uma empresa gera ágio na subscrição de ações adquiridas por valor superior ao seu nominal. Esta hipótese só seria permitida se a subscrição pelo valor nominal não fosse autorizada devido ao efeito da diluição que causaria nas participações dos acionistas não subscritores. Como à época da subscrição a CREMERPAR já detinha o total controle da CREMER S/A, não haveria possibilidade de que tal efeito fosse verificado e, portanto, o ágio teria sido indevidamente formado. Tal hipótese foi levantada pela fiscalização, mas, como dito, a situação aqui é outra.

Em sede de memoriais, a recorrente apresenta parecer do Professor Eliseu Martins que bem esclarece a questão. O ilustre coautor do *Manual da FIPECAFI* explica que as autoridades fiscais se equivocaram no entendimento acerca dos trechos do referido *Manual* que sustentaram sua opinião.

É que a natureza de perda adotada pela fiscalização se aplica quando a empresa investidora já era, ela própria, detentora da participação societária na investida na época da obtenção dos prejuízos. Neste caso, a investidora reconhece o prejuízo da investida até zerar a sua conta da equivalência patrimonial. Depois desse ponto, dependendo da obrigação ou intenção da investidora em se responsabilizar perante terceiros pelo patrimônio líquido negativo da investida, ela poderá ou não continuar reconhecendo o prejuízo da investida. Se não continuar, ela pára de reconhecer a equivalência patrimonial porque ninguém perde mais do que investiu nessas circunstâncias. Mas, se ela continuar reconhecendo o prejuízo da investida, o fará como perda consubstanciada no resultado mediante provisão para futuros desembolsos. Entretanto, como no presente caso os prejuízos da investida foram obtidos numa época em que a participação societária era detida por outras investidoras, a perda poderia ter sido reconhecida por estas e não pela nova investidora. Se não foi assim, se essa nova investidora (a CREMERPAR) apenas efetuou investimentos na própria investida (a CREMER S/A) para lhe recuperar o patrimônio líquido, terá incorrido num ágio por conta de resultados futuros em que acreditou.

Assim, foi correta a contabilização do ágio na CREMERPAR até o limite em que o patrimônio líquido da CREMER S/A passou a ser positivo, quando, a partir de então, o aporte que o excedeu passou a ser contabilizado como investimento.

O que pode ser invocado em favor da autuação é a utilização da CREMERPAR como veículo para a geração do ágio uma vez que ela seria posteriormente incorporada. Volta, então, a questão fundamental: o propósito do negócio jurídico é preponderantemente marcado pela economia tributária? O negócio jurídico em análise, agora, é a operação de subscrição de ações pela CREMERPAR. Novamente, reformulando a questão, pergunta-se: essa operação teve o propósito preponderante de gerar o ágio para futuro aproveitamento?

É o que parece! Mais uma vez, repisamos que a CREMERPAR já tinha seu destino final traçado, qual seja, ser incorporada pela CREMER S/A. Não se discute a justificativa da sua criação, mas sua utilização como veículo para a geração do ágio.

Não há razão preponderante para que a subscrição de ações na CREMER S/A envolvesse a CREMERPAR se poderia ser feita diretamente pela Cremer Holdings LLC, a não

ser a geração do ágio em empresa residente no País, o qual se pensava, evitando a necessidade de uma incorporação internacional, que poderia ser posteriormente aproveitado.

Isso, de maneira nenhuma, pode ser contradito pelas razões negociais alegadas pela recorrente para que tenha havido o aporte de recursos pela MLGP na CREMER HOLDINGS e não diretamente na CREMERPAR, quais sejam, facilitar a execução de garantias exigidas pela MLGP e por instituições financeiras intermediárias, bem como facilitar os trâmites exigidos pelo BACEN. É que tais razões poderiam até se mostrar preponderantes para a canalização dos recursos por intermédio da CREMER HOLDINGS, mas, não, pela CREMERPAR.

Diferentemente do que ocorreu com os investimentos envolvidos no âmbito do Programa Nacional de Desestatização da década de 90, que motivou a criação do benefício fiscal da amortização do ágio, não se vislumbra aqui a necessidade de canalização dos investimentos numa empresa ou consórcio de empresas nacional que tem a incumbência de fazer a aquisição da participação societária através de leilões de privatização de empresas públicas. Outrossim, não se vislumbra, como ocorreu no caso do ágio cuja amortização foi aceita pela fiscalização, a necessidade de canalização dos investimentos numa empresa que tem a incumbência de fazer a aquisição da participação societária dos acionistas minoritários num leilão de oferta pública de aquisição de ações.

A operação de subscrição de ações, gerando o ágio na CREMERPAR, é suficiente para macular o planejamento, mesmo que anteriormente tivesse sido gerado um ágio, numa aquisição pretérita, realizada mediante efetivo pagamento (o que poderia ter acontecido quando a MLGP subscreveu ações na CREMERPAR, via Cremer Holdings LLC, gerando ágio nesta última, contudo, se isso aconteceu, também não consta dos autos).

Novamente, não se trata de ver apenas uma parte do “filme”. Se a lei falou que o ágio a ser amortizado é aquele surgido na aquisição da participação societária detida por uma das pessoas envolvidas na incorporação, não se poderá querer estender a interpretação do comando legal para o ágio surgido numa aquisição pretérita à expressamente mencionada sob pretexto de que se trata do mesmo ágio. Tanto são diferentes que foram gerados em “aquisições” diferentes. Na pretérita, a aquisição das ações da CREMERPAR em troca de pagamento, na posterior, a aquisição das ações da CREMER S/A em troca de pagamento.

Portanto, mantenho também a autuação na parte que glosou a amortização do ágio referente às integralizações para aumento de capital.

### **Da glosa de despesas relativas a empréstimos:**

Essencialmente, a recorrente combate a autuação porque esta teria entrado no mérito de questões econômicas e financeiras da empresa para considerar que uma decisão administrativa desta última, qual seja, a contratação de empréstimo com a finalidade de recompra de suas próprias ações, seria uma liberalidade que não reúne os atributos de usualidade, normalidade e necessidade exigidos para a dedutibilidade das despesas financeiras incorridas. Ademais, insurge-se contra o voto condutor da decisão recorrida, arguindo sua nulidade, por ter se limitado a considerar irrelevantes seus argumentos, *verbis*:

Irrelevante a questão trazida na impugnação, ao efetuar comparações entre dedutibilidade de juros de capital próprio e de despesas ou não com a aquisição de ações próprias, assim como certos argumentos a cargo da autoridade autuante, se não adequados à situação posta, não se pode concluir que os mesmos teriam a intenção de ingerência em assuntos gerenciais da empresa. São temas que podem suscitar debates acadêmicos, mas o fato é que é uma **opção** da empresa a aquisição de suas próprias ações e se o faz por meio de financiamento bancário, incabível a dedutibilidade dos encargos financeiros pertinentes, por tal operação não reunir atributos de usualidade e normalidade, além de não ser necessária à fonte produtora dos rendimentos.

A recorrente apresenta, em sede de memoriais, parecer do Professor Francisco Anuatti Neto no qual este explica que pode ser uma boa decisão estratégica, do ponto de vista econômico, a reformulação da estrutura de capital de uma empresa que substitua parte do capital próprio por endividamento perante terceiros. No contexto do ano de 2004, quando a empresa apresentava uma razão entre exigível de longo prazo e patrimônio líquido inferior a 15%, a decisão tomada aumentou essa razão para 68% em 2005, ainda bem inferior à paridade. Assim, conclui o professor, a recompra de ações teria sido, sim, uma decisão recomendável e legítima na busca de uma estrutura de capital mais equilibrada.

Parece que assiste razão à recorrente. Não vejo como questionar a “necessidade” de uma decisão administrativa da empresa quando existem razões econômicas que podem apontar para a sua conveniência. Como demonstrado no recurso, há evidências de que grandes companhias abertas, mesmo públicas, promovem a recompra de suas ações com recursos de terceiros.

Note-se que a situação é diferente daquela na qual uma empresa toma empréstimos na rede bancária e os repassa a empresas interligadas sem a cobrança do correspondente encargo financeiro. Nestes casos, o CARF tem decidido pela indedutibilidade das despesas financeiras incorridas com os empréstimos bancários. Aqui, diversamente, a recorrente tem uma contrapartida, que é a redução do seu capital, com o repasse dos valores tomados como empréstimo.

Além disso, a fiscalização usou como argumento para sustentar o lançamento uma condição contida no artigo 8º do Decreto nº 3.708, de 1919, segundo a qual haveria a exigência de que as sociedades ali referidas possuíssem “fundos disponíveis” para “adquirir quotas liberadas”. Sem contar a ressalva da própria fiscalização, ao reconhecer que o dispositivo se refere a sociedades limitadas, quando a empresa autuada era à época dos fatos uma sociedade anônima de capital fechado, não há razões convincentes para acreditar que as expressões destacadas possam ser aplicadas à recompra das próprias ações com recursos obtidos perante terceiros.

Consequentemente, dou razão à recorrente para afastar a glosa de despesas relativas à empréstimos. E com isso, amparado no § 3º, do artigo 59, do PAF, considero despicienda a discussão sobre a nulidade da decisão recorrida suscitada no recurso.

**Da extensão das restrições da dedutibilidade à CSLL:**

A recorrente contesta a autuação, na parte referente à CSLL, porque entende que o artigo 299 do RIR/99 (artigo 47, §§ 1º e 2º, da Lei nº 4.506/64), invocado pela fiscalização para corroborar as infrações imputadas, só se aplica ao IRPJ. Vale a pena reproduzi-lo:

*Art. 47. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e a manutenção da respectiva fonte produtora.*

*§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.*

*§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.*

Nada obstante, não se pode entender que esse preceito não se aplica à CSLL por ter sido editado numa época que ainda não existia essa contribuição. Isso porque o comando que consolidou a questão da dedutibilidade em matéria de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, o artigo 13 da Lei nº 9.249/95, foi categórico ao ressaltar aquele dispositivo legal. Por oportuno, reproduzo seu conteúdo:

*Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964: (grifei)*

Neste mesmo sentido, a Câmara Superior de Recursos Fiscais já manifestou seu entendimento segundo o qual as regras do artigo 47 da Lei nº 4.506/64 aplicam-se também à CSLL. Confira-se:

**CSSL. DESPESAS DESNECESSÁRIA. NÃO DEDUTIBILIDADE.**

Se fosse para manter o art. 47 da Lei nº 4.506/64 aplicável apenas para o IRPJ, não necessitava o legislador fazer referência a ele no caput do art. 13 da Lei nº 9.249/95, mesmo porque, ao vedar a dedutibilidade de algumas despesas, não estaria a regra do art. 13 derogando a norma de caráter principiológico do art. 47. Fica, clara, a intenção do legislador de submeter a CSLL às disposições do art. 47 da Lei nº 4.506/64. (Acórdão nº 9101-01.312, de 24/04/2012)

Portanto, diferentemente do que pensa a recorrente, os conceitos de despesas “necessárias”, “usuais” e “normais” se aplicam tanto ao IRPJ como à CSLL.

Ademais, com relação à dedutibilidade de despesas de amortização, existe a vedação expressa tanto para a base de cálculo do IRPJ quanto para a da CSLL no inciso III do já citado artigo 13 da Lei nº 9.249/95. Confira-se:

*Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964: (grifei)*

(...)

*III - de despesas de depreciação, amortização, manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, seguros e quaisquer outros gastos com bens móveis ou imóveis, exceto se intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços;*

Trata-se de uma vedação de caráter geral que incide sobre os fatos examinados uma vez afastada a aplicabilidade das amortizações autorizadas conforme os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Destarte, não há razão para exonerar a parte referente à CSLL na autuação.

### **Das multas aplicadas:**

**Quanto à alegação de que as multas aplicadas deveriam ser afastadas porque a jurisprudência considerava válidos os planejamentos tributários no período em que ocorreram as operações de transferência do controle societário (2004) e que, neste sentido, deveriam ser prestigiados os conceitos da boa-fé e proteção à confiança legítima, bem como os princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, há que se rechaçar, de pronto, tais argumentos.**

É que a atuação administrativa deve ser pautada pelas normas estabelecidas pela lei. A competência desta Casa está circunscrita a verificar os aspectos legais dessa atuação. Quanto a isso, vale a pena transcrever o que dispõem o artigo 62 do Anexo II do RICARF e a Súmula CARF nº 2:

*Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (grifei)*

*Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Nada obstante, **relativamente à concomitância das multas**, sigo o entendimento majoritário da Câmara Superior de Recursos Fiscais que rejeita a aplicação simultânea da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concernente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano-calendário. Isso porque o não pagamento das estimativas é apenas uma etapa preparatória da execução da infração. Como as estimativas caracterizam meras antecipações dos tributos devidos, a concomitância significaria dupla imposição de penalidade sobre a mesma infração, qual seja, o descumprimento de uma obrigação principal de pagar tributo.

Nesse sentido, pela clareza da argumentação empreendida, peço vênias para reproduzir trecho, conquanto extenso, do voto proferido pela ilustre Conselheira Karem Jureidini Dias no julgamento realizado em 15/08/2012 (*Acórdão nº 9101-01.455*):

#### A MULTA ISOLADA POR NÃO RECOLHIMENTO DAS ANTECIPAÇÕES

A multa isolada, aplicada por ausência de recolhimento de antecipações, é regulada pelo artigo 44, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 9.430/96, *verbis*<sup>26</sup>:

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

*(...)*

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

*(...)*

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

A norma prevê, portanto, a imposição da referida penalidade quando o contribuinte do IRPJ e da CSLL, sujeito ao Lucro Real Anual, deixar de promover as antecipações devidas em razão da disposição contida no artigo 2º da Lei nº 9.430/96, *verbis*:

<sup>26</sup> Redação Original:

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

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

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

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

*§1º O imposto a ser pago mensalmente na forma deste artigo será determinado mediante a aplicação, sobre a base de cálculo, da alíquota de quinze por cento.*

*§2º A parcela da base de cálculo, apurada mensalmente, que exceder a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ficará sujeita à incidência de adicional de imposto de renda à alíquota de dez por cento.*

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

*§4º Para efeito de determinação do saldo de imposto a pagar ou a ser compensado, a pessoa jurídica poderá deduzir do imposto devido o valor:*

*I - dos incentivos fiscais de dedução do imposto, observados os limites e prazos fixados na legislação vigente, bem como o disposto no § 4º do art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995;*

*II - dos incentivos fiscais de redução e isenção do imposto, calculados com base no lucro da exploração;*

*III - do imposto de renda pago ou retido na fonte, incidente sobre receitas computadas na determinação do lucro real;*

*IV - do imposto de renda pago na forma deste artigo.”*

A natureza das antecipações, por sua vez, já foi objeto de análise do Superior Tribunal de Justiça, que manifestou entendimento no sentido de considerar que as antecipações se referem ao pagamento de tributo, conforme se depreende dos seguintes julgados:

*“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. CSSL. RECOLHIMENTO ANTECIPADO. ESTIMATIVA. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE.*

*1. “É firme o entendimento deste Tribunal no sentido de que o regime de antecipação mensal é opção do contribuinte, que pode apurar o lucro real, base de cálculo do IRPJ e da CSSL, por estimativa, e antecipar o pagamento dos tributos, segundo a faculdade prevista no*

*art. 2º da Lei n. 9430/96" (AgRg no REsp 694278RJ, relator Ministro Humberto Martins, DJ de 3/8/2006).*

*2. A antecipação do pagamento dos tributos não configura pagamento indevido à Fazenda Pública que justifique a incidência da taxa Selic.*

*3. Recurso especial improvido.”*

*(Recurso Especial 529570 / SC Relator Ministro João Otávio de Noronha Segunda Turma Data do Julgamento 19/09/2006 DJ 26.10.2006 p. 277)*

*“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA IRPJ E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO CSSL APURAÇÃO POR ESTIMATIVA PAGAMENTO ANTECIPADO OPÇÃO DO CONTRIBUINTE LEI N. 9430/96.*

*É firme o entendimento deste Tribunal no sentido de que o regime de antecipação mensal é opção do contribuinte, que pode apurar o lucro real, base de cálculo do IRPJ e da CSSL, por estimativa, e antecipar o pagamento dos tributos, segundo a faculdade prevista no art. 2º da Lei n. 9430/96. Precedentes:*

*REsp 492.865/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ25.4.2005 e REsp 574347/SC, Rel. Min. José Delgado, DJ 27.9.2004. Agravo regimental improvido.”*

*(Agravo Regimental No Recurso Especial 2004/01397180 Relator Ministro Humberto Martins Segunda Turma DJ 17.08.2006 p. 341)*

Do exposto, infere-se que a multa em questão tem natureza tributária, pois aplicada em razão do descumprimento de obrigação principal, qual seja, falta de pagamento de tributo, ainda que por antecipação prevista em lei.

Debates instalaram-se no âmbito desse Conselho Administrativo sobre a natureza da multa isolada. Inicialmente me filiei à corrente que entendia que a multa isolada não poderia prosperar porque penalizava conduta que não se configurava obrigação principal, tampouco obrigação acessória. Ou seja, mantinha o entendimento de que a multa em questão não se referia a qualquer obrigação prevista no artigo 113 do Código Tributário Nacional, na medida em que penalizava conduta que, a meu ver à época, não podia ser considerada obrigação principal, já que o tributo não estava definitivamente apurado, tampouco poderia ser considerada obrigação acessória, pois evidentemente não configura uma obrigação de caráter meramente administrativo, uma vez que a relação jurídica prevista na norma primária dispositiva é o “pagamento” de antecipação.

Nada obstante, modifiquei meu entendimento, mormente por concluir que trata-se, em verdade, de multa pelo não pagamento do tributo que deve ser antecipado. Ainda que tenha o contribuinte declarado e recolhido o montante devido de IRPJ e CSLL ao final do exercício, fato é que caberá multa isolada quando o ~~contribuinte não efetua a~~ antecipação deste tributo. Tanto assim que, até a alteração

promovida pela Lei nº 11.488/07, o *caput* do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, previa que o cálculo das multas ali estabelecidas seria realizado “sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição”.

Destaco trecho do voto proferido pelo Ilustre Conselheiro Marcos Vinícius Neder de Lima, no julgamento do Recurso nº 105-139.794, Processo nº 10680.005834/2003-12, Acórdão CSRF/01-05.552, *verbis*:

*“Assim, o tributo correspondente e a estimativa a ser paga no curso do ano devem guardar estreita correlação, de modo que a provisão para o pagamento do tributo há de coincidir com valor pago de estimativa ao final do exercício. Eventuais diferenças, a maior ou menor, na confrontação de valores geram pagamento ou devolução do tributo, respectivamente. Assim, por força da própria base de cálculo eleita pelo legislador – totalidade ou diferença de tributo – só há falar em multa isolada quando evidenciada a existência de tributo devido”.*

É bem verdade que melhor seria se a penalidade em comento fosse tratada como uma pena aplicada pela postergação do pagamento de imposto ou contribuição, mas existe regra específica para o caso de ausência de pagamento ou pagamento a menor de antecipação devida de IRPJ e CSLL, sobrepondo-se, portanto, à regra da postergação.

Adotada a premissa de que a imputação da multa isolada tem por fundamento norma primária sancionadora, em cuja hipótese está o descumprimento de obrigação principal, então a multa isolada é prevista para as hipóteses de não recolhimento ou recolhimento a menor do tributo na forma antecipada. Entendo que não há como se admitir que o valor da antecipação seja, após o encerramento do ano-calendário, um tributo isolado. A antecipação não é inconstitucional, nem ilegal. Isto porque, como o próprio nome enseja, é mera antecipação de tributo – IRPJ e CSLL – apurado de forma definitiva após o encerramento do ano-calendário, no caso de apuração na forma de lucro real anual.

O disposto no artigo 44, inciso II, alínea “b” da Lei nº 9.430/96 veicula norma que estabelece a imputação de penalidade isolada pelo não recolhimento de IRPJ e CSLL, de forma antecipada. Dado o fato do não recolhimento do tributo no prazo estipulado para sua antecipação, deve ser imputada a multa isolada.

No conseqüente desta norma resta claro que, como critério pessoal, tem-se de um lado o contribuinte sujeito ao pagamento da antecipação, de outro a União como sujeito ativo. Como critério quantitativo tem-se o percentual atual de 50% do tributo devido e não pago. Utiliza-se o termo tributo porque a sanção é aplicada sobre o descumprimento de obrigação principal.

Neste passo, até o encerramento do ano-calendário o que se tem por tributo devido é o IRPJ e a CSLL, apurados conforme cálculo previsto para antecipação. Já após o encerramento do ano-calendário e apuração do IRPJ e CSLL pelo lucro real, não há como negar que o montante do tributo devido é aquele definitivamente apurado, após as adições, exclusões e compensações previstas em lei.

Considerando que o IRPJ e a CSLL são auferidos ao final do ano-calendário, sendo provisório o montante calculado nas antecipações, conclui-se que:

i) Quando a multa isolada é aplicada durante o ano-calendário, a base é o tributo até então apurado, conforme cálculo das antecipações, já que outro não existe a substituí-lo por definitividade naquele momento.

ii) Quando a multa isolada é imputada após o encerramento do ano-calendário e apuração definitiva do tributo devido, sem dúvida a hipótese de aplicação é a mesma, falta de recolhimento das antecipações, não obstante, sua base de incidência terá por limite o valor do tributo definitivamente apurado.

Nem há que se imaginar que se nega vigência à norma em questão. O que ocorre é a eliminação, pela interpretação, de eventual contrariedade. Ressalte-se que não se trata sequer de contradição, mas de mera e aparente contrariedade. Isto porque, tanto a multa isolada, quanto a multa de ofício têm seu lugar, bem como a multa isolada pode ser aplicada inclusive após o encerramento do ano-calendário, mas, em se tratando de multa de natureza tributária, a base é o tributo que deixou de ser recolhido. Este tributo – IRPJ e CSLL – é aquele apurado conforme cálculo de antecipação até o encerramento do período e é aquele apurado pelo lucro real após o encerramento do período.

Neste ponto, peço vênha para novamente transcrever trecho do voto do brilhante Conselheiro Marcos Vinícius Neder de Lima, proferido no julgamento do recurso nº 105-139.794, já mencionado anteriormente, *verbis*:

*“(...) Vale dizer, após o encerramento do período, o balanço final (de dezembro) é que balizará a pertinência do exigido sob a forma de estimativa, pois esse acumula todos os meses do próprio ano-calendário.*

*Nesse momento, ocorre juridicamente o fato gerador do tributo e pode-se conhecer o valor devido pelo contribuinte. Se não há tributo devido, tampouco há base de cálculo para se apurar o valor da penalidade.(...)”*

Se o lançamento é efetuado antes do fim do exercício – portanto antes dos ajustes / apuração do lucro, base de cálculo do IRPJ e da CSLL devidos – a base para imposição da sanção é aquela devida por antecipação e calculada até aquele momento. Naquele momento, inclusive, não há autorização para constituição de obrigação principal definitiva – tributo – especialmente porque o mesmo ainda não se quantificou definitivamente porque não concluído o fato gerador. Nestes termos dispõe o *caput* do artigo 15 da Instrução Normativa nº 93/97, *verbis*:

*“Art. 15. O lançamento de ofício, caso a pessoa jurídica tenha optado pelo pagamento do imposto por estimativa, restringir-se-á à multa de ofício sobre os valores não recolhidos.”*

De outra feita, em momento posterior ao encerramento do ano-calendário, já existe quantificação do tributo devido definitivamente pelos ajustes determinados em legislação de regência, então esta é a limitação ao critério quantitativo da imposição de multa isolada.

Vale destacar a lição de Marco Aurélio Greco a respeito do tema, *verbis*:

*“(...) mensalmente o que se dá é apenas o pagamento por imposto determinado sobre base de cálculo estimada (art. 2º, caput), mas a materialidade tributada é o lucro real*

*apurado em 31 de dezembro de cada ano (art. 3º do art. 2º). Portanto, imposto e contribuição verdadeiramente devidos, são apenas aqueles apurados ao final do ano. O recolhimento mensal não resulta de outro fato gerador distinto do relativo período de apuração anual; ao contrário, corresponde a mera antecipação provisória de um recolhimento, em contemplação de um fato gerador e uma base de cálculo positiva que se estima venha ou possa vir a ocorrer no final do período. Tanto é provisória e em contemplação de evento futuro que se reputa em formação – e que dele não pode se distanciar – que, mesmo durante o período de apuração, o contribuinte pode suspender o recolhimento se o valor acumulado pago exceder o valor calculado com base no lucro real do período em curso (art. 35 da Lei nº 8.891/95)”. (In: “Multa Agravada em Duplicidade” São Paulo, Revista Dialética de Direito Tributário nº 76, p. 159).*

Tampouco é de se questionar esta interpretação com base no fato de que a multa em questão é aplicável até mesmo em casos de apuração de base negativa da CSLL e de prejuízo fiscal no ano-calendário correspondente, conforme dispõe a alínea “b”, do inciso II, do artigo 44, da Lei nº 9.430/96, anteriormente capitulado no § 1º do citado artigo.

O direito, *in casu*, deve ser analisado à luz da relação de coordenação existente entre a norma veiculada pelo artigo 44, inciso II, alínea “b” da Lei nº 9.430/96 e aquela veiculada pelo artigo 39, parágrafo segundo, da Lei nº 8.383/91, *verbis*:

*“Art. 39. As pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real poderão optar pelo pagamento, até o último dia útil do mês subsequente, do imposto devido mensalmente, calculado por estimativa, observado o seguinte:*

*(...)*

*§ 2º A pessoa jurídica poderá suspender ou reduzir o pagamento do imposto mensal estimado, enquanto balanços ou balancetes mensais demonstrarem que o valor acumulado já pago excede o valor do imposto calculado com base no lucro real do período em curso.(...)”*

Referido dispositivo, conforme é possível constatar, autoriza que o contribuinte interrompa ou reduza os pagamentos devidos por antecipação desde que demonstre, por meio de balancete mensal, que o valor da estimativa anteriormente paga e, portanto, acumulada no período, excede o valor do tributo apurado com base no lucro ajustado no período em curso.

Assim, a exegese que se extrai dos comandos legais contidos no artigo 44 da Lei nº 9.430/96, mesmo após as alterações inseridas pela Lei nº 11.488/07, é aquela segundo a qual o lançamento da multa isolada pode ser feito em duas hipóteses:

(i) **Antes da apuração do tributo devido no balanço do final do ano-calendário, quando a base para a imposição da multa observará um dos seguintes critérios:** (i.1)

o valor correspondente às antecipações não pagas calculadas a partir da margem setorial (o percentual definido em lei) da receita bruta acumulada; ou (i.2) o valor correspondente às antecipações não pagas calculadas a partir do balanço de redução ou suspensão (neste último caso, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL).

(ii) Após a apuração do tributo devido no balanço do final do ano-calendário, somente se ficar constatado que houve parcela daquele tributo devido que deixou de ser paga na forma de antecipação (quando deveria ter sido paga nesta forma), mas foi paga no ajuste. A base para a imposição da multa corresponderá exatamente ao valor da mencionada parcela. Não se admite, por óbvio, que tal base supere o valor do tributo devido apurado.

A impossibilidade de lançamento da multa isolada concomitantemente com a multa proporcional é explicada na sequência do voto:

#### CONCOMITÂNCIA DA MULTA ISOLADA E DA MULTA DE OFÍCIO

Por tudo quanto exposto na interpretação da norma que dispõe sobre a multa isolada em razão do não pagamento, ou pagamento a menor de antecipações, conclui-se que esta é devida e calculada sobre a obrigação principal até então apurada. O mesmo ocorre com a multa de ofício que acompanha o lançamento referente à totalidade ou diferença de tributo que deixou de ser constituído pelo contribuinte, ao final do ano-calendário.

Verifico identidade quanto ao critério pessoal e material de ambas as normas sancionatórias, pois ambas alcançam o contribuinte – sujeito passivo – e têm por critério material o descumprimento da relação jurídica que determina o recolhimento integral do tributo devido.

Inevitável, portanto, concluir-se que impor sanção pelo não recolhimento do tributo apurado conforme lançamento de ofício que apura IRPJ e CSLL devidos ao final do ano-calendário e impor sanção pelo não recolhimento ou recolhimento a menor das antecipações devidas, relativamente aos mesmos tributos, é penalizar o mesmo contribuinte duas vezes por ter deixado de recolher integralmente o tributo devido. Portanto, nestes casos, uma penalidade é excludente da outra.

Se o que prevalece para fins de quantificação da obrigação principal é o valor decorrente da apuração final, consolidada e definitiva do tributo – justamente porque as antecipações são apurações provisórias do mesmo tributo – também assim deve ser em relação a aplicação das penalidades: prevalece a multa aplicada quando o contribuinte não recolhe o tributo devido em conformidade com a apuração definitiva.

Além disso, é inegável que no caso em análise a aplicação da multa isolada é mera penalização de conduta meio de deixar de recolher tributo, uma vez que, por meio do mesmo lançamento, foi constituída, também, multa de ofício pelo não recolhimento de tributo apurado quando da consolidação da obrigação principal devida no exercício e não constituída/recolhida pelo contribuinte.

Neste ponto vale destacar outro trecho do bem elaborado voto proferido pelo Conselheiro Marcos Vinícius Neder de Lima, em julgamento já referido, realizado nesta mesma Turma, a respeito da matéria ora sob análise, tratando do princípio da **consunção da conduta-meio pela conduta-fim, *verbis*:**

*“Quando várias normas punitivas concorrem entre si na disciplina jurídica de determinada conduta, é importante identificar o bem jurídico tutelado pelo Direito. Nesse sentido, para a solução do conflito normativo, deve-se investigar se uma das sanções previstas para punir determinada conduta pode absorver a outra, desde que o fato tipificado constitui passagem obrigatória de lesão, menor, de um bem de mesma natureza para a prática da infração maior.*

*No caso sob exame, o não recolhimento da estimativa mensal pode ser visto como etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. A primeira conduta é, portanto, meio de execução da segunda.*

*Com efeito, o bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. Assim, a interpretação do conflito de normas deve prestigiar a relevância do bem jurídico e não exclusivamente a grandeza da pena cominada, pois o ilícito de passagem não deve ser penalizado de forma mais gravosa que o ilícito principal. É o que os penalistas denominam “princípio da consunção”. (Recurso do Procurador nº 105139.794– Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais – Rel. Marcos Vinícius Neder de Lima – Sessão de 04/12/2006)*

Adicionalmente, vale notar que é possível valorar as duas penalidades e estabelecer qual delas deve ser aplicável porque, em casos como o ora analisado, senão em razão da identidade de critérios pessoal e material das duas penalidades, ou por força da impossibilidade de se apenar conduta meio e conduta fim, também porque a lei que estabelece as referidas multas não determina expressamente que deve haver concomitância.

A lei não estabelece concomitância, não se tratando *in casu* de contradição. E como não há determinação legal de que ambas sejam aplicadas, o que vemos é um caso de aparente contrariedade. Ou seja, há aplicação normativa por excludência, segundo o que se determina a aplicação de uma ou de outra penalidade, a depender do caso, da valoração do bem maior a ser protegido, e das condutas incorridas pelo contribuinte. Se somente houve falta de recolhimento das antecipações esta é a conduta fim. Se, por outro lado, o contribuinte além de não recolher as antecipações, também deixou de constituir/recolher o tributo devido conforme a apuração definitiva, ocorrida após o encerramento do ano-calendário, então aquela é conduta-meio desta que é a conduta-fim.

Destarte, há concomitância se multas isolada e proporcional forem aplicadas como consequência da não antecipação de parcela do tributo devido que também não foi paga no ajuste. Isso ocorre, por exemplo, quando se verifica uma omissão de receita. A receita excluída no cálculo da estimativa é uma etapa preparatória do não pagamento do tributo devido

no balanço final do mesmo ano-calendário. O mesmo fenômeno ocorre quando se efetua uma glosa de despesa que havia sido incluída no cálculo da estimativa apurada em balanço de suspensão ou redução. O impacto que a não antecipação causa na apuração do tributo devido é devidamente penalizado pela multa proporcional.

No caso em apreço, a fiscalização lançou as multas isoladas pelo não pagamento das estimativas calculadas com a exclusão das despesas glosadas nos balancetes mensais. Essas mesmas despesas impactaram a apuração feita pela fiscalização do tributo devido no final do ano-calendário. Trata-se, portanto, de concomitância.

Assim, concluo que as multas isoladas devem ser canceladas.

**Quanto à incidência da taxa SELIC sobre a multa de ofício**, a recorrente afirma que a exigência da SELIC não deve incluir a multa de ofício por causa da ressalva contida no artigo 161 do CTN. Confira-se:

*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. (grifei)*

Ou seja, apenas o valor do principal poderia ser atualizado pelos juros, ressalvado o direito de o Fisco exigir a multa correspondente, sem que esta pudesse ser atualizada.

Sem embargo, sobre o assunto, o entendimento do CARF pode ser extraído das seguintes súmulas:

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

*Súmula CARF nº 5: São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral. (grifei)*

Portanto, os juros moratórios são devidos à taxa SELIC e sobre o “crédito tributário”. Esta última expressão é definida pelo CTN nos seguintes termos:

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

*Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.*

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

Assim, o crédito tributário decorre da obrigação principal que, por sua vez, tem por objeto também a penalidade pecuniária. Consequentemente, o entendimento sumulado compreende todo o crédito tributário lançado, ou seja, tributos e multas aplicadas.

Como é cediço, a matéria sumulada é de observância obrigatória por disposição expressa do que consta no artigo 72 do Anexo II do RICARF:

*Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.*

A despeito das decisões colacionadas pela recorrente, há outras que corroboram o entendimento acima expresso. Note-se, por exemplo, as ementas dos seguintes acórdãos da Câmara Superior:

*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. (Acórdão nº 9101-00.539, de 11/03/2010, Redatora Designada: Viviane Vidal Wagner)*

*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. (Acórdão nº 9101-01.192, de 17/10/2011, Redator Designado: Claudemir Rodrigues Malaquias)*

Ademais, o STJ também já se pronunciou neste sentido. Veja-se:

*TRIBUTÁRIO. MULTA PECUNIÁRIA. JUROS DE MORA.  
INCIDÊNCIA. LEGITIMIDADE.*

*1. É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário.*

*2. Recurso especial provido.*

*(Acórdão REsp 1.129.990/PR – Relator: Min. Castro Meira - DJe de 14/09/2009)*

Assim, concluo que está correta a incidência da taxa SELIC sobre a multa de ofício.

Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso voluntário apenas para exonerar os créditos tributários referentes à glosa de despesas financeiras relativas a empréstimos e às multas isoladas aplicadas.

É como voto.

*Documento assinado digitalmente.*

Ricardo Marozzi Gregorio – Relator

## Declaração de Voto

Conselheiro José Evande Carvalho Araujo

Na sessão de julgamento deste processo, acompanhei o relator pelas conclusões quanto à glosa das despesas com amortização do ágio relativo (i) à aquisição do bloco de controle e (ii) aos aportes de capital na Cremerpar.

Quanto ao item “i”, meu entendimento foi acompanhado por mais três conselheiros, e por isso fui designado a redigir declaração de voto para expor o entendimento do colegiado.

Quanto ao item “ii”, por ocasião da conclusão do julgamento, apesar de minha opinião não ter sido acompanhada pelos demais conselheiros, manifestei a intenção de também expor, em declaração de voto, minha visão sobre o tema.

Contudo, após melhor refletir, resolvi não me alongar sobre os fundamentos que me levaram a manter a glosa do ágio formado pela subscrição do capital social, por serem irrelevantes para a continuação da lide, e simplesmente acompanhar os argumentos da acusação fiscal.

Desse modo, restringirei minha manifestação aos motivos que levaram a maioria dos julgadores a não admitirem a amortização do ágio relativo à aquisição do bloco de controle.

O cerne da divergência de entendimento com o relator reside na compreensão de que o aproveitamento do ágio somente poderia se dar em incorporações diretas da investida pela investidora, ou vice-versa, sendo que o uso de empresa veículo para aproveitamento do ágio em outra parte da organização societária, por si só, denotaria o propósito eminentemente tributário e inviabilizaria o benefício fiscal.

Segundo o relator, pouco importa se houve ágio efetivamente pago em etapa anterior, pois a operação de substituição da participação societária seria suficiente para macular o planejamento.

Contudo, penso que, caso exista um propósito negocial válido, é plenamente aceitável que o grupo econômico “transfira” o ágio para uma de suas controladas por meio de operação de conferência de capital com ações da investida.

Como assentado no Acórdão nº 1102-001.018, de 12 de fevereiro de 2014, de minha relatoria, regra geral, o que importa para se garantir o direito à dedução fiscal do ágio em outra empresa do grupo é o atendimento dos seguintes requisitos (i) tratar-se de ágio pago, decorrente de transação entre parte independentes; (ii) o direito à amortização poder se dar por incorporação direta em outra parte da estrutura societária; (iii) existir propósito negocial.

No caso concreto, o ágio de R\$ 9.307.341,21 surgiu da transferência do bloco de controle dos antigos acionistas da Cremer S. A. (antes passando por três pessoas jurídicas) para a Cremer Participações S.A., nos dias 2 e 10 de março de 2004.

Contudo, somente em 26 de abril de 2004 ocorreu o aporte de capital pela Merrill Lynch Global Partners – MLGP de R\$ 102.000.000,00.

Ora, a discrepância de datas mostra ser impossível que o ágio surgido em março de 2004 possa se embasar no valor pago apenas no mês seguinte.

Ademais, a simples conferência de capital com ações da investida pelo valor contábil não gera ágio o que nos leva à verdadeira natureza do sobrepreço em discussão, que decorre da integralização das ações da Cremer pelo valor do mercado, com o diferimento do ganho de capital nos termos do malfadado art. 36 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, que ainda vigia por ocasião do planejamento tributário (fato não constante dos autos mas confirmado pelo patrono na tribuna, por ocasião do julgamento).

Tal situação já foi analisada por esta Turma Julgadora, que considerou o ágio dela decorrente como artificial e sem fundamento econômico, cuja dedutibilidade é inoponível ao Fisco. Transcrevo a ementa do Acórdão nº 1102-000.933, de 8 de outubro de 2013, de relatoria do Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé, na parte de interesse à discussão:

*INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. SIMULAÇÃO.*

*O ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos econômicos efetivamente existentes. A geração de ágio de forma interna, ou seja, dentro do mesmo grupo econômico, sem a alteração do controle das sociedades envolvidas, sem qualquer desembolso e com a utilização de empresa inativa ou de curta duração (sociedade veículo) constitui prova da artificialidade do ágio e torna inválida sua amortização, sem que seja necessário demandar a nulidade das operações societárias praticadas.*

Mais recentemente, a Turma confirmou seu entendimento no Acórdão: 1102-001.016, julgado na sessão de 12 de fevereiro de 2014, também de relatoria do Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé (decisão ainda não formalizada quando da redação desta declaração de voto).

Dessa forma, o ágio em discussão não atende a um dos requisitos que considero primordiais para permitir sua dedutibilidade, pois não se trata de ágio pago, decorrente de transação entre parte independentes.

Foram essas as razões pelas quais a maioria da Turma não admitiu a amortização do ágio relativo à aquisição de bloco de controle.

(assinado digitalmente)  
José Evande Carvalho Araujo