



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Mfaa-7

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Recurso nº : 145799
Matéria : IRPJ E OUTROS – Exs.: 1998, 2000 e 2001
Recorrente : BANCO BANDEIRANTES S.A.(DENOMINAÇÃO ATUAL UNICARD
BANCO MÚLTIPLO S.A.)
Recorrida : 2ª TURMA/DRJ-BRASÍLIA/DF
Sessão de : 25 DE MAIO DE 2006
Acórdão nº : 107-08.588

PAF - PROCESSO DE CONSULTA - AUSÊNCIA DE EFICÁCIA NORMATIVA - EFEITOS ENTRE AS PARTES - O processo administrativo de consulta formalizado por sujeito passivo de obrigação tributária, se eficaz, produz efeitos exclusivamente para o caso concreto, não se aplicando a terceiros não integrantes da relação processual.

IRPJ/CSLL - Quando a carteira de clientes foi formada a partir de uma estrutura - o estabelecimento - não há como tratá-la dissociada dos demais elementos que compõe o fundo de comércio. Os valores investidos na aquisição de fundo de comércio, quando a fruição do direito não esteja condicionada a prazo certo, não podem ser amortizados.

CSLL – Não cabe incidência de multa de ofício sobre a parcela da Contribuição Social sobre o Lucro discutida judicialmente.

MULTA DE OFÍCIO - JUROS DE MORA – Sobre a multa de ofício lançada juntamente com o tributo ou contribuição, não paga no vencimento, incidem juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 161 do Código Tributário Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BANCO BANDEIRANTES S.A. (DENOMINAÇÃO ATUAL UNICARD BANCO MÚLTIPLO S.A.)

ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para excluir da exigência a aplicação de juros de mora à base da taxa Selic sobre a multa de ofício até o limite de 1% e excluir a multa de ofício sobre o diferencial de alíquota da CSLL, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencida

RP

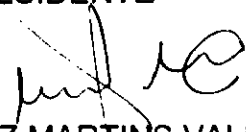


MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

a Conselheira Albertina Silva Santos de Lima, quanto à exclusão dos juros de mora. O conselheiro Natanael Martins fará declaração de voto.


MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA
PRESIDENTE


LUIZ MARTINS VALERO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 22 AGO 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NATANAEL MARTINS, ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA, RENATA SUCUPIRA DUARTE, HUGO CORREIA SOTERO, FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ (Suplente Convocado) e CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES. Ausente, o Conselheiro NILTON PÊSS.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

Recurso nº : 145799
Recorrente : BANCO BANDEIRANTES S.A (DENOMINAÇÃO ATUAL UNICARD
BANCO MÚLTIPLO S.A

RELATÓRIO

Contra o contribuinte nos autos qualificado foram lavrados Autos de Infração de Fls. 128/135 para formalização e cobrança de créditos tributários relativos ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL.

Relata a fiscalização que, no ano de 1996, o Banco Bandeirantes S/A adquiriu os bens intangíveis representados por fundo de comércio, clientela, marcas, nome comercial, nomes de fantasia e logotipos do BANORTE S/A e de suas coligadas, nas áreas de corretagem, câmbio e seguro, pagando, a título de ágio, o valor de R\$ 37.500.000,00 (trinta e sete milhões e quinhentos mil reais).

A autuada é acusada de falta de adição ao lucro líquido, nos anos-calandário de 1997 a 2000, das contrapartidas de amortização do ágio pago naquela aquisição, no montante de R\$ 22.500.000,00 (vinte e dois milhões e quinhentos mil reais), parte que a ela coube como empresa do então Grupo Bandeirantes S/A.

Entendeu a fiscalização que o ágio pago, por representar pura aquisição de fundo de comércio, descartada a hipótese de se tratar de aquisição de participação societária, não possui os requisitos de dedutibilidade previstos na legislação tributária, mormente o exercício de direitos por tempo limitado - "*haja vista a impossibilidade de se estabelecer um prazo definido para a realização do negócio*" - ou utilização de bens com prazo legal ou contratual limitado, não se enquadrando, portanto, como capital amortizável a que alude o inciso I do art. 266 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/94 (atual art. 325 do RIR/99).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

Aduziu a fiscalização que o dispêndio também não poderia ser caracterizado como despesa ou custo classificável no ativo diferido a que alude o inciso II do mencionado artigo.

Asseverou o fisco, estribado em doutrina que colacionou (fls. 124/125), que *"não há contrato de exclusividade e fidelidade firmado entre o Banco Bandeirantes S/A e os clientes, bem assim a tipificação e o tamanho dos negócios a serem praticados entre as duas partes [...] os negócios com a nova clientela podem ou não ser renovados o que dificulta a determinação da potencialidade dos negócios e, conseqüentemente, da receita a ser gerada[...]."*

Assim, considerada indevida a amortização do ágio, levada a cabo pela fiscalizada na base de 20% ao ano, a fiscalização procedeu à recomposição do lucro real e da base de cálculo da CSLL dos anos calendário de 1997 a 2000, resultando, após o ajuste nos prejuízos fiscais, valores tributáveis nos anos-calendário de 1997 e 2000 para o IRPJ e nos anos-calendário de 1997, 1999 e 2000 para a CSLL.

Como enquadramento legal, a autoridade fiscal apontou os seguintes dispositivos:

IRPJ – artigos 195, I, 197 parágrafo único, 242, 265 § 2º e 266 do RIR/94; artigo 13, III da Lei nº 9.249/95; artigos 249, I, 251 parágrafo único, 299, 324 §§ 2º e 4º e 325 do RIR/99.

CSLL – artigo 2º e §§ da Lei nº 7.689/88; artigos 1º e 2º da Lei 9.316/96; artigo 28 da Lei 9.430/96; artigo 7º da Medida Provisória nº 1807/98 e artigo 6º da Medida Provisória 1.858/99.

A autuada foi também intimada a ajustar os prejuízos fiscais e a base negativa da CSLL de acordo com as alterações feitas pela fiscalização no Sistema de Acompanhamento de Prejuízos Fiscais, Lucro Inflacionário e Base de Cálculo Negativa a CSLL - SAPLI - da Secretaria da Receita Federal.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

Descontente com as exigências, das quais tomara ciência em 16/05/2002, Fl. 137, oferecera impugnação de Fls. 165/245 onde dispensou em sua defesa os seguintes argumentos:

- Inicialmente aduziu que o crédito tributário em questão carece de liquidez, certeza e exigibilidade, pois, para o ano-calendário de 1997 estaria escudada por decisão judicial proferida em Mandado de Segurança, sendo que tal decisão lhe permitia recolher a CSLL a alíquota de 8%. Assim a diferença para 18% deveria ser lançada com a exigibilidade suspensa, e sem multa de ofício. Nesta esteira, argüiu inconstitucionalidade da norma que estabelece alíquotas diferenciadas.
- Ainda sustentando a iliquidez, incerteza e inexigibilidade dos créditos tributários, alegou que o auto de infração estaria viciado de nulidade, uma vez que desconsidera a resposta da consulta do Parecer COSIT nº 727/96, versada sobre caso semelhante ao em tela, onde fora considerado correto o procedimento de se contabilizar o ágio pela aquisição de carteira de clientes no Ativo Diferido, amortizando em 5 anos o respectivo valor.
- Prosseguiu afirmando que, em virtude de estar suspensa a exigibilidade do crédito, não poderia a CSLL ser calculada com base em alíquota diferenciada.
- Com o mesmo argumento de suspensão de exigibilidade, reputou descabida a cobrança de juros de mora e a imposição de multa de ofício, consoante o artigo 63 da Lei nº 9.430/96. Colacionou excertos da doutrina e julgado proferido por este Conselho.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

- Asseverou que, ao portar-se em conformidade com o retro citado parecer, agiu de acordo com o entendimento da administração tributaria, razão pela qual entende indevida a exigência de juros e multa.
- Salientou que o ágio pago não se destinara ao fundo de comércio e sim para a aquisição de carteira de clientes, classificável como ativos isolados. Ademais, não há que se confundir fundo de comércio com clientela.
- Ponderou que em momento posterior a intervenção do Banco Central, o valor econômico do fundo de comércio do Banorte (cedente) desaparecera. Anexou acórdãos exarados pelo TRF para reforçar seus argumentos.
- Por tratar-se de projeto, sustentou que os valores dispendidos na aquisição da carteira de clientes do BANORTE deveriam mesmo ser classificados no Ativo Diferido. Ressaltou que o que houve, de fato, fora apenas aquisição de ativos isolados. Invocou novamente os termos do aludido parecer.
- Informou que no procedimento de cálculo dos tributos, o Fisco não excluía a CSLL da base de cálculo do IRPJ. Neste ponto argui também a ocorrência de inconstitucionalidade. Traz à baila algumas jurisprudências que entende corroborar sua tese.
- Insurgiu-se contra a utilização da Taxa Selic na aferição dos juros de mora, alegando que o referido indexador é imprestável para tal finalidade.

Apreciada pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Brasília na sessão de 06/12/2004, tal impugnação restou



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

completamente infrutífera, uma vez que a referida turma, ao acompanhar o voto do Relator, optou por ratificar as exigências originárias. Materializaram a decisão no Acórdão DRJ/BSA nº 12.188, fundamentando seu *decisum* nos seguintes pontos:

- Logo de plano, teceram alguns comentários sobre as atribuições e a delimitação de competência da esfera administrativa, informando que cabe exclusivamente ao Poder Judiciário a análise sobre a constitucionalidade ou não das normas vigentes. Desta forma, afastaram todos os argumentos de inconstitucionalidade fartamente dispensados na impugnação.
- Rechaçaram a alegação de iliquidez, sugerindo que o defendente se equivocara em relação a este conceito. Afirmaram que falta de liquidez se daria no caso da fiscalização não ter realizado o cálculo, fato que não ocorreu no caso em mesa.
- No tocante a todas as alegações da interessada que versaram sobre a suspensão da exigibilidade dos créditos em virtude de decisão judicial em Mandado de Segurança, decidiram não acolhê-las, pois entenderam que os autos não estavam instruídos com provas que a citada segurança ainda vigorava na data da lavratura dos Autos de Infração, não tendo o sujeito passivo comprovado que a exigibilidade estaria suspensa.
- Em relação às citações que o contribuinte fizera do Parecer COSIT nº 727/96, aduziram que o assunto ali tratado é diferente do assunto aqui discutido. Ademais, tal parecer não se reveste de caráter normativo, não vinculando nem a fiscalização tampouco os julgamentos, asseveraram os julgadores.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

- Reconheceram que o contribuinte não poderia ser penalizado por cumprir determinação ou orientação a ele dirigida ou praticada reiteradamente pela administração, contudo entenderam que o caso em testilha não se subsume a estas hipóteses.
- Analisaram o contrato, transcrevendo trechos que julgaram importantes, chegando a conclusão que houvera de fato aquisição de fundo de comércio, uma vez que o autuado sub-rogou em todos os direitos do BANORTE, fazendo pleno uso das agências, postos de atendimento, cartões de crédito, assumindo todas as outras atividades até então desenvolvidas pelo cedente. Afirmaram taxativamente que o Banco Bandeirante S/A, autuado, adquiriu, de fato e de direito, *"o complexo de bens materiais ou não"* do Banorte.
- Apreciaram a insurgência da autuada quanto a não exclusão da CSLL na base de cálculo do IRPJ, todavia comungaram da opinião que não assiste razão ao sujeito passivo posto que o procedimento utilizado pelo autuante encontra-se inteiramente previsto na legislação. *"Como a atividade fiscal é vinculada às disposições estabelecidas em lei, não existem reparos a realizar no lançamento"*.
- Em relação ao inconformismo do autuado com a aplicação da Taxa Selic como juros de mora revolveram as considerações inicialmente dispensadas quanto à impossibilidade de o julgador administrativo analisar argumentos de inconstitucionalidade de lei.

O Acórdão foi assim ementado:

"Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ. Ano
Calendário: 1997, 1999, 2000.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

Ementa: ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE FUNDO DE COMÉRCIO – As contrapartidas de amortização de ágio, pago na aquisição de bens intangíveis (fundo de comércio), devem ser adicionadas ao lucro líquido para a determinação do lucro real, por não possuírem as premissas de dedutibilidade previstas na legislação: existência ou exercício de direitos com duração limitada, ou utilização de bens com prazo legal ou contratualmente limitado.

DA TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Lançamentos reflexos. Ao se decidir de forma exaustiva a matéria referenciada ao lançamento principal de IRPJ, a solução adotada espalha seus efeitos aos lançamentos reflexos, próprio da sistemática de tributação das pessoas jurídicas.

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS LEGAIS - A instância administrativa não é foro apropriado para discussões desta natureza, pois qualquer discussão sobre a constitucionalidade de normas jurídicas deve ser submetida ao crivo do Poder Judiciário que detém, com exclusividade, a prerrogativa dos mecanismos de controle repressivo de constitucionalidade, regulados pela própria Constituição Federal. Lançamento procedente."

Inconformado com o teor desfavorável do referido acórdão, do qual conheceu em 29/12/2004, AR de Fl. 415, a autuada recorre a este Conselho, petição de fls. 416/500, protocolada em 28/01/2005. O recurso está garantido com arrolamento de Fls. 502/505, informa a autoridade preparadora.

Em seu arrazoadado a recorrente alega, em síntese:

- Inicialmente ressalta que a administração pode e deve apreciar matéria constitucional. Nesta esteira junta acórdão proferido pela CSRF, ressaltando que este se aplica analogicamente ao presente caso. Ademais, admitindo que questões relacionadas à constitucionalidade das normas não possam ser apreciadas administrativamente, afirma que os questionamentos por ela levantados comportam solução na esfera infraconstitucional.
- Insiste na nulidade dos Autos de Infração ante a alegada falta de liquidez, certeza e exigibilidade. Afirma que o julgador de 1º grau se equivocara quanto aos conceitos.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

- Informa que até o momento da interposição deste recurso perdura a suspensão da exigibilidade existente no momento da lavratura dos Autos de Infração. Ainda, pondera que o Fisco não pode alegar que desconheça a situação processual do aludido Mandado de Segurança, isto porque é o próprio fisco que figura no pólo passivo da referida ação constitucional. Assim, admite que somente poderia ser lançado eventual crédito de CSLL, ainda com a exigibilidade suspensa e sem incidência de multa e juros de mora. Invoca novamente o artigo 63 da Lei nº 9.430/96.
- Reprisa que agira conforme o entendimento da administração. Citando o Parecer COSIT nº 727/96 acredita na impossibilidade de exigência de multa e juros. Salaria que a situação fática tratada no referido parecer é idêntica à sua.
- Contesta o trecho da decisão de primeiro grau que não atribui normatividade ao aludido parecer, crê que este configura norma complementar. Transcreve fragmentos da doutrina que versa sobre o tema.
- Reitera que o ágio por ela pago não se destinara à aquisição do fundo de comércio do BANORTE e sim na aquisição de ativos isolados, em especial a carteira de clientes do sucedido. *Como o próprio fiscal autuante admite, o valor de R\$ 4.500.000,00 destinou-se à aquisição da carteira de fundos de investimentos e o valor de R\$ 15.700.000,00 destinou-se à aquisição da carteira de clientes, assevera a recorrente.*
- Discorre longamente sobre este ponto, expondo a diferenciação entre fundo de comércio e clientela. Cita, ainda, farta jurisprudência.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

- Transcreve, na íntegra o Parecer COSIT 727, de 23.12.1996, mencionado:

"Assunto: Consulta em instância única.

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

Pode ser amortizada, em cada período-base, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais e um período-base.

Banco Central do Brasil - BACEN, com sede em Brasília - DF, por meio do Ofício DEORF-96/2321-3 de responsabilidade do "Departamento de Organização do Sistema Financeiro - DEORF", dirige-se a esta Coordenação expondo que o UNIBANCO:

I - assumiu, em 18 de novembro de 1.995, as atividades operacionais bancárias do Banco Nacional S/A, sob regime de administração especial temporária - NACIONAL - RAET e adquiriu parte de seu ativo permanente.

II - obrigou-se a pagar ao NACIONAL - RAET, no prazo de cinco anos, com dois de carência, a quantia de R\$ 300.000.000,0 (trezentos milhões de Reais) a título de ágio pela assunção de carteira de clientes deste, conforme abaixo especificado:

a) clientes de seguros R\$ 100.000.000,00

b) clientes de cartão de crédito R\$ 70.000.000,00

c) clientes bancários R\$ 130.000.000,00;

III - registrou o valor acima referido a débito de conta do Ativo Permanente - Diferido e a crédito de conta do Passivo Exigível a Longo Prazo;

IV - responsabilizou-se inteiramente pelo pagamento da quantia acima mencionada, sem envolver qualquer de suas controladas;

V - não incorporou o NACIONAL - RAET, apenas adquiriu partes de seu ativo e assumiu partes de seu passivo.

2. Com base nesses fatos, entende o UNIBANCO que todo o valor pago a título de ágio é despesa necessária ao exercício de suas atividades e, portanto, integralmente dedutível para efeito de lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido independentemente do prazo de pagamento do preço contratado.

Ante o exposto, indaga o BACEN se está correto o entendimento manifestado pelo UNIBANCO, cumprindo ressaltar que o consultante acrescenta como informação, no item 2 do seu Ofício:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

"2. A propósito, informamos que o Conselho Diretor do Banco Nacional S/A devidamente autorizado pelo Banco Central, assinou com o UMBANCO - União de Bancos Brasileiros - S/A Contrato de Compra e Venda, de Assunção de Direitos e Obrigações e de Prestação de Serviços e Outras Avenças, celebrado em 18.11.95, re-ratificado por instrumento de 08.12.95, no qual ficou estabelecido o pagamento, pelo UNIBANCO ao NACIONAL, da quantia de R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais) a título de ágio, como compensação pelas carteiras de clientes do banco, de cartões de crédito e de seguro, no prazo de 5 (cinco) anos, após carência de 2 (dois) anos, incidindo juros de 8% ao ano e Atualização monetária pela TR. Após a carência o valor ágio seria pago em 10 parcelas semestrais, vencendo-se a primeira dentro de 180 dias do término da carência.

4. Antes de qualquer análise quanto a dedutibilidade, é necessário definir a que título efetivo será pago o valor de RS 300.000.000,00 em questão, denominado de "ágio" na consulta.

4.1 - Preliminarmente note-se que referido valor nada tem a ver com o ágio de que trata o art. 329 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 1041, de 11 de janeiro de 1994 RIR/94, pois a operação a que se refere não envolveu a aquisição de qualquer participação societária no capital social do BANCO NACIONAL pelo UNIBANCO.

4.2 - De fato, a operação de que se trata tem por objeto a cessão de uma carteira de clientes, formada pelo BANCO NACIONAL, constituída de devedores de prêmios de seguros, devedores pelo sistema de Cartão de Crédito e por outras formas de operações bancárias, pela qual o UNIBANCO pagará de duas formas: uma, pela assunção de obrigações do NACIONAL - RAET e outra, com os R\$ 300.000.000,00 referidos.

4.3 - Da carteira de clientes, cedida pela NACIONAL - RAET ao UNIBANCO, em contrapartida pelas obrigações assumidas e pelos R\$ 300.000.000,00, constam operações que, na data da cessão:

I - não têm receitas como contrapartida, ou seja, não geram resultados diretos;

II - prevêem a ocorrência de receitas em virtude da existência de diferença positiva entre

a) o valor dos prêmios de seguros a receber e a previsão de sinistros a indenizar, relativos à carteira de seguros cedida;

b) os rendimentos comutados para os ativos adquiridos e os encargos correspondentes às obrigações assumidas.

4.4. - Tendo em vista que o valor das obrigações do NACIONAL - RAET assumidas pelo UNIBANCO, na data da cessão da carteira, corresponde exatamente ao valor dos ativos, na mesma data, representados por obrigações dos clientes que compõem a carteira cedida, conclui-se que os R\$ 300.000.000,00 referem-se única e exclusivamente, ao preço a ser pago em contrapartida pela potencialidade de negócios a serem efetuados entre esses clientes e a adquirente e pelos resultados positivos que poderão



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

se realizar em virtude dos diferenciais mencionados no inciso II do item 4.3.

5. Definido claramente a que se refere o valor a ser pago pelo UNIBANCO, pode-se então, verificar se a legislação do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido amparam o entendimento manifestado quanto à sua dedutibilidade.

6. Acerca do assunto, dispõe o RIR/94:

"Art. 242. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias a atividade da empresa e à 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 os usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividade da empresa.

6.1 - Em relação ao mesmo assunto, esta Coordenadoria através do Parecer Normativo CST nº 32, de 17 de agosto de 1981, assim se pronunciou:

"4. Segundo o conceito legal transcrito, o gasto é necessário quando essencial a qualquer transação ou operação exigida pela exploração das atividades, principais ou acessórias, que estejam vinculadas com as fontes produtoras de rendimentos.

5. Por outro lado, despesa normal é aquela que se verifica comumente no tipo de operação ou transação efetuada e que, na realização do negócio, se apresenta de forma usual, costumeira ou ordinária. O requisito de usualidade deve ser interpretado na acepção de habitual na espécie de negócio.

7. Das informações acima relacionadas, dois fatos se sobressaem: primeiro, a, **aquisição de intangível, representado pela potencialidade da carteira de clientes, cuja utilidade para o banco adquirente será a ampliação de suas possibilidades de negócios;** segundo, a aquisição de resultados positivos, passíveis de quantificação, a serem realizados num prazo plenamente delineável. Por conseguinte, o valor que estará sendo pago, no prazo do contrato, se justifica, de modo indubitável, como de interesse para o UNIBANCO, porque deverá proporcionar-lhe, além de vantagens institucionais, outras de natureza econômico-financeiras, o que, por si só preenche a condição de ser uma despesa necessária às atividades da empresa, refugindo à hipótese de liberalidade.

7.1 - Por outro lado, considerando o tipo de negócios praticados pelas instituições financeiras, como o caso do UNIBANCO, não resta dúvida que a operação objeto da consulta é comumente verificada em suas transações e que, dada as condições em que se efetivou, ou seja, sem a incorporação do NACIONAL - RAET, mas exclusivamente com a aquisição de ativos, serem pagos parte em moeda e parte mediante a assunção de obrigações da alienante, pode se afirmar que ela se enquadra dentre aquelas



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

que ocorrem de forma usual, costumeira e ordinária na vida dessas empresas. Ressalte-se, ainda, que a operação foi efetivada com a interveniência do BACEN, haja vista estar o Banco Nacional, inclusive, sob o "Regime de Administração Especial Temporária RAET, o que, a nosso ver, lhe confere autenticidade.

8. Verificado que o valor a ser pago se enquadra como dispêndio normal, usual e necessário às atividades da empresa, resta definir a forma como poderá ser deduzido tanto para efeito de determinação do lucro real quanto da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido.

9. Das informações contidas na consulta, constata-se que a operação envolve duas categorias de despesas, uma totalmente distinta da outra, como a seguir se verá.

9.1 - A primeira categoria, representada pela parte da carteira de clientes, cuja relação de negócio, no ato da cessão, não envolve, como contrapartida, qualquer tipo de receita, seja de juros, comissões ou serviços. Refere-se a uma despesa cuja previsão de retorno se fundamenta exclusivamente na expectativa de lucros a serem obtidos em negócios futuros entre o UNIBANCO e os seus novos clientes. Portanto, é uma despesa que poderá estar ligada a receitas de diversos períodos, todavia, de prazo total não passível de determinação à priori, tendo em vista a inexistência de contrato de exclusividade e fidelidade firmado entre o UNIBANCO e os clientes, bem assim de tipificação e tamanho dos negócios a serem praticados entre as duas partes. Na verdade, essa despesa refere-se aos custos de captação desses clientes, que foram anteriormente suportados pelo NACIONAL, e que, se assim não fosse, constituiriam agora, um ônus do UNIBANCO.

9.2 - A segunda categoria, representada pela parte da carteira de clientes, cuja relação de negócios envolve a existência de listada no inciso II do item 4.3, também poderá se estender por mais de um período, mas, ao contrário da primeira, é plenamente passível de determinação bastando, para tanto, verificar os prazos de vencimentos dos direitos adquiridos e de cobertura de riscos nos contratos seguros.

10. Apesar das diferenças apontadas para as duas categorias em que se subdividem as despesas, ambas somente poderão ser deduzidas sob a forma de amortização, conforme a respeito dispõem os arts. 265, "caput" e 266, "caput" e incisos I e II, do RIR/94, a seguir transcritos:

"Art. 265. Poderá ser computada como custo ou encargo em cada período-base, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado ou dos recursos aplicados em despesas que contribuem para a formação do resultado de mais de um período-base.

"Art. 266. Poderão ser amortizados:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

I - o capital aplicado na aquisição de direitos cuja existência ou exercício tenha duração limitada, ou de bens cuja utilização pelo contribuinte tenha prazo legal ou contratualmente limitado, tais como:

II - os custos, encargos ou despesas, registrados no ativo diferido, que contribuirão para a formação do resultado de mais de um período-base, tais como:

10.1 - Relativamente à primeira categoria de despesas, observa-se que ela não consta de nenhuma das hipóteses relacionadas nos incisos I e II do art. 266, nem mesmo como custo de aquisição de direito de exploração de fundo de comércio, eis que qualquer operação com aqueles clientes será efetuada entre estes e o UNIBANCO, independentemente de interferência do NACIONAL ou do uso de sua marca.

10.1.1 - Se a despesa estivesse entre as hipóteses listadas no inciso I do art. 266 o seu valor não seria amortizado, tendo em vista a impossibilidade de se estabelecer um prazo definido para a realização de negócios com os clientes a que se refere. Todavia, pela sua natureza, a despesa é do enquadrável na hipótese do inciso II embora exemplificada em suas alíneas.

10.1.2 - Ademais, essa parcela de despesa preenche as condições estabelecidas pela legislação, tributária para ser dedutível e, como já ficou constatado, o seu montante contribuirá para a formação dos resultados de mais de um exercício, estando, por isso, sujeito às regras da amortização.

10.1.2 - Note-se que o inciso II do art. 266 menciona uma série de tipos de despesas, registradas no ativo diferido, mas ressalte-se, de forma exemplificativa, evidenciada pela expressão "tais como", constante de sua parte final. Com isso, ficou admitida a possibilidade de inclusão de despesas de outras espécies, desde que atendidas as condições de dedutibilidade previstas em Lei, como é o caso do dispêndio em estudo.

10.1.3 - A inexistência de prazo para a amortização de despesas outras que não as listadas no parágrafo único do art. 268 do RIR/94, constitui-se em uma lacuna que esta Coordenação, em casos semelhantes, tem procurado suprir por interpretação. Em pronunciamentos manifestados quanto ao assunto, este órgão tem se fixado na análise da expressão "amortização" concluindo que ela deve se estender, no mínimo, por dois exercícios, entendidos esses como exercícios sociais, com duração anual, como previsto no art. 175 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

10.1.4 - Ante isso, conclui-se que a parcela da despesa relacionada com a cessão da carteira de clientes, mencionada no item 9.1 somente poderá ser deduzida se amortizada no prazo mínimo de dois anos. Como, no caso, o UNIBANCO pretende efetuar a amortização no prazo de cinco anos, estará assim, procedendo em conformidade é com o entendimento ora expedido.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

10.1.5 – Ressalte-se, por oportuno, que não se aplica a este caso, por exemplo, o entendimento manifestado no item 12.3 do Parecer Normativo CST nº 108, de 1978, de que, por inexistir prazo estipulado para o exercício do direito ao uso de telefone, o seu custo de aquisição não pode ser amortizado. Não se aplica porque referido direito tem contrapartida em obrigação, por parte da companhia concessionária da exploração do ramo de telecomunicações, de prestar serviços, enquanto que, no caso ora em estudo, nenhuma obrigação, por parte de quem quer que seja, poderá ser reclamada pelo UNIBANCO, o que torna impossível a recuperação dos recursos aplicados senão através dos negócios que, no futuro, poderão ser efetuados com os clientes que integram a carteira.

10.2 - Quanto à segunda categoria de despesas, o prazo para o retorno dos recursos aplicados é passível de determinação, conforme Já referido no item 9.2, aplicando-se a ela, de forma plena, o disposto no inciso II do art. 268 do RIR/94.

10.2.1 - Nesse caso, a fixação da quota de amortização anual deverá ser efetuada considerando-se a receita total decorrente das diferenças positivas no inciso II do item 4.3 e o valor realizado, por qualquer forma, em cada ano-calendário.

Em vista dos entendimentos assumidos, propomos que a consulta seja solucionada com base nos esclarecimentos ora prestados.

À consideração superior.

Com base no parecer supra, que aprovo, soluciono a consulta apresentada.

Encaminhe-se, por ofício, cópia do presente Parecer, ao "Departamento de Organização do Sistema Financeiro - DEORF", do Banco Central do Brasil, dando ciência da decisão proferida e archive-se o Processo. " (doc. 03 da defesa)."

- Aduz novamente seu inconformismo com a utilização da Taxa Selic como juros de mora e reclama da ilegalidade da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

VOTO

Conselheiro - LUIZ MARTINS VALERO, Relator.

Recurso tempestivo e que atende os demais requisitos legais. Dele conheço.

No mérito, o ponto central do litígio consiste em saber qual a natureza e finalidade do ágio pago pela recorrente. Como relatado, a fiscalização entende que o valor pago representa aquisição de fundo de comércio, não possuindo os requisitos de dedutibilidade, via amortização, previstos na legislação tributária, basicamente por não se tratar de capital aplicado no exercício de direitos por tempo limitado. Os julgadores de primeiro grau concordaram com o fisco e sustentam tratar-se de aquisição de fundo de comércio do Banco Banorte e da Banorte Leasing, ilegal, portanto, a amortização do capital levada a efeito.

A recorrente entende que o valor representou recursos aplicados, ou dispêndios havidos na aquisição de ativos isolados, principalmente a carteira de clientes dessas empresas com o objetivo de ampliar sua base de clientes, o que caracteriza, segundo ela, despesa necessária, usual, e amortizável porque contribuiria para gerar receitas em exercícios futuros.

Nessa linha, aduz que adquiriu apenas partes dos ativos e assumiu partes dos passivos do Banco Banorte e da Banorte Leasing, tendo o remanescente permanecido com as referidas instituições que continuam existindo até hoje com os mesmos nomes. Junta documentos obtidos do Sistema de Informações do Bacen - Sisbacen - conta 4010 impressa em 06/06/2002 onde consta o Balancete de março de 2002 do Banco Banorte S.A. em Liquidação Extrajudicial e da Banorte Leasing - em Liquidação Extrajudicial.

NE



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

Apesar de tudo quanto já foi escrito nestes autos, tanto pela fiscalização e pela autuada, quanto pelos julgadores de primeiro grau, não há como fugir de uma análise preliminar, ainda que breve, sobre o conceito de fundo de comércio, por ser este ponto relevante para o deslinde do litígio.

Deixaremos de lado discussões teóricas sobre eventuais diferenças entre o aviamento e o fundo de comércio para assumir que este último, na prática, representa o elemento que permite o exercício da atividade empresarial, sendo constituído de bens corpóreos e incorpóreos. Todavia, para sua exata configuração, a esse conjunto de bens é imperativo associar o exercício da atividade. Aliás, é o exercício dessa atividade que dá origem à denominada mais valia (ou "sobre-valor") ao conjunto de bens que integram esse instituto.

Embora possa ser afirmado que a clientela é insuscetível de apropriação pelo empresário ou pela sociedade empresária, parece-nos que esse elemento acaba agregando valor ao fundo de comércio. Nesse sentido as lições de Martinho Maurício Gomes de Omelas¹:

É óbvio que o empresário não pode arvorar-se em dono de sua clientela, mas é ele que, racionalmente, dispõe dos elementos constitutivos de seu negócio de modo que colha os benefícios que aquela lhe proporciona pelo consumo de seus produtos e serviços. Isto é o quanto basta para se considerar a patrimonialidade desses elementos, independentemente do debate quanto ao posicionamento da clientela e do aviamento.

Sem embargo, quando a carteira de clientes alienada tenha sido formada a partir de uma referência física, o estabelecimento, por exemplo, não há como tratar esse item dissociado dos demais elementos que compõe o fundo de comércio.

¹ ORNELAS, Martinho Maurício Gomes de. *Avaliação de sociedades: apuração de haveres em processos judiciais*, p. 127.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05

Acórdão nº : 107-08.588

No caso presente, a recorrente sustenta que adquiriu a carteira de clientes, mas é inegável que o negócio foi efetuado ao mesmo tempo em que também adquiriu as agências bancárias do BANORTE, com todos os elementos que as compõe

fisicamente, inclusive o pessoal. Assim, essa clientela passou a integrar o fundo de comércio adquirido. Essa constatação é notória à vista do que se observou no âmbito das reorganizações e reestruturações bancárias que ocorreram no Brasil a partir de 1995. A percepção do cliente é de que "o seu Banco trocou de nome ou de dono, mas continua ali onde sempre esteve e onde ele está habituado a transacionar". Claro que defecções podem ocorrer, mas serão sempre residuais. Sem embargo, quando a carteira de clientes alienada tenha sido formada a partir de uma referência física, o estabelecimento, por exemplo, não há como tratar esse item dissociado dos demais elementos que compõe o fundo de comércio.

No caso presente, a recorrente adquiriu a carteira de clientes, acompanhada das agências bancárias com todos os elementos que a compõe fisicamente, inclusive o pessoal. Assim, essa clientela passou a integrar o fundo de comércio adquirido. Essa constatação é notória à vista do que tem se observado no âmbito das reorganizações e reestruturações bancárias que ocorreram no Brasil a partir de 1995. A percepção do cliente é de que "o seu Banco trocou de nome ou de dono, mas continua ali onde sempre esteve e onde ele está habituado a transacionar". Claro que defecções podem ocorrer, mas serão sempre residuais.

Em outras palavras, "adquirir clientela" está umbilicalmente ligado à aquisição do estabelecimento e pressupõe continuação das atividades no mesmo local e com os mesmos elementos físicos que foram decisivos na formação dessa clientela.

Quando isso ocorre, resta assegurada a continuidade da operação dos serviços bancários, por intermédio dos estabelecimentos adquiridos.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05

Acórdão nº : 107-08.588

Aliás, no caso dos bancos, esse foi um dos motivos que levaram o governo a instituir o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (PROER)², qual seja a continuidade dos serviços

bancários assumidos pelas Instituições que viessem a adquirir ativos e assumir passivos das instituições em liquidação.

Isto posto, não vejo como não classificar a operação feita pela recorrente como de pagamento de ágio pela aquisição de fundo de comércio. Aliás, o contrato reza especificamente isso e não se trata de mera nomenclatura como quer fazer crer a recorrente. A leitura da cláusula contratual deixa patente a natureza jurídica do negócio:

"Cláusula Décima-segunda: Os bens intangíveis representados por fundo de comércio, clientela, marcas, nome comercial, nomes de fantasia e logotipos do BANORTE, ou de suas coligadas BANORTE CORRETORA DE VALORES MOBILIÁRIOS E CÂMBIO S.A., [...]"

PARÁGRAFO ÚNICO: o BANDEIRANTES pagará, em espécie, no dia 27 de maio de 1996, a título de ágio, pela aquisição dos bens intangíveis descritos no caput desta Cláusula assim como pelos negócios relativos à atividade bancária que lhe são transferidos pelo BANORTE, incluídos agências, postos de atendimento, cartão de crédito, demais atividades relacionadas a seguros, incluindo corretagem, e arrendamento mercantil, o preço de R\$ 37.500.000,00."

Somente para reforçar que não se está diante de mera aquisição de carteira de clientes, na esfera da Justiça Trabalhista, pacificou-se o entendimento de que o Banco Bandeirantes S.A. sucedeu ao Banco Banorte S.A., mormente pelo fato de haver adquirido as agências do aludido Banco, mantendo as mesmas atividades anteriormente por ele exercidas e, inclusive, permanecendo com parte de seus antigos empregados. Veja:

ENUNCIADO Nº 01 do Tribunal Regional do Trabalho de 6ª Região

² O conjunto composto pela Medida Provisória nº 1.179 e a Resolução nº 2.208, ambas de 3/11/95, implantou o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (Proer), que veio para ordenar a fusão e incorporação de bancos a partir de regras ditadas pelo Banco Central.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

"SUCESSÃO TRABALHISTA - ALIENAÇÕES DE ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS DECORRENTES DA EXECUÇÃO DO PROER - PROGRAMA DE APOIO À REESTRUTURAÇÃO E AO FORTALECIMENTO DO SISTEMA FINANCEIRO - CARACTERIZAÇÃO (REQUISITOS) - Nas alienações de estabelecimentos bancários decorrentes da execução do PROER - Programa de Apoio à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema financeiro, caracteriza-se sucessão trabalhista (artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho) mesmo nas hipóteses em que o bancário não tenha prestado trabalho ao sucessor, sendo, outrossim, irrelevante a tal configuração o fato de a instituição sucedida não ter

sido extinta, ou seja, de estar submetida a regime de liquidação extrajudicial"

Esse entendimento foi consagrado pelo Tribunal Superior do Trabalho ao Julgar o Recurso de Revista TST-E-RR-490.595/1998.6 (DJ de 23/08/2002):

1.2 LEGITIMIDADE PASSIVA - SUCESSÃO TRABALHISTA - BANCO BANORTE E BANCO BANDEIRANTES A Turma negou provimento ao Recurso de Revista do Banco Bandeirantes, quanto ao tema legitimidade passiva/sucessão, porque o negócio jurídico entre o Banco Banorte e o Banco Bandeirantes, consistente na aquisição por este último da organização produtiva e econômica daquele, implicou típica sucessão trabalhista, de forma que os direitos adquiridos dos empregados permaneceram íntegros e passíveis de exigibilidade junto ao sucessor, nos termos do arts. 10 e 448 da CLT (fls. 592/601).

(...)

Alega o Reclamado que o Banco BANORTE subsiste sob intervenção/liquidação extra judicial, com personalidade jurídica e patrimônios próprios. Afirmar que não existiu transferência do controle acionário, permanecendo com o Banco BANORTE a totalidade dos passivos e ativos que não foram objeto de negociação. Diz que os Reclamantes nunca prestaram serviços ao Banco Bandeirantes e que a negociação havida entre os Bancos foi no contexto do PROER que é um programa que objetiva a liquidez e solvência do sistema financeiro nacional, assim como dos depositantes e investidores. Conclui que se configura uma situação distinta da disciplinada nos arts. 10 e 448 da CLT, traduzida pela alteração na propriedade jurídica do empreendimento econômico, com continuidade da prestação laboral. Aponta violação dos arts. 10 e 448 da CLT e transcreve arestos (fls. 623/628). Sem razão o Embargante. Segundo estabelecem os arts. 10 e 448 da CLT, qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afeta os contratos de trabalho dos empregados, ou os respectivos direitos por eles adquiridos. A alegação de que o Banorte teria assumido o passivo trabalhista, não tem força suficiente para alterar a legislação trabalhista quanto à sucessão ou à responsabilidade pelos direitos decorrentes dos contratos de trabalho. É fato público e notório que ao Banco Bandeirantes S.A. foram transferidos ativos, agências, direitos contratuais etc. do Banco Banorte S.A. Em consequência, considerando o princípio da despersonalização do empregador, o



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05

Acórdão nº : 107-08.588

patrimônio da empresa é que assegura o cumprimento das obrigações trabalhistas, devendo o Banco Bandeirantes S.A. responder pelas verbas reconhecidas aos Reclamantes. (GRIFAMOS)

Superada a questão da natureza da operação efetivamente realizada - aquisição de fundo de comércio -, há que se verificar o acerto ou não da fiscalização ao não admitir a amortização do ágio pago. Não admitida tal amortização, nos moldes feitos pela recorrente, e considerando que efetivamente houve aplicação de capital, há

que se verificar o momento em que esse dispêndio deve ser levado em conta na apuração dos tributos que tem a renda - acréscimo patrimonial - como materialidade da sua incidência.

Dispõe o Art. 266 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/94 (atual art. 325 do RIR/99):

Art. 325. Poderão ser amortizados:

I - o capital aplicado na aquisição de direitos cuja existência ou exercício tenha duração limitada, ou de bens cuja utilização pelo contribuinte tenha o prazo legal ou contratualmente limitado, tais como (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58):

(...)

c) custo de aquisição, prorrogação ou modificação de contratos e direitos de qualquer natureza, inclusive de exploração de fundos de comércio;

d) custos das construções ou benfeitorias em bens locados ou arrendados, ou em bens de terceiros, quando não houver direito ao recebimento de seu valor;

II - os custos, encargos ou despesas, registrados no ativo diferido, que contribuirão para a formação do resultado de mais de um período de apuração, tais como:

(...)

h) os custos, despesas e outros encargos com a reestruturação, reorganização ou modernização da empresa (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º, alínea "c").

(...)

Descartada a hipótese de enquadramento na letra "h" do inciso "II" do artigo transcrito, defendida pela Recorrente, porque nos convencemos tratar-se de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05

Acórdão nº : 107-08.588

aquisição de fundo de comércio, resta claro que a amortização a esse título referida na letra "c" do inciso "I", em consonância com o "caput" do artigo, pressupõe direito com prazo legal ou contratualmente limitado, o que não é o caso da aquisição feita pela recorrente. Seria passível de enquadramento como fundo de comércio amortizável, por exemplo, as luvas e benfeitorias em imóveis de terceiros, sem indenização. Nesse sentido, veja a explicação do Banco Central, ao disciplinar o Plano de Contas das Instituições Financeiras (COSIF), Subseção 1.11.9.

Embora não seja o caso destes autos, mas só para reforçar que a legislação tributária caminha no sentido de vedar a amortização de ágio pago por fundo de comércio, contra os resultados operacionais, veja o que dispõe a Lei nº 9.532/97, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.718/98:

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:

(...)

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 26 de dezembro de 1977 (*fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas*), em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

(...)

§ 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.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

§ 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.

Impugnada a amortização, não se pode negar à autuada o direito à consideração desse custo de aquisição quando da alienação do direito que lhe deu causa, na apuração do ganho de capital. Não há nos autos elementos que permitam vislumbrar a ocorrência desse evento posterior, até a data da ação fiscal, o que poderia ensejar nulidade do lançamento por falta de liquidez em face da inobservância do disposto no Art. 6º do Decreto-lei nº 1.598/77 e Parecer Normativo COSIT nº 2/96 (postergação).

Rejeito, igualmente, a pretensão da recorrente de aplicação ao seu caso do Parecer COSIT 727/96, pois o entendimento veiculado por aquele ato administrativo decorre de resposta a Consulta sobre interpretação de caso concreto de outro contribuinte levado à administração tributária.

Com efeito, o instituto da consulta se destina a orientar o contribuinte que a formulou sobre a aplicação da legislação tributária a fato por ele **determinado** (Dec. 70.2235/782, art. 46). Mesmo para conferir direitos ao consulente e vincular a administração, a lei impõe-lhe o ônus de descrever completa e exatamente a hipótese a que se refere a consulta. Logo, não há a menor possibilidade de atendimento de pleito de um terceiro contribuinte de aplicação de entendimento dirigido (não normativo) a outro contribuinte e a outro fato, ainda que possam existir semelhanças entre eles.

A exigência de juros de mora à taxa SELIC está ancorada em expressa disposição legal vigente e eficaz, não cabendo ao tribunal administrativo analisar argumentos de inconstitucionalidade de lei legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional, consoante pacífica jurisprudência deste Colegiado.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

A CSLL não deverá ser deduzida da base de cálculo do IRPJ por disposição expressa do art. 1º da Lei nº 9.316/96

No tocante a arguições de ferimento a princípios constitucionais fico com a sábia recomendação do Dr. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho – Procurador da Fazenda Nacional - em artigo de sua lavra, publicado no Repertório IOB de Jurisprudência de maio/2000 sob o título: O Exame da Constitucionalidade no Processo Administrativo Fiscal:

"Em relação aos órgãos julgadores administrativos (..) estou que, embora a legislação infraconstitucional acerca do processo administrativo fiscal e da competência dos órgãos administrativos decidores não tenha deixado essa matéria explicitada, como o Estatuto Político de 1988 assegurou aos litigantes e aos acusados em geral, também no processo administrativo o contraditório e a ampla defesa, só posso entender que ao administrado foi garantido o direito de arguir a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo que serviu de supedâneo do lançamento ou da autuação, tendo sido dada, conseqüentemente aos órgãos julgadores administrativos a competência para aplicar a Lei constitucional e deixar de aplicar o diploma legal, no caso concreto, por considerá-lo inconstitucional.

(...)

Contudo, ainda na esfera federal, penso que esses órgãos julgadores devem observar a máxima ponderação em suas decisões, evitando considerar inconstitucional norma ainda não examinada pelo Supremo Tribunal Federal, devendo adotar os precedentes de nossa Corte Constitucional, e, quando existente, as interpretações jurídicas da Advocacia Geral da União, devidamente aprovadas pelo Presidente da República."

Por outro lado assiste razão à recorrente quanto à não incidência de juros de mora sobre a multa de ofício à taxa SELIC, por absoluta falta de previsão legal.

A aplicação de taxa de juros lastreadas em indicadores do mercado financeiro foi inaugurada pela Lei nº 8.981/95, cujo art. 84 dispõe:

Art. 84. Os tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores vierem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária serão acrescidos de:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

I - juros de mora, equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna;

(...)

Posteriormente a Lei nº 9.065/95 substituiu o indicador pela taxa

SELIC:

Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea "c" do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea "a.2" da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

(...)

Como se vê, a base legal de incidência dos juros de mora prevê sua incidência sobre os tributos e contribuições sociais não pagos no vencimento. Multa não é tributo ou contribuição.

Entretanto, a Lei nº 9.430/97, ao remodelar a multa de mora incidente nos pagamentos em atraso, estabeleceu em parágrafo que sobre os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal incidirão juros de mora à taxa SELIC, veja:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(...)

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

Com base nessa disposição a Receita Federal vem entendendo que a multa de ofício também está sujeita aos juros de mora à taxa SELIC, a partir do seu vencimento.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

O cerne da questão está na interpretação que se deve dar à expressão “débitos decorrentes de tributos e contribuições”. Ora decorrente é aquilo que se segue, que é conseqüente. De fato o não pagamento de tributos e contribuições nos prazos previstos na legislação faz nascer o débito. Em outras palavras, o débito decorre do não pagamento de tributos e contribuições nos prazos.

A multa de ofício não é débito decorrente de tributos e contribuições. Ela decorre, nos precisos termos do art. 44 da Lei nº 9.430/96³, da punição aplicada pela fiscalização às seguintes condutas:

A multa de ofício não é débito decorrente de tributos e contribuições. Ela decorre, nos precisos termos do art. 44 da Lei nº 9.430/96⁴, da punição aplicada pela fiscalização às seguintes condutas:

a) falta de pagamento ou recolhimento dos tributos e contribuições, após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória; e

b) falta de declaração e nos de declaração inexata

É dizer, a multa de ofício tem a mesma natureza punitiva da multa de mora. A diferença é que aquela tem um percentual maior porque aplicada de ofício. Aliás, sobre a multa de mora não há incidência dos juros à taxa SELIC.

³ Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

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

(...)

⁴ Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

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

(...)



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

Me parece que a SELIC só incidirá sobre multas isoladas, aplicadas nos termos do art. 43 da Lei nº 9.430/97:

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

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Inaplicável a SELIC como taxa de juros de mora, restam devidos os juros de 1% ao mês a que alude o Código Tributário Nacional, esse sim, aplicável ao crédito tributário não pago no vencimento.

Resta analisar a questão da exigência da CSLL em percentual superior a 8% (oito por cento).

De fato a fiscalização não considerou que a recorrente, para o ano-calendário de 1997, estava amparada por decisão judicial proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 96.0009098-0, que lhe permitiu recolher a CSLL à alíquota de 8% (oito por cento). Houve concessão de liminar e confirmação desta por sentença em 04.12.1997, assim exarada pelo TRF:

"Isto posto, e à vista do mais que consta dos autos, concedo a segurança nos termos postulados na inicial, a fim de que a Impetrante recolha a contribuição social sobre o lucro pela alíquota de 8%, em paridade com as demais pessoas jurídicas, ficando a salvo de quaisquer constrições, ou atos punitivos a esta decisão".

Assim, o lançamento da diferença para 18% (dezoito por cento) deveria ter sido efetuada com exigibilidade suspensa, nos precisos termos do art. 63 da Lei nº 9.430/96, sem multa de ofício, mas com juros de mora à taxa SELIC, como tem decidido reiteradamente esse Colegiado.

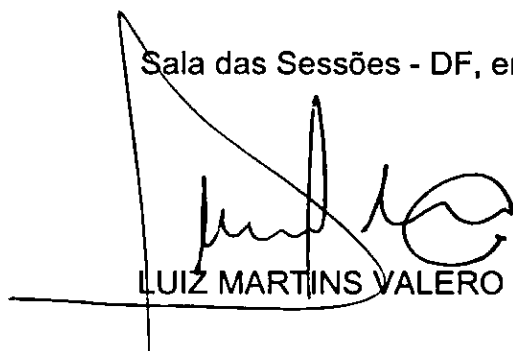


MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

Face ao exposto, voto por se dar provimento parcial ao recurso, para excluir da exigência a aplicação de juros de mora à base da taxa Selic sobre a multa de ofício até o limite de 1% e excluir a multa de ofício sobre o diferencial de alíquota da CSLL.

Sala das Sessões - DF, em 25 de maio de 2006.



LUIZ MARTINS VALERO



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro Natanael Martins - Relator

Dada a singularidade e importância do caso, por ocasião do julgamento solicitei a oportunidade de juntada de voto com o objetivo de deixar claro as razões pelas quais acompanhei o relator designado.

Com efeito, o relator, I. Conselheiro Luiz Martins Valero, em profundo voto, deixou patente que no caso em questão não teria havido mera aquisição de "carteira de clientes", mas, sim, aquisição de todo o negócio do Banco Banorte e da Banorte Leasing, realizadas no contexto do PROER, tratando-se, em verdade, de autentica sucessão de fundo de comércio, razão pela qual concluiu pela impossibilidade de amortização do valor pago.

Todavia, não obstante não se discuta o fato de que, a rigor, não seria possível a alienação/apropriação da clientela e da circunstância de que esta (clientela) evidentemente é um dos elementos que, embora não possa afirmar ser integrante do fundo de comércio, atribuem mais valia ao estabelecimento, a verdade é que, sob esta denominação, negócios frequentemente são realizados.

Vale dizer, hoje, frequentemente, a mídia noticia negociações com denominadas "carteiras de clientes", no mais das vezes representando aquisição de partes de um empreendimento maior, isto é, representando em verdade aquisição de negócios, estruturados ou não sob a forma de uma massa de contratos.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

Com efeito, em sua recentíssima obra denominada Estabelecimento Empresarial, Fábio Tokars, Professor da PUC do Paraná, passando em revista a doutrina nacional e estrangeira existente sobre o tema, a propósito da “alienação de clientela”, registra:

“Embora juridicamente seja evidente que a clientela não integra o fundo de empresa, não se pode abstrair a existência de inúmeros contratos em que se configura uma pretensa alienação de clientela. Tais pactuações, contudo, devem ser vistas como contratos de intermediação, justificando-se os valores recebidos pelo empresário alienante como remuneração à facilitação de contratação entre o novo empreendedor e os antigos clientes, com fundamento assemelhado à hipótese de representação comercial. Consoante a lição de *Mário Figueiredo Barbosa*, “é comum falar-se em venda da clientela, mas esse direito sobre ela é recusado e havido como anijurídico pelo fato de não se conceder um direito sobre pessoas”.⁵

Fábio Tokars, ainda sobre o tema, em nota de rodapé⁶ consigna:

“Exemplo apontável é o da doutrina de João Eunápio Borge, segundo a qual não se pode cogitar de um estabelecimento sem clientela, sendo possível inclusive a sua transferência, decorrente da cláusula de não restabelecimento. “Pode evidentemente alguém ceder a sua clientela. Como nenhum direito, porém, tem sobre o cliente ou ao cliente que é livre de servir-se e de abastecer-se nesse ou naquele estabelecimento, tal cessão tem apenas o alcance explicado em nota e se reduz a uma obrigação de não fazer, assumida pelo alienante, dando lugar a uma relação jurídica meramente pessoal entre vendedor e comprador.”Curso de Direito Comercial Terrestre, pp. 302-303.”

⁵ Estabelecimento Empresarial, LTR Editora, pg. 86.

⁶ Citação na nota de rodapé 36, pg. 86.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.002157/2002-05
Acórdão nº : 107-08.588

Ou seja, embora sob o ponto de vista jurídico não se possa falar em alienação e aquisição de carteira de cliente, o que a doutrina registra é que sob esse rótulo inúmeros negócios são realizados e o direito privado pode e deve tutelá-los, cabendo ao intérprete e aplicador da legislação tributária, sobretudo aos órgãos judicantes, analisar os reflexos que operações da espécie podem causar na órbita dos tributos, especialmente sobre aqueles incidentes sobre o lucro ou a renda.

É que, fazendo abstração das peculiaridades que cada caso da espécie possa ter, sob a ótica do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro, não pairando nenhuma ilicitude quanto à operação praticada, tenho para mim que o preço pago seria despesa que, evidentemente, influenciaria o resultado de mais de um período base, devendo, portanto, ser contabilizada inicialmente no ativo diferido, mas que, dada a sua natureza, a teor do disposto no art. 325, II, c.c. art. 327, II e seu § único, todos do RIR/99, poderia ser apropriada em resultados como despesa operacional.

Isso posto, acompanho o relator porque no caso concreto, efetivamente, o que se verificou não foi mera “alienação de carteira de clientes” mas, diversamente, de autêntica aquisição de fundo de comércio

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 25 de maio de 2006.

NATANAEL MARTINS