



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

Processo n° 16327.720528/2012-06
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1402-001.786 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de agosto de 2014
Matéria IRPJ
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
BANCO BRADESCO BBI S.A.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/12/2007, 14/11/2008, 31/12/2008

DECADÊNCIA. FATOS PASSADOS COM REPERCUSSÃO EM EXERCÍCIOS FUTUROS. FISCALIZAÇÃO.

O sujeito passivo está sujeito à fiscalização de fatos ocorridos em períodos passados quando tais fatos repercutirem em lançamentos contábeis de exercícios futuros. Deve o sujeito passivo 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.

PRELIMINAR. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Reconhece-se que o julgador *a quo* analisou todas as provas apresentadas pelo contribuinte, sendo, contudo, livre para apreciá-las conforme sua convicção e juízo.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2007, 14/11/2008, 31/12/2008

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. DETERMINAÇÃO.

Na aquisição de investimento em empresa com passivo a descoberto, o ágio limita-se ao valor pago pela investidora.

DEDUTIBILIDADE DE DESPESAS. REQUISITOS DE NECESSIDADE, USUALIDADE E NORMALIDADE.

São dedutíveis como operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, necessárias, normais e usuais para o desenvolvimento do seu objeto social.

CSLL. DECORRÊNCIA. LANÇAMENTO REFLEXO.

Versando sobre as mesmas ocorrências fáticas, aplica-se ao lançamento reflexo alusivo à CSLL o que restar decidido no lançamento do IRPJ.

CSLL. ADIÇÃO DE DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA.

A adição à base de cálculo da CSLL de despesas com amortização de ágio deduzidas indevidamente pela contribuinte encontra amparo nas normas que regem a exigência da referida contribuição.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO.

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos negar provimento ao recurso de ofício e rejeitar a preliminar de nulidade. Por maioria de votos, rejeitar a arguição de decadência vencido o Conselheiro Carlos Pelá. No mérito: i) por voto de qualidade, dar provimento parcial ao recurso para reconhecer o direito à amortização do ágio até o limite do valor pago. Vencidos os Conselheiros Carlos Pelá, Moises Giacomelli Nunes da Silva e Paulo Roberto Cortez, que acolhiam a dedução da integralidade do ágio; ii) por unanimidade de votos, restabelecer a dedução das despesas com serviços prestados pela Opus Serviços Financeiros e Consultoria Ltda; iii) por maioria de votos, negar provimento quanto à dedução da despesa com amortização de ágio na base de cálculo da CSLL. Vencido o Conselheiro Carlos Pelá; e: iv) por voto de qualidade, manter a exigência dos juros de mora sobre a multa de ofício. Vencidos os Conselheiros Carlos Pelá, Moises Giacomelli Nunes da Silva e Paulo Roberto Cortez. Designado o Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar para redigir o voto vencedor.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto – Presidente

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto – Redator *ad hoc*

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar – Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Leonardo de Andrade Couto, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Paulo Roberto Cortez. e Carlos Pelá.

Relatório

Relatório elaborado pelo Conselheiro Carlos Pelá:

DO LANÇAMENTO

Trata-se de autos de infração de IRPJ e CSLL, cumulados com juros, multa de ofício, referentes a fatos geradores ocorridos em 31/12/2007, 14/11/2008 (incorporação da Agora Holdings S/A.) e 31/12/2008 (fls. 411 a 431).

Conforme Termo de Verificação Fiscal (fls. 393/410), foram apuradas as seguintes infrações:

(i) dedução indevida de despesa relativa à amortização de ágio decorrente da incorporação da empresa Serena Holdings Ltda.;

(ii) dedução indevida de despesa relativa à amortização de ágio decorrente da incorporação da empresa Agora Holdings S/A.;

(iii) dedução indevida de despesa referente a serviços prestados pela empresa Opus Serviços Financeiros e Consultoria Ltda.

Passa-se à síntese dos fatos e do direito descritos no Termo de Verificação Fiscal.

DAS OPERAÇÕES

1. Do Ágio decorrente da incorporação da Serena Holdings Ltda – aquisição do BEM.

Em 10/02/2004, o Banco Bradesco S/A (CNPJ 60.746.948/0001-12), através de leilão realizado na Bolsa de Valores de São Paulo, adquiriu o controle do Banco do Estado do Maranhão (“BEM” - CNPJ 06.271.464/0001-19), com a compra de 324.181.808 ações ordinárias pelo valor de R\$ 78.000.000,00, pagos da seguinte forma:

Dinheiro: R\$ 7.801.181,44

Títulos públicos federais: R\$ 70.198.818,56

Total: R\$ 78.000.000,00

Considerando que os títulos públicos federais foram adquiridos pelo Banco Bradesco com deságio de R\$ 27.732.502,97, o custo de aquisição do Banco BEM resultou em:

Valor de aquisição: R\$ 78.000.000,00

Custo de investimento: R\$ 50.267.497,03

Em 31/03/2004 e 31/07/2004, as ações dos acionistas minoritários foram adquiridas pelo Banco Bradesco.

Assim, o Banco Bradesco se tornou o único acionista do Banco BEM, tendo apurado os valores de ágio abaixo discriminados, que totalizaram R\$ 107.839.919,67:

| | 10/02/2004 | 31/03/2004 | 31/07/2004 |
|--|----------------|----------------|----------------|
| PL do BANCO BEM | -48.657.685,66 | -49.295.747,16 | -50.856.570,27 |
| Quantidade de ações | 360.372.879 | 360.372.879 | 360.372.879 |
| Valor patrimonial de cada ação | -0,13502 | -0,13679 | -0,14112 |
| Quantidade de ações adquiridas | 324.181.808 | 661.919 | 35.499.857 |
| Valor patrimonial das ações adquiridas | -43.771.154,15 | -90.544,53 | -5.009.813,66 |
| Custo do investimento | 50.267.497,03 | 74.690,23 | 8.626.220,07 |
| Ágio apurado na aquisição das ações | 94.038.651,18 | 165.234,76 | 13.636.033,73 |

Em 27/06/2003, a empresa Serena Holdings Ltda (“Serena”) foi constituída com capital social de R\$ 1.000,00, dividido em 1.000 cotas de R\$ 1,00 cada, distribuídas entre dois acionistas: União de Comércio e Participações Ltda. (empresa controlada pelo Banco Bradesco), com 999 cotas, e Márcio Cypriano, com 1 cota.

Em 29/09/2004, o contrato social da Serena foi alterado, tendo a União de Comércio e Participações Ltda transferido suas 999 cotas para o Banco Bradesco. Ademais, seu capital social foi aumentado de R\$ 1.000,00 para R\$ 213.902.700,00 com a emissão de 213.901.700 cotas, de valor nominal de R\$ 1,00, subscritas e integralizadas pelo sócio Banco Bradesco, sendo R\$ 90,60 em moeda corrente e R\$ 213.901.609,40 mediante a conferência de 360.522.879 ações ordinárias de emissão do Banco BEM.

Em 31/12/2004, foi deliberada a incorporação da Serena pelo Banco BEM. Assim, com a incorporação da sociedade controladora pela controlada, o saldo de ágio apurado na aquisição do Banco BEM, no valor de **R\$ 98.494.379,46** foi transferido para o próprio Banco BEM, que posteriormente alterou sua denominação para Banco Bradesco BBI, sujeito passivo da autuação.

No Termo de Verificação, a fiscalização não questiona as operações societárias realizadas, mas apenas o valor do ágio apurado.

Nesse passo, sustenta que não pode existir investimento com saldo credor, de acordo com a Instrução CVM nº. 247/96 e o Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº. 01/2007.

Argumenta que o valor mínimo de um ativo é zero, sendo indevido o registro de patrimônio líquido negativo relativamente à participação adquirida. Assim, conclui a fiscalização que seria de **R\$ 50.267.497,03** (custo de aquisição do investimento) o valor máximo do ágio que poderia ser amortizado no presente caso.

Além disso, a fiscalização alega que o Banco BEM não apresentou patrimônio líquido negativo em nenhum momento. Sustenta que o alegado patrimônio líquido negativo no valor de **R\$ 48.657.685,66** não decorreu de prejuízos passados ou de

reconhecimento de perdas em seus ativos, mas de meros ajustes contábeis que não foram contabilizados e não afetaram o patrimônio líquido.

Ou seja, no entender da fiscalização, ainda que os ajustes fossem contabilizados, deveriam ser constituídas provisões cujas contrapartidas não teriam efeitos para fins fiscais, a teor do disposto no art. 335 do RIR/99.

Aduz, por fim, que, o balancete referente a 31/01/2004 (antes da aquisição) apresenta patrimônio líquido de R\$ 37.947.967,88 e que o balancete relativo a 28/02/2004 (após a aquisição) apresenta patrimônio líquido de R\$ 65.424.820,66.

Dessa forma, a fiscalização apurou o ágio efetivamente incorrido da seguinte forma:

| Descrição | Valor |
|---|-------------------|
| Custo de aquisição do controle do Banco BEM | R\$ 50.267.497,03 |
| PL do Banco BEM em 31/01/2004 | R\$ 37.947.967,88 |
| Ágio efetivamente incorrido | R\$ 12.319.529,15 |

Com base em informação prestada pela própria contribuinte, a fiscalização relata que foi amortizado ágio no valor de R\$ 9.345.540,20 em 2004, R\$ 19.698.876,24 em 2005 e R\$ 19.698.876,24 em 2006.

Diante disso, conclui que não restou saldo a ser amortizado em anos posteriores, sendo necessária a lavratura de auto de infração para a exigência de IRPJ e de CSLL relativos ao ágio amortizado indevidamente nos montantes de R\$19.698.876,24 no ano de 2007, R\$ 17.236.516,71 referente ao fato gerador ocorrido em 14/11/2008 (evento de incorporação) e R\$ 2.462.359,53 relativo ao fato gerador ocorrido em 31/12/2008.

2. Do Ágio decorrente da incorporação da Ágora Holdings S.A.

Em 2008, a Contribuinte fiscalizada adquiriu a totalidade das ações da Ágora Holdings S/A. (“Ágora Holdings”), controladora integral da Ágora Corretora de Títulos e Valores Mobiliários (“Ágora CTVM”), tendo sido o pagamento efetuado mediante a entrega de ações da própria fiscalizada (Banco Bradesco BBI) aos acionistas da Ágora Holdings.

Relata a fiscalização que, no balanço patrimonial de 31/08/2008 da Ágora Holdings foi apurado patrimônio líquido de R\$ 213.212.539,04. Por outro lado, o laudo de avaliação, elaborado segundo a metodologia do fluxo de caixa descontado, atribuiu-lhe o valor de R\$ 907.873.718,82, incluindo a avaliação a valor de mercado das ações da BM&F e da Bovespa detidas à época pela Ágora CTVM.

Acrescenta que, a Contribuinte entregou como pagamento aos acionistas da Ágora Holdings 362.625.150 ações de sua emissão, ao valor de mercado de R\$ 2,503614876 por ação, totalizando R\$ 907.873.718,82.

Apurou-se, então, o seguinte ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, a ser amortizado em 60 meses:

Valor conforme laudo de avaliação: R\$ 907.873.718,82

(-) Patrimônio líquido: R\$ 213.212.539,04

(-) Ágio relativo ao valor de mercado das ações da BM&F Bovespa: R\$ 203.113.220,06

(=) Ágio: R\$ 491.547.959,72

Em 2008, foi amortizado o valor de R\$16.384.931,99, referente a dois meses.

Nesse contexto, a fiscalização questiona o valor do ágio passível de amortização.

Alega que a Contribuinte emitiu 362.625.150 ações e as entregou como pagamento aos acionistas da Ágora Holdings, que passaram a ser seus acionistas, juntamente com o Banco Bradesco S/A. Quando da aquisição Ágora Holdings, o valor de mercado das ações da Contribuinte era de R\$ R\$ 2,503614876 por ação, como já mencionado.

Informa a fiscalização que, ainda em 2008, a Contribuinte recomprou, dos antigos acionistas da Ágora Holdings, parte de suas ações em duas ocasiões, tendo cada acionista vendido exatamente a mesma proporção de ações de sua propriedade:

04/11/2008 – recompra de 194.843.569 ações pelo valor total de R\$ 495.746.971,59, resultando em custo unitário de R\$ 2,54443, valor consistente com o apurado por ocasião da incorporação;

23/12/2008 – recompra de 89.973.611 ações pelo valor total de R\$ 114.029.038,05, resultando em custo unitário de R\$ 1,2674, valor que não guarda consistência com o apurado por ocasião da incorporação.

A fiscalização sustenta que houve redução no custo de aquisição das ações da Ágora Holdings no montante de R\$ 114.266.485,97, pois a recompra efetuada em 23/12/2008 teve valor inferior ao valor de emissão das ações da contribuinte e também inferior ao preço pago na recompra de 04/11/2008.

Desse modo, o ágio correto a ser amortizado seria de R\$ 377.281.473,75 (R\$491.547.959,72 – R\$114.266.485,97), resultando em amortização mensal de R\$6.288.024,56.

No ano de 2008, alega a fiscalização que a Contribuinte poderia ter amortizado ágio de R\$ 12.576.049,13, mas amortizou R\$ 16.384.931,99, concluindo pela amortização indevida de R\$ 3.808.882,87, a ser objeto de lançamento de ofício.

3. Dos serviços prestados pela Opus Serviços Financeiros e Consultoria Ltda.

Em 06/03/2008, a Contribuinte fiscalizada e os acionistas da Ágora Holdings celebraram um Instrumento Particular de Compromisso de Incorporação de Ações e Outras Avenças, no qual se acordou a incorporação das ações da Ágora Holdings pela fiscalizada.

Em 27/05/2008, a Contribuinte celebrou contrato de consultoria com a empresa Opus Serviços Financeiros e Consultoria Ltda, cujos sócios eram também acionistas da Agora Holdings, com os seguintes termos e condições, em síntese:

“A Opus deveria assegurar ao BBI e aos novos administradores da Ágora pleno acesso a toda clientela da Ágora e assessorar o BBI em todas as gestões necessárias à manutenção de todos os empregados e agentes envolvidos nas atividades da Ágora que tinham sido incluídos no plano de retenção ou cuja relevância para a continuidade das operações da Ágora tenha sido verificada na Due Diligence prevista no Acordo de Incorporação.

Também deveria, sempre que convocada pelo Bradesco BBI, indicar entre os Consultores, representantes para participar nos comitês administrativos e operacionais da Ágora, responsáveis pela determinação de políticas de gestão, riscos, tecnologia, remuneração, etc., da Ágora e de suas Controladas.

O Bradesco BBI poderia solicitar à Opus a opinião em estudos, análises e projeções para auxiliar a condução e tomada de decisão em relação às atividades da Ágora, e de suas Controladas, decisões essas tomadas sempre pelo Bradesco BBI e seus representantes, de acordo com as diretrizes fixadas pelo Estatuto Social e pela legislação em vigor.”

A fiscalização aduz que o contrato também previa que as obrigações assumidas eram de meio, não garantindo ao Bradesco BBI qualquer resultado. Informa também que, no ano de 2008, foi pago à Opus o valor de R\$ 93.890.059,38.

No caso, a fiscalização sustenta que os serviços discriminados no contrato com a Opus não eram atividades desconhecidas do Bradesco BBI; ao contrário, eram atividades rotineiras de uma corretora de valores e de incorporação de empresas, sendo que o Grupo Bradesco tem um longo histórico de experiência nessas áreas.

Afirma que o gasto com a consultoria da Opus não tinha vínculo com as fontes produtoras de rendimentos. Alega também, que a curta duração do contrato não permitiu que a Contribuinte fiscalizada auferisse resultados da consultoria e isso nem era previsto, visto que o contrato previa que as obrigações da Opus eram apenas de meio.

Nesses termos, conclui que os pagamentos feitos pela Contribuinte à Opus não podem ser deduzidos na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, visto que não se configuram como despesas necessárias, usuais e normais, nos moldes do que dispõe o art. 299 do RIR/99 e o Parecer Normativo CST nº. 32/81.

DA IMPUGNAÇÃO

Irresignada, a Contribuinte apresentou impugnação às fls. 448/505, acompanhada dos documentos de fls. 506/826, aduzindo, em síntese, o que segue:

1. Do Ágio decorrente da incorporação da Serena Holdings Ltda – aquisição do BEM.

a) A forma jurídica adotada pelo Grupo Bradesco para a aquisição do Banco BEM foi a mais direta, correta e adequada para atingir seu objetivo final: a expansão das atividades financeiras no território nacional, com o consequente aproveitamento do ágio decorrente dessa aquisição. O Grupo Bradesco agiu de forma legítima, cumprindo todos os requisitos necessários para que fizesse jus a dedutibilidade das amortizações glosadas pela fiscalização.

b) Não merece razão a fiscalização quando afirma que o patrimônio líquido do Banco BEM era positivo na data da aquisição. A fiscalização não considerou todas as contas patrimoniais e de resultado hábeis a traduzir o patrimônio líquido da sociedade conforme a legislação societária.

c) O patrimônio líquido constante do balancete de 31/01/2004, no valor de R\$ 37.072.766,89 (cosif 6.0.0.00.00-2), não contemplava: **(i)** o valor do aumento de capital realizado pela União em 13/02/2004, no valor de R\$ 27.476.852,81 (cosif 6.1.1.10.00-2) e **(ii)** os ajustes contábeis decorrentes de fatos geradores ocorridos até a data da aquisição no montante de R\$ 113.207.305,36 (cosif 7.0.0.00.00-9 e 8.0.0.00.00-6). O registro desses valores no mês de fevereiro de 2004 é suficiente para a sua consideração para fins de apuração da equivalência patrimonial, uma vez que registrados no mês da aquisição e referentes a fatos geradores ocorridos antes dessa data.

d) Conforme disposto nos artigos 20 e 21 do Decreto-lei nº. 1.598/77, estava obrigada a fazer os ajustes no balancete de verificação a fim de eliminar as diferenças relevantes decorrentes da diversidade de critérios contábeis adotados pelo Banco Bradesco (controladora).

e) Até a privatização, o Banco BEM era administrado pela União e não estava sujeito ao mesmo rigor contábil aplicado aos bancos privados. Assim, quando de sua aquisição, foram identificados diversos lançamentos contábeis que não haviam sido realizados, especialmente referentes a provisões não efetuadas. Para uniformizar os critérios contábeis entre controlada e controladora, foi necessário realizar ajustes no patrimônio líquido do Banco BEM.

f) Os referidos ajustes foram todos refletidos na variação das contas de resultado 7.0.0.00.00-9 e 8.0.0.00.00-6 do balancete de verificação de 28/02/2004. Citem-se as notas explicativas do balanço patrimonial de 30/06/2004, publicado no diário oficial do Estado do Maranhão, que esclarecem que, sob a administração do Banco Bradesco, foram constituídas provisões necessárias para dar cobertura às contingências existentes, razão pela qual se verifica passivo a descoberto.

g) O patrimônio líquido, nos termos da legislação societária, corresponde à diferença entre a totalidade dos ativos e a totalidade dos passivos, motivo pelo qual somente pode ser corretamente quantificado se forem considerados todos os ajustes efetuados pela Autuada (R\$113.207.272,36), que resultaram na apuração de patrimônio líquido negativo ou passivo a descoberto de R\$ 48.657.685,66.

h) O patrimônio líquido negativo deve ser considerado para fins de cálculo do ágio na aquisição do investimento, visto que o ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição e a equivalência patrimonial, conforme previsto nos artigos 20 e 21 do Decreto-lei nº.

1.598/77 e no art. 13 da Instrução CVM nº. 247/96. Nesse sentido, cite-se orientação contida no Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações, de Sérgio de Iudícibus e outros.

i) A adoção do valor negativo do patrimônio líquido na composição do ágio é orientada pela própria CVM, no item 21.1.10 do Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 1/2007, citado pela fiscalização. Portanto, correto o valor do ágio apurado, devendo ser canceladas as autuações relativas a essa matéria.

j) Os fatos que deram origem ao ágio não podem mais ser questionados pela fiscalização, visto que ocorreram em 2004 e a ciência dos autos de infração ocorreu somente em 07/05/2012, após o decurso do prazo decadencial de cinco anos entre o surgimento do ágio e a ciência da autuação.

k) O Fisco não pode efetuar lançamentos sobre fatos pretéritos já consumados no tempo (fatos ocorridos em 2004 que deram origem ao ágio) para alcançar os efeitos decorrentes desses fatos em períodos subsequentes (amortização do ágio em 2007 e 2008).

2. Do Ágio decorrente da incorporação da Ágora Holdings S.A.

l) É indevida a redução, no valor de R\$ 114.266.485,97, efetuada pela fiscalização relativamente ao valor do ágio apurado na aquisição da Ágora Holdings S.A. Nos termos do Instrumento Particular de Compromisso de Incorporação de Ações, o preço de aquisição da Ágora Holdings foi composto por três parcelas, sendo uma delas (parcela C) referenciada pelo valor de mercado das 6.271.398 ações da Bovespa e das 9.605.466 ações da BM&F, de propriedade da Agora CTVM. Em razão da incorporação de ações da Bovespa pela BM&F, que passou a se denominar BM&F Bovespa, houve uma troca de ações, e a Agora CTVM passou a ser detentora de 18.541.308 ações da BM&F Bovespa.

m) Essas ações foram avaliadas a valor de mercado pelo laudo econômico no montante total de R\$ 225.259.270,69, ou seja, corresponderam a 24,8117404% do valor total da aquisição, de R\$ 907.873.718,82. Assim, considerando que o pagamento aos acionistas da Agora Holdings foi efetivado mediante a entrega de 362.625.150 ações emitidas pela Autuada, essas ações podem ser divididas em duas categorias: **(i)** 75.1882596% (272.651.539 ações) representativas da parcela do preço relacionada à expectativa de rentabilidade futura das atividades da Agora; e **(ii)** 24,8117404% (89.973.611 ações) representativas da parcela do preço correspondente ao valor de mercado das ações da BM&F Bovespa.

n) As 89.973.611 ações recompradas em 23/12/2008 correspondiam exatamente à parcela vinculada às ações da BM&F Bovespa. Essa recompra decorreu do exercício da opção de venda das ações da Autuada detidas pelos antigos acionistas da Ágora Holdings, conforme previsto no Contrato de Opções de Compra e de Venda de Ações Lock-up, que estabelecia que o preço de alienação das ações BBI Lock-up estaria atrelado ao valor de alienação das ações Bovespa e BM&F.

o) Na ocasião do exercício da opção de venda, as ações da BM&F Bovespa estavam cotadas a R\$ 6,15 por ação. Assim, os antigos acionistas da Agora tinham direito ao recebimento do preço de R\$ 114.029.038,05 por força do mencionado contrato.

p) Não existe qualquer justificativa para a afirmação da fiscalização de que “o ágio teria deixado de existir”. No caso, ocorreram duas operações completamente distintas: **(i)** fato 1 – em 17/09/2008, houve a incorporação das ações da Agora Holdings pelo preço de R\$ 907.873.718,82, com a entrega de 362.625.150 ações da Autuada como forma de pagamento, tendo sido apurado ágio de R\$ 694.661.179,78; **(ii)** fato 2 – em 23/12/2008, foi exercida a opção de venda de parte das ações recebidas da Autuada, que estavam indexadas ao valor de mercado das ações da BM&F Bovespa. O fato 2 não tem qualquer influência no ágio apurado no fato 1. O exercício da opção de venda das ações foi deliberado pelos antigos acionistas da Ágora, não havendo qualquer ato de vontade da Autuada nessa operação.

q) A título argumentativo, caso se aceite o entendimento da fiscalização quanto à necessidade de redução do ágio, tal fato atingiria apenas a parcela do ágio vinculada ao valor das ações da BM&F Bovespa, não provocando qualquer alteração na parcela do ágio que foi amortizada pela Autuada.

3. Dos serviços prestados pela Opus Serviços Financeiros e Consultoria Ltda.

r) As despesas relativas aos serviços prestados pela Opus Serviços Financeiros e Consultoria Ltda. podem ser deduzidas na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, visto que se configuram como despesas usuais, normais e necessárias à sua atividade.

s) A Ágora CTVM era a maior corretora do País em operações de *home broker*, sendo de interesse do Grupo Bradesco manter as estruturas operacionais e de atendimento da Ágora como uma unidade de negócios da Autuada.

t) Um dos fatores que motivou a aquisição da Ágora foi justamente o *know how* de seus gestores, que possibilitava à corretora desfrutar de posição privilegiada no seu nicho de atuação e obter resultados expressivos. Apesar de o Grupo Bradesco já possuir a atividade de corretora de valores, o desempenho da Ágora CTVM na sua área de atuação era claramente superior.

u) A contratação da Opus ocorreu quase três meses depois do início da participação do Grupo Bradesco na administração da Ágora. O Grupo Bradesco realizou seus melhores esforços na tentativa de gestão autônoma e independente da nova empresa adquirida, mas julgou que seria necessário contratar os antigos gestores para que os mesmos transferissem seu conhecimento e experiência aos novos gestores.

v) Tal despesa foi necessária, na medida em que, na ausência do referido contrato, a Autuada teria adquirido apenas as estruturas físicas, objetos e carteiras de clientes, sem usufruir de um dos maiores diferenciais da Ágora, que era justamente o *know how* de seus gestores. É inadmissível classificar como mera liberalidade a busca por uma melhor gestão, pela manutenção de seu investimento e por resultados superiores.

x) A fiscalização utilizou-se de critérios eminentemente subjetivos para valorar a relevância de suas escolhas empresariais, interferindo na política de gestão de recursos da empresa, sem ter o adequado conhecimento das atividades por ela desenvolvidas e de suas necessidades empresariais.

y) *Ad argumentandum*, caso não sejam acolhidos os argumentos anteriormente, deve ser cancelado o auto de infração relativo a CSLL por absoluta ausência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, (i) do valor correspondente à amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial, e (ii) dos valores decorrentes de despesas supostamente não usuais, normais e necessárias.

z) É indevida a cobrança de juros sobre multa de ofício;

DA DECISÃO DA DRJ

Em 20/03/2013, a 10ª Turma de Julgamento da DRJ/SP1, indeferiu a preliminar de decadência do ágio e, no mérito, deu parcial provimento à impugnação para exonerar os lançamentos de IRPJ e CSLL referentes à dedução indevida de despesa relativa à amortização de ágio decorrente da incorporação da empresa Ágora Holdings, nos termos da ementa a seguir reproduzida:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2007, 14/11/2008, 31/12/2008

DECADÊNCIA. FATOS PASSADOS COM REPERCUSSÃO EM EXERCÍCIOS FUTUROS. FISCALIZAÇÃO.

O sujeito passivo está sujeito à fiscalização de fatos ocorridos em períodos passados quando eles repercutirem 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.

AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO AVALIADO PELA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL.

O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, pelo método da equivalência patrimonial, desdobrar o custo de aquisição em valor de patrimônio líquido na época da aquisição e ágio ou deságio na aquisição. O patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado na data de aquisição ou até dois meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial.

DEDUTIBILIDADE DE DESPESAS. REQUISITOS DE NECESSIDADE, USUALIDADE E NORMALIDADE.

São dedutíveis como operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, sendo ônus do sujeito passivo

comprovar a necessidade do gasto à atividade da empresa e a usualidade e a normalidade para o desenvolvimento do seu objeto social.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Data do fato gerador: 31/12/2007, 14/11/2008, 31/12/2008

LANÇAMENTO REFLEXO. MESMOS EVENTOS. DECORRÊNCIA.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos impõe a constituição dos respectivos créditos tributários, e a decisão quanto à ocorrência desses eventos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados. Assim, o decidido em relação ao Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ aplica-se à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL.

CSLL. ADIÇÃO DE DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA.

A adição, à base de cálculo da CSLL, de despesas com amortização de ágio deduzidas indevidamente pela contribuinte encontra amparo nas normas que regem a exigência da referida contribuição.

CSLL. ADIÇÃO DE DESPESAS CONSIDERADAS DESNECESSÁRIAS.

As despesas desnecessárias são indedutíveis na apuração da base de cálculo da CSLL em razão do próprio conceito de resultado do exercício apurado com observância da legislação comercial.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do fato gerador: 31/12/2007, 14/11/2008, 31/12/2008

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Sendo a multa de ofício classificada como débito para com a União, decorrente de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, é regular a incidência dos juros de mora calculados pela taxa Selic, a partir de seu vencimento.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/12/2007, 14/11/2008, 31/12/2008

ALEGAÇÕES DESACOMPANHADAS DE PROVA.

A impugnação deve estar instruída com todos os documentos e provas que possam fundamentar as contestações de defesa. Alegações desacompanhadas de documentos comprobatórios não são suficientes para infirmar a procedência do lançamento.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Inconformada com a decisão, a Contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 894/981), acompanhada dos documentos de fls. 982/1326, repisando os argumentos de sua peça impugnatória.

Em adição, sustenta que:

a) a decisão recorrida é nula por cerceamento do seu direito de defesa, uma vez que ela não teria analisado com atenção os documentos comprobatórios acostados aos autos, em especial, a planilha auxiliar elaborada para demonstrar os ajustes ao PL do Banco BEM, fl. 583 dos autos;

b) a decisão recorrida não se manifestou sobre o item 2.1 da impugnação (“Da consideração do valor do patrimônio líquido negativo – passivo a descoberto – para a apuração do ágio a ser amortizado”), no qual foram rebatidas as alegações apresentadas pelo Sr. Agente Fiscal nos itens 1.5.4 e 1.5.5 do TVF, relativamente à possibilidade de consideração do valor do PL negativo no montante do ágio a ser amortizado;

c) a decisão recorrida inovou no critério jurídico adotado para o lançamento, já que o Sr. Agente Fiscal apenas alega que os ajustes ao PL do Banco BEM não teriam sido contabilizados e não afetaram o PL, ao passo que a decisão recorrida vai além e questiona se tais ajustes decorreriam de divergências entre os critérios contábeis adotados pelo Banco BEM e pelo Banco Bradesco, e se eles estariam relacionados a fatos ocorridos antes da aquisição das ações.

MEMORIAIS DA FAZENDA NACIONAL

A Fazenda Nacional apresentou memoriais (fls. 1330/1371) sustentando as seguintes razões para o desprovimento do recurso voluntário:

a) Ainda que o ágio tenha sido gerado em 2004, os efeitos sobre os resultados da pessoa jurídica contestados pela Fiscalização são aqueles ocorridos em 2007 e 2008, períodos não atingidos pela decadência;

b) A Fiscalização chegou ao valor do ágio efetivamente incorrido/pago de R\$ 12.319.529,15, isso porque o custo da aquisição foi de R\$ 50.267.497,03, enquanto o Patrimônio Líquido do Banco BEM em 31/01/2004 era de R\$ 37.947.967,88. Os balancetes analisados pela Fiscalização encontram-se disponíveis no e-processo, em documentos apresentados em resposta às intimações fiscais.

c) O fato de o Patrimônio Líquido do Banco BEM ser positivo ao tempo das aquisições do Banco Bradesco S/A., ao contrário o que alega o Contribuinte, é matéria eminentemente probatória.

d) Os ajustes efetuados não foram contabilizados e não afetaram o Patrimônio Líquido. Esse fato é confirmado pelos valores de Patrimônio Líquido, apurados após a aquisição, que se mostram positivos, conforme informações dos balancetes. Em nenhum dos balancetes apresentados, anteriores ou posteriores à aquisição pelo Banco Bradesco, o PL do Banco BEM se mostra negativo. Em todos eles o PL é positivo.

e) Ainda que este CARF, em contrariedade às provas dos autos, decida pelo reconhecimento de um PL negativo para o Banco BEM, tal constatação não implicaria o reconhecimento do pleito da Autuada, que visa a amortizar a estapafúrdia quantia de R\$ 107.839.919,67. Isso porque, a legislação em vigor, reverberada em abalizada doutrina, em pronunciamentos da CVM e confirmada por jurisprudência deste CARF impede o aproveitamento de ágio em patamares superiores ao valor efetivamente pago pela investidora, em circunstância de aquisição de investimento em sociedade com passivo a descoberto. É propriamente o caso dos autos.

f) A divergência entre o entendimento da Fiscalização e da Contribuinte diz respeito à corrente adotada para a avaliação de investimentos com base na equivalência patrimonial. A Fiscalização entende que o investimento em outra pessoa jurídica nunca pode ser avaliado por um montante inferior a zero, **dado que a investidora não se responsabiliza, perante os credores da investida**, por valores superiores ao capital investido. Já a Contribuinte, defende que a contabilidade, em caso de investimentos relevantes, deve sempre expressá-los em valor proporcional à sua participação no patrimônio líquido da investida, seja ele positivo ou negativo.

g) O resultado negativo da equivalência patrimonial não pode exceder o valor pelo qual o investimento está contabilizado, de modo a resultar em ativo com saldo negativo. A variação negativa do patrimônio da investida pode, no máximo, anular o investimento contabilizado.

h) Admitir que um investimento apresente valor contábil negativo significa reconhecer a responsabilidade da investidora pelas dívidas da investida para além do capital nela aplicado, obrigação que não é imputada aos sócios/acionistas de uma sociedade de capital, salvo em situações semelhantes às citadas na Instrução CVM nº. 247/96: *responsabilidade formal ou operacional para cobertura de passivo a descoberto ou intenção manifesta da investidora em manter o seu apoio financeiro à investida*.

i) Quando a Opus Consultoria iniciou sua participação no capital da Ágora CTVM, esta corretora já era líder em seu segmento há 2 (dois) anos. Ademais, conforme informações do próprio Laudo de Avaliação Econômico-Financeira, produzido por BDO Trevisan, a forte expansão da Ágora CTVM não pode ser creditada à Opus Consultoria, já que é natural que a então empresa líder do segmento apresente forte crescimento quando o setor em si cresce vertiginosamente.

j) O referido Laudo, ao tecer considerações sobre a Ágora CTVM, informa um faturamento anual da ordem de R\$ 170 milhões. Contudo, nesse tópico discute-se a glosa de suposta despesa com consultoria da ordem de R\$ 93.890.059,38, ou seja, uma

despesa que representa 55,23% do faturamento da Ágora CTVM, demonstrando, com isso, a anormalidade e inusuabilidade da despesa com a suposta consultoria prestada pela Opus.

k) A notícia menciona a aquisição da Ágora CTVM pelo Banco Bradesco pela vultosa quantia de R\$ 830 milhões. Contudo, quisesse o Banco Bradesco BBI S.A. usufruir do “maior diferencial” da Ágora CTVM, não precisava ter empregado R\$ 830 milhões, bastaria ter gasto R\$ 94 milhões. Esse seria o valor, em números redondos, que teria custado o *know how* tanto almejado pela Recorrente.

l) Segundo informações do *site* da própria Opus Consultoria, a sociedade foi constituída em 2004 e permanece em atuação até os dias atuais. Se a Contribuinte buscava “apenas o *know how*”, sendo o restante do fundo de comércio da Ágora CTVM mera “casca”, teria pago muito menos se tivesse contratado a consultoria da Opus para assessorar sua própria corretora (Bradesco CTVM), ao invés de empregar R\$ 830 milhões comprando outra corretora

m) A dedução de uma despesa na base de cálculo da CSLL importa renúncia de receita do Estado, seu cálculo pelo sujeito passivo se encontra condicionado à expressa previsão legal. A regra é a indedutibilidade das despesas, a sua dedutibilidade é a exceção que deve vir expressamente prevista.

m) Está correta a incidência de juros de mora sobre multa de ofício.

A Fazenda Nacional não contesta a exoneração dos lançamentos de IRPJ e CSLL referentes à dedução indevida de despesa com amortização de ágio decorrente da incorporação da empresa Ágora Holdings.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Leonardo de Andrade Couto, Redator *ad hoc*

Tendo em vista impossibilidade do Conselheiro Carlos Pelá formalizar a decisão, passo a redigi-la ressaltando que o posicionamento aqui explanado reflete o entendimento do Relator original.

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade. Deve, pois, ser conhecido.

PRELIMINARES

Decadência

A Recorrente alega que o ágio relativo à aquisição do Banco BEM não pode mais ser questionado pela fiscalização, visto que o mesmo foi apurado em 2004 e a ciência dos autos de infração se deu em 2012, ou seja, depois de decorridos mais de cinco anos da apuração do ágio.

Posto isso, a controvérsia preliminar destes autos cinge-se em saber qual a data inicial para contagem do prazo decadencial do ágio, se **(i)** na data em que ocorre a aquisição de participação societária, **(ii)** na data da incorporação que permite legalmente o início da amortização do ágio, ou **(iii)** na data de sua primeira parcela amortizada. E, mais do que isso, consiste em saber se os atos societários perpetrados pela contribuinte, cujos valores foram contabilizados a mais de cinco anos, podem ou não ser revistos pela fiscalização, se causarem reflexos na contabilidade atual.

No mais, parece claro que ao caso aplica-se o artigo 150, § 4º do CTN. Como se sabe, os tributos sujeitos ao lançamento por declaração impõe ao fisco a necessidade de ulterior homologação do lançamento, como atividade exercida pelo sujeito passivo. Por conta disso, quando o contribuinte efetua pagamento antecipado, conta-se o *dies a quo* do prazo quinquenal a partir da ocorrência do fato gerador.

Pois bem.

O artigo 114 do CTN estabelece como fato gerador da obrigação principal "*a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.*"

Logo, está claro que para a ocorrência do fato gerador da obrigação é necessário: **(i)** a situação de fato e **(ii)** a norma aplicável ao fato.

Sobre o conceito de fato gerador, diversos doutrinadores já se debruçaram e apresentaram suas críticas. Paulo de Barros Carvalho assevera que esse termo é acompanhado de enorme vício de linguagem já que alude, em um só tempo, a duas realidades distintas, quais são: **(i)** a descrição legislativa do fato que faz nascer a relação jurídico tributária; e **(ii)** o próprio acontecimento relatado no antecedente da norma individual e concreta do ato de aplicação.

Assim, essa expressão pode parecer, em princípio, um obstáculo de ordem semântica, mas não deve, contudo, dificultar nossa análise.

É necessário, apenas, ter em mente que, em virtude da nossa legislação, o "fato gerador" deve ser encarado como o momento em que ocorre a subsunção do fato à norma.

Nessa linha de raciocínio, o artigo 116 do CTN define quando se considera ocorrido o fato gerador. Vejamos:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

A situação de fato é aquela concretizada no nível das realidades materiais, também chamada de "mundo fenomênico". Essa situação de fato, se relatada no antecedente de uma norma individual e concreta, fará irromper o vínculo abstrato que o legislador estipulou na consequência (efeitos), podendo ser então chamada de situação jurídica.

Com relação a este dispositivo em específico, o citado doutrinador Paulo de Barros Carvalho tece algumas considerações que confio serem pertinentes à nossa análise. Dessa forma, passo a transcrever:

Da forma como prescreveu (o art. 116), parece até admitir que existam conjunturas de fato, disciplinadas pelo direito, mas que, mesmo assim, não podem ser consideradas situações jurídicas.

É de ciência certa a afirmação de que uma circunstância de fato, prevista em norma do direito positivo, será sempre um fato jurídico, quer em sentido lasso, quer em acepção estrita, pois consiste num acontecimento, em virtude do qual as relações de direito nascem e se extinguem, no conceito de Clóvis Beviláqua. E não nos deparamos, ainda, com a discordância de qualquer autor, no que repita a esse ensinamento. Sobre ele há absoluta unanimidade. (pg. 271, Curso de Direito Tributário, 13. ed. rev e atual. -São Paulo: Saraiva,2000.)

Pretendeu-se demonstrar com a passagem transcrita que, tanto a situação do inciso I do art.116, quanto a do inciso II constituem situações jurídicas tecnicamente falando, pois inexistem conjunturas de fato disciplinadas pelo direito que não possam ser consideradas situações jurídicas.

Com efeito, podemos assinalar que o fato gerador do ágio, tratando-se de situação jurídica, considerar-se-á ocorrido, desde o momento em que esteja definitivamente constituído, nos termos de direito aplicável.

Noutras palavras, acerca da subsunção do conceito de fato ao conceito de norma é possível dizer que houve a subsunção, quando o fato (fato jurídico tributário) guardar absoluta identidade com o desenho normativo da hipótese (hipótese tributária, construção de linguagem prescritiva geral e abstrata).

Passo então a analisar os desenhos normativos aplicáveis à hipótese.

A primeira observação a ser feita é de que os ágios e deságios fazem parte do regramento do sistema de avaliação de investimentos permanentes em pessoas jurídicas controladas e coligadas, que se denomina “método da equivalência patrimonial” (MEP), instituído no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei nº. 6404/1976.

Muito embora esse método tenha surgido com a lei societária, essa lei limitou-se a determinar os casos em que ele é obrigatório e não há nela uma só palavra relativa a ágio ou deságio no MEP.

Ágio e deságio são entes que surgiram expressa e especificadamente no ordenamento pelas leis fiscais, precisamente, com o advento do Decreto-lei nº. 1598/1977, nos art. 20 e seguintes.

Nessa toada, vejamos como o Decreto-lei nº. 1598/1977 regulamenta o assunto:

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.

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

Parágrafo 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.

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

Assim é que, face a mandatária redação do art. 20 (“deverá, por ocasião da aquisição”) quando o investimento for sujeito obrigatoriamente ao MEP, no momento da sua aquisição também é obrigatório o desdobramento do respectivo custo.

Posteriormente, em virtude do art. 8º, letra “a”, da Lei nº. 9532/1997, o mesmo desdobramento se torna obrigatório para os investimentos não sujeitos ao MEP, nos casos de pessoas jurídicas que passem por processos de reorganização societária previstos nessa lei, senão vejamos:

Art. 7º - A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-lei n. 1598, de 26 de dezembro de 1997:

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea ‘a’ do parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1598, 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 parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1589, 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 parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1598, 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;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea ‘b’ do parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

Parágrafo 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.

Parágrafo 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.

Parágrafo 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.

Parágrafo 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.

Parágrafo 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.

Sendo assim, o desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial e ágio ou deságio não é uma conveniência do contribuinte, já que a lei expressamente o obriga a proceder à separação entre o custo avaliado por equivalência e o ágio ou deságio.

Ora, entendo com isso, estarmos diante da precisa subsunção do fato à norma.

Tanto na participação societária (no caso de empresas obrigadas ao MEP), quanto na ocorrência dos eventos de incorporação, fusão ou cisão (no caso de empresas não obrigadas ao MEP) verifica-se uma situação de fato que se subsume a uma norma jurídica tributária posta.

Ambas as situações estão relatadas no antecedente de uma norma individual e concreta, e, portanto, desde o momento em que estejam definitivamente constituídas considera-se ocorrido o fato gerador.

Forçoso concluir que, o fato gerador (entendido como subsunção do fato à norma) do ágio ou deságio para empresas obrigadas ao MEP ocorre no momento em que definitivamente concluída a aquisição de participação societária, quando nasce legalmente a obrigação de se desdobrar o preço pago.

É nessa situação em que o fato (aquisição de participação societária) subsume a norma do art. 20 e produz efeitos, obrigando o contribuinte a contabilizar o ágio ou deságio e seu fundamento econômico.

Na data em que a aquisição de participação societária de fato ocorre - quando consignada a tradição das mesmas - é que nasce o ágio a ser registrado contabilmente.

Lembrando que o contribuinte poderá tornar-se obrigado ao MEP em razão da própria aquisição de participação societária. Nesses casos, se na data da aquisição de participação societária a empresa tornar-se obrigada pela legislação vigente a registrar o investimento adquirido pelo MEP, estará consequentemente obrigada a desdobrar o preço pago, e, assim, diante do fato gerador do ágio ou deságio.

Na mesma linha de raciocínio, o fato gerador (entendido como subsunção do fato à norma) do ágio ou deságio para empresas até então não obrigadas ao MEP ocorre no momento em que definitivamente concluídos os eventos de incorporação, fusão ou cisão, quando nasce legalmente a obrigação de registrar o ágio ou deságio apurado e o seu fundamento.

A propósito, cabe lembrar, aqui, que o ágio ou deságio nada mais é que a diferença entre o valor pago e patrimônio líquido adquirido, portanto, efeito oriundo do desdobramento do pagamento realizado. Daí porque sua origem está intrinsecamente relacionada à ocorrência da situação de fato que, em virtude de norma jurídica tributária, obrigue o contribuinte a desdobrar contabilmente o pagamento realizado.

O ágio existe no momento em que sua contabilização torna-se obrigatória por força de lei, seja em razão de aquisição de investimento, seja em razão dos eventos de incorporação, fusão ou cisão.

Há mais uma observação relevante a ser feita, apontada em estudos por Ricardo Mariz de Oliveira que, no mais das vezes, é simplesmente ignorada por alguns intérpretes ou aplicadores da lei: a finalidade legal do desdobramento do custo de aquisição, com a determinação de ágio ou deságio.

A disposição mandatória das leis supracitadas tem como finalidade o desdobramento do preço pago para apuração de ágio ou deságio, tanto porque algumas espécies de ágio podem ser amortizadas fiscalmente, senão porque a amortização de deságio é sujeita à tributação.

Logo, se estamos diante de uma norma jurídico-tributária que impõe obrigação principal, quando se trata de deságio, o conteúdo da norma representa uma imposição tributável.

Ou seja, é nesse momento que o Fisco deve avaliar se a contabilização do ágio ou deságio está correta, de forma a exigir ou não, dependendo do caso, a cobrança do imposto sobre a base tributável.

Assim, tanto o valor apurado de ágio ou deságio como a natureza do ágio registrado na contabilidade devem ser avaliados no momento em que verificada a situação de fato que imponha a incidência dos dispositivos legais supramencionados e o consequente **desdobramento do preço pago.**

A relação jurídico-tributária de crédito, no caso do ágio, está sujeita à homologação pelo Fisco desde o momento em que o contribuinte desdobra o preço pago.

Nesse passo, nem se alegue que o fato gerador do ágio ocorre com a sua amortização, já que a ocorrência do ágio elemento contábil nada tem a ver com a possibilidade de amortização do mesmo.

A concessão de vantagens fiscais, quando se trata de determinados tipos de ágio, não pode ser encarada como finalidade da norma que institui decomposição mandatória do preço pago. A possibilidade de estarmos diante de base tributável é que justifica a necessidade de decomposição do preço pago.

Mesmo porque, como a própria norma dispõe, o contribuinte "poderá" amortizar o ágio pago cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº. 1.598/1977 e "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. 1.598/1977.

Voltando ao caso concreto, verificamos que o Banco Bradesco estava obrigado ao MEP no ano-calendário 2004, em virtude da aquisição de participação societária no Banco BEM, por força do que dispunha o art. 248 da Lei nº. 6404/1976. Vejamos a redação do artigo há época:

Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes (artigo 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, e em sociedades controladas, serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido, de acordo com as seguintes normas:

I - o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;

II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;

III - a diferença entre o valor do investimento, de acordo com o número II, e o custo de aquisição corrigido monetariamente; somente será registrada como resultado do exercício:

a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;

b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos;

c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 1º Para efeito de determinar a relevância do investimento, nos casos deste artigo, serão computados como parte do custo de aquisição os saldos de créditos da companhia contra as coligadas e controladas.

§ 2º A sociedade coligada, sempre que solicitada pela companhia, deverá elaborar e fornecer o balanço ou balancete de verificação previsto no número I.

Ou seja, no momento em que o Banco Bradesco adquiriu participação societária no Banco BEM, passou a ser seu controlador. Com isso, viu-se legalmente obrigado a registrar sua participação no Banco BEM pelo MEP, com o desdobramento do preço pago (conforme dispõe o art. 20 do Decreto-lei nº. 1598/1977).

Sendo assim, o ágio pago pelo Banco Bradesco nasceu na data da aquisição de participação societária do Banco BEM – **em 13/02/2004**.

É de se convir que a partir dessa data os fatos passaram ao conhecimento da autoridade fiscal e a partir desse momento já era possível proceder ao lançamento ou questionamento acerca da fundamentação do ágio registrado.

Diante disso, não poderia ser questionado o ágio em análise, já que decorridos mais de 5 anos entre o seu surgimento e a ciência dos autos de infração.

Outrossim, e por consequência de ser assim, o entendimento jurisprudencial deste Conselho é no sentido de que a adição de valores futuros tidos como indedutíveis a períodos passados e alcançados pela decadência não pode ser admitida, já que se equipara a lançar valores naquele período. Vejamos algumas decisões nesse sentido:

DECADÊNCIA - ALTERAÇÃO DO SALDO DE PREJUÍZO - GLOSA NO APROVEITAMENTO - A contagem do prazo legal de decadência para que o fisco altere o valor do saldo de prejuízo fiscal deve ter início no período em que o prejuízo fiscal foi apurado e não o período em que o prejuízo fiscal foi aproveitado na compensação com lucro líquido. DECADÊNCIA - CONTAGEM DE PRAZO - REALIZAÇÃO MÍNIMA DO LUCRO INFLACIONÁRIO - APLICAÇÃO DA SUMULA N. 10 - O prazo decadencial para constituição do crédito tributário relativo ao lucro inflacionário diferido é contado do período de apuração de sua efetiva realização ou do período em que, em face da legislação, deveria ter sido realizado, ainda que em percentuais mínimos.

Na íntegra: (...) No que diz respeito à glosa do prejuízo fiscal, sustentou a recorrente que o prejuízo foi efetivamente apurado a maior em decorrência de erro no cálculo do seu valor em 1997, em função de ter sido a ele adicionado também o montante do prejuízo não operacional, adição essa que a recorrente reconhece ser vedada pelo disposto no artigo 511 do Regulamento do Imposto de Renda.

Ocorre que essa adição não poderia ser questionada pela fiscalização em função do decurso do prazo decadencial. Com efeito, o valor do prejuízo fiscal, compensado a maior nos anos calendário de 2001 e 2002, foi apurado no ano calendário de 1997. Como o auto de infração foi lavrado em 07 de dezembro de 2005, já teria ocorrido a decadência do direito de o fisco revisar os valores em questão.

(...)Tenho para mim que a razão está com a recorrente. Isso porque, a meu ver, a decadência é algo que atinge todo o conjunto de informações que compuseram a atividade do lançamento efetuado em determinado período e que consta nos livros e documentos que integram a escrituração fiscal da empresa.

O período atingido pela decadência, portanto, torna imutáveis os lançamentos feitos nos livros fiscais, não podendo ser mais alterados, seja pelo fisco, seja pelo contribuinte.

(...) Essa questão, aliás, não é nova na jurisprudência administrativa. Vários precedentes já foram apreciados e o entendimento desta Corte é no sentido sustentado pela recorrente. Assim, é firme a orientação jurisprudencial que a contagem do prazo decadencial deve ter início na data em que o prejuízo é apurado. A partir dessa data, tem o fisco cinco anos para verificar os critérios utilizados na quantificação do valor do prejuízo e questionar a forma como ele foi apurado. Passado esse prazo, o fisco não pode mais glosar o valor compensado. (Acórdão 108-09.621, Relator João Francisco Bianco, DOU em 07.11.2008).

RECURSO EX OFFICIO — DECADÊNCIA — EFEITOS — O alcance das regras de decadência previstas no CTN, não só obsta o direito de o Fisco constituir o crédito tributário de período já precluso, como também, o de alterar informações e valores registrados em livros contábeis e fiscais, já alcançados pela homologação tácita.

Homologado o crédito, por já estar extinto o direito de lançar pelo decurso de prazo previsto no CITY; homologada está toda a atividade praticada pelo contribuinte, vale dizer, todo o conjunto de informações contábeis e fiscais que a orientaram. (Acórdão 101-96.265, Relator Paulo Roberto Cortez, DOU em 06/03/2008).

*DECADÊNCIA - AJUSTES NO PASSADO COM REPERCUSSÃO FUTURA - DECADÊNCIA - **Glosar no presente os efeitos decorrentes de valores formados no passado só é possível se a objeção do fisco não comportar juízo de valor quanto ao fato verificado em período já atingido pela decadência.** (Acórdão 107-07.819, Relator designado Natanael Martins, DOU em 01.04.2005).*

*IRPF - REVISÃO DO PREJUÍZO FISCAL - COMPENSAÇÃO - **A Fazenda Nacional tem o prazo de cinco anos para rever o***

prejuízo fiscal apurado e adequadamente declarado. Incabível a glosa da compensação do prejuízo que, oportunamente, não foi revisto pela autoridade competente. Preliminar acatada. (Acórdão 102-46.305, Relatora Maria Goretti de Bulhões Carvalho, DOU em 10/09/2004).

*IRPF - ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA - CUSTO DE AQUISIÇÃO - O custo de aquisição de participação societária alienada, constante da declaração anual de ajuste do exercício de 1992, tempestivamente apresentada, **não é passível de contestação, presente a decadência**, prevalecendo, se maior, sobre outro que venha a ser apurado pelo fisco.*

Na íntegra: (...) Trata-se de lançamento de ofício do imposto de renda de pessoa física fundado em ganho de capital em alienação de participações societárias ocorridas em 1995, cuja tributação foi diferida para as datas dos efetivos recebimentos dos valores, fls. 03.

(...) No que respeita a custo de aquisição, presente a decadência, a fiscalização não poderia questionar valores de mercado constantes da DIRPF/92, como ressaltado pela autoridade recorrida. (Acórdão 104-18.701, Relator Roberto William Gonçalves, DOU em 03/09/2002).

CSLL - BASE NEGATIVA - AJUSTES NO PASSADO COM REPERCUSÃO FUTURA - DECADÊNCIA - Adicionar valores tidos como indedutíveis em um determinado período, provocando a diminuição do saldo de base negativa, embora resultando em efeitos futuros, na prática, equívale a efetuar um lançamento de ofício naquele período já atingido pela decadência. Vedação.

Na íntegra: (...) No caso presente, o auto de infração foi lavrado em 24/06/99; portanto, em princípio, o último período passível de ser alcançado por lançamento de ofício seria o período-base encerrado em 31/05/1994.

Embora as exigências refiram-se a fatos geradores a partir de outubro de 1994, tiveram origem em despesas indedutíveis de empresa incorporada, relatadas pelo fisco como falta de adição à base de cálculo da CSLL nos meses de fevereiro a novembro de 1993 de depósitos judiciais da COFINS, nos termos do art. 8º da Lei nº 8.541/92.

A redução indevida, ou falta de adição ao lucro líquido, no dizer do fisco, não originou exigências tributárias nos períodos em que ocorridas, por ter a empresa, até setembro de 1994, saldo anterior de bases negativas da CSLL que foram aproveitadas de ofício.

Sobre esse tema - fatos que nascem ou se formam em um período e repercutem em períodos subseqüentes - já expressei minha opinião em voto que proferi nesta Câmara que deu origem ao Acórdão 107-06061

Lá como aqui, é preciso ter-se presente que adicionar valores tidos como indedutíveis em um determinado período, provocando a diminuição do saldo de base negativa, embora resultando em efeitos futuros, na prática, equívale a efetuar um lançamento de ofício naquele período já atingido pela decadência.

Com efeito, a redução do resultado negativo de um período, ou o aumento do resultado positivo, pela adição de despesa, se vinculada à formação de juízo sobre a dedutibilidade ou não do dispêndio apropriado, inserindo-se, portanto, no campo do lançamento de ofício. (Acórdão 107-06.572, Relator Luiz Martins Valero, DOU em 21/06/2002)

DECADÊNCIA — ALTERAÇÃO DO SALDO DE PREJUÍZO — GLOSA NO APROVEITAMENTO — Existindo erro na apuração do prejuízo fiscal, o prazo legal da abrangência da decadência deve considerar o período em que o prejuízo fiscal foi apurado e não o período em que o prejuízo fiscal foi aproveitado na compensação com lucro líquido. (Acórdão 108-06.921, Relator José Henrique Longo, em 17/04/2002).

DECADÊNCIA – IRPJ – PREJUÍZOS FISCAIS – GLOSA DE DESPESAS - O direito de a Fazenda Pública constituir exigências tributárias relativas ao imposto de renda das pessoas jurídicas, extingue-se após cinco anos da ocorrência do fato gerador, de acordo com o parágrafo 4º do artigo 150 do CTN. A glosa de despesas, ainda que implique apenas em redução de prejuízos fiscais, por comportar juízo de dedutibilidade, não provada a existência de fraude ou simulação, está impedida pelo decurso do prazo decadencial referido.

Na íntegra: (...)Como já acenado, em todas as hipóteses acima consideradas há um elemento uniforme, qual seja, tem-se um fato pretérito que se integra aos resultados apurados nos exercícios seguintes. Vale dizer, a repercussão atual tem origem e representa a continuação dos fatos verificados no passado. Portanto, tais fatos devem ser examinados sob duas perspectivas: no passado, no tocante à formação; no futuro, no que tange às repercussões fiscais decorrentes da efetiva apropriação.

O trabalho fiscal, nesses casos, pode examinar a formação pretérita do fato, mas não deve extrair e atribuir repercussão fiscal aos exercícios já protegidos pela decadência. O possível ajuste na formação desse fato, neste contexto, deve repercutir no exercício subsequente, vale dizer, no momento da sua efetiva apropriação. Há, assim, um perfeito equilíbrio, pois o lançamento de ofício não invade exercício já atingido pela preclusão administrativa, como também o fato não repercute no futuro com uma formação distorcida. (...)

*Essas premissas, como não poderia ser diferente, devem nortear o exame da compensação do prejuízo fiscal. **Todavia, neste particular, é preciso ter-se presente que reduzir o valor do***

prejuízo apurado, mediante a impugnação de valores apropriados ao resultado do período de sua formação, na prática, equívale a efetuar um lançamento de ofício naquele exercício. Com efeito, a redução do prejuízo fiscal de um período, se vinculada à formação de juízo sobre a dedutibilidade ou não de um dispêndio lá apropriado, ou sobre a falta de tributação de uma receita ou ganho havido no período da sua formação, insere-se, portanto, no campo do lançamento de ofício.

(...) Submisso às premissas colocadas e para reforçar a coerência necessária, diferente seria o tratamento quando o fisco recalcular lucro inflacionário em períodos já atingidos pela decadência, constatando, em função da ação fiscal, que o contribuinte teria realizado valores menores que o mínimo exigido nesses períodos. Ocorrendo essa hipótese entendemos que deve o fisco considerar como se realizado fosse o mínimo exigido para esse período, evitando-se assim a transferência da tributação suplementar não mais possível para períodos posteriores ainda não atingidos pela decadência.

Ainda nesse ponto, mas agora analisando os reflexos na recomposição do lucro real dos períodos afetados pelo recálculo do lucro inflacionário passível de diferimento, tendo em vista as premissas já referidas, não podem ser aceitas as glosas efetuadas pela fiscalização no valor excluído do lucro real, a título de lucro inflacionário diferido, nos anos de 1991 e 1º semestre de 1992.

Reduzir aquelas exclusões implicam na redução dos prejuízos fiscais apurados pela empresa naqueles períodos (=lançar, como visto), o que não é mais possível face ao decurso do prazo decadencial. (Acórdão n.º : 107-06.061, Relator Luiz Martins Valero, DOU em 28/03/2001)

COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS - EXERCÍCIOS DE 1989 E 1990 - Incabível a glosa da compensação de prejuízo com o lucro real obtido em determinado exercício, quando o referido prejuízo, apurado na demonstração do lucro real, não tiver sido objeto de revisão por parte da autoridade lançadora no prazo decadencial. Recurso provido. (Acórdão 103-18.623, Relator Cândido Rodrigues Neuber, em 14/05/1997).

Que fique claro que, em virtude da íntima relação de interdependência entre períodos de apuração, eventual glosa realizada pelo fisco não poderá refletir na composição de bases de cálculo em anos-calendário anteriores já atingidos pela decadência.

Como bem se percebe de alguns julgados transcritos, a problemática ora enfrentada também é verificada, por exemplo, no âmbito das compensações de bases negativas de IRPJ e CSLL, quando se torna necessário saber se o fisco pode efetuar ajustes nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL relativas a períodos passados (atingidos pela decadência), mas que repercutem nos créditos pleiteados pelos contribuintes em períodos futuros (ainda não decaídos).

Com todo respeito às opiniões divergentes, é incabível dizer que a contagem do prazo decadencial para constituição do crédito tributário ocorre com a compensação do saldo negativo (e não com a sua apuração), ou com a amortização do ágio (e não com a sua apuração).

Isso porque, tratam-se de efeitos futuros continuados de ato pretérito. Não pode o Fisco alterar informações e valores da contabilidade já alcançados pela homologação tácita.

A esse propósito, é necessário fazer constar que, a Câmara Superior de Recursos Fiscais, ao enfrentar a problemática da contagem do prazo decadencial de base negativa de CSLL (Acórdão 401-05.873), muito embora tenha decidido que entre a formação da base de cálculo negativa e seu aproveitamento poderá transcorrer mais de cinco anos, sem que se possa alegar decadência do direito de constituir o crédito tributário, deixou consignado que assim seria, pois a fiscalização, na ocasião, não efetuou qualquer juízo de valor no tocante à formação do saldo de base de cálculo negativa, restringindo-se a refazer o histórico dos valores declarados pelo contribuinte e os cálculos inerentes à apuração do saldo a compensar nos anos seguintes.

Reforça-se, com isso, o entendimento que adoto para decidir que não é possível retroagir no tempo para, após cinco anos, alterar os lançamentos contábeis do sujeito passivo.

É exatamente o caso dos autos, no qual a fiscalização, avaliando procedimento adotado na contabilização do ágio, desconsiderou os registros contábeis da contribuinte, embora essa apuração já estivesse alcançada pela decadência.

Não é demais ressaltar que ao disciplinar o procedimento de amortização, as Leis nº 9.532/1997 e 9.178/1998, não estabeleceram qualquer regra demarcando os limites temporais em relação aos quais o Fisco poderia retroceder no tempo, para verificar se o contribuinte efetivamente faz jus à amortização do ágio.

Entretanto, a omissão não deve ser entendida como apta a permitir que o Fisco retroceda livremente a períodos remotos, com o objetivo de desconstituir despesas com amortização de ágio que entende indevidas. Pelo contrário, a legislação tributária estabelece que o Fisco dispõe de cinco anos a contar do fato gerador para homologar, expressa ou tacitamente, a atividade exercida pelo contribuinte.

Um outro ponto digno de nota é que a homologação compreende toda atividade realizada pelo contribuinte em substituição à autoridade fiscal, desde o procedimento de apuração de débitos e créditos tributários até seu pagamento.

Prova disso é que o resultado pode ser deficitário, nulo ou superavitário e, ainda assim, as autoridades fiscais têm o dever de avaliar a apuração levada a cabo pelo contribuinte.

Esse entendimento, aliás, harmoniza-se com aquele sempre adotado pela CSRF, segundo o qual:

O que o CTN homologa é o procedimento, a atividade desenvolvida pelo sujeito passivo. Se o citado § 4º do art. 150

homologasse apenas o pagamento teria dito “homologado o pagamento” e não “homologado o lançamento”, como diz o texto do citado parágrafo do art. 150 da lei complementar. (Acórdão 9101-00.169 da 1ª Turma da CSRF, no DOU de 15/06/2009).

Por isso, em síntese, após o decurso do prazo decadencial, não cabe à fiscalização homologar ou deixar de homologar a apuração tributária do sujeito passivo, incluídos, claro, fatos que nascem ou se formam em um período e repercutem em períodos subsequentes.

Pelo exposto, **voto no sentido de acatar a preliminar de decadência** levantada pela Recorrente para entender que não poderiam ser questionados os atos praticados no ano-calendário 2004.

Cerceamento do direito de defesa

A Recorrente informa que a autoridade de primeira instância, ao apreciar sua impugnação, **(i)** deixou de analisar os argumentos apresentados pela defesa referentes à possibilidade de consideração do valor do PL negativo no montante do ágio a ser amortizado; e **(ii)** não analisou com atenção os documentos comprobatórios acostados aos autos, em especial, a planilha auxiliar elaborada para demonstrar os ajustes ao PL do Banco BEM, fl. 583 dos autos.

Não assiste razão à Recorrente, pois as matérias foram devidamente abordadas pelo órgão julgador, sem preterimento do seu direito de defesa.

Do exame dos autos, especialmente da decisão *a quo*, é possível verificar que a decisão recorrida considerou as provas e alegações apresentadas pela Recorrente, muito embora não tenha entendido pela prestabilidade das mesmas aos seus fins.

A planilha de fl.583 foi devidamente analisada e citada no voto condutor do julgado. No entanto, foi afastado seu valor probante, já que desacompanhada dos documentos comprobatórios dos ajustes e por não representar documento contábil ou fiscal. A Recorrente aduz que a planilha estaria refletindo os ajustes do balancete de verificação de fevereiro de 2004. Contudo, a decisão recorrida sequer considerou que deveriam ser observados os valores do balancete de verificação de fevereiro de 2004. Nesse ponto, entendeu que deveria ser observado o balancete ou balanço relativo à data de 13/02/2004, quando foi firmado o contrato de compra e venda de ações do Banco BEM, e, na sua falta, como foi o caso, o balancete do mês anterior, de 31/01/2004 (fls. 353 a 362), conforme previsto no art. 21, I, do Decreto-lei nº 1.598/77.

Note-se que, a autoridade julgadora pode apreciar livremente as provas apresentadas conforme sua convicção e juízo, conforme expressa disciplina do art. 29 do Decreto nº 70.235/72.

Já a questão da possibilidade de consideração do valor do PL negativo no montante do ágio a ser amortizado, deixou de ser enfrentada pela autoridade julgadora, cuja manifestação foi devida e claramente fundamentada, por ser desnecessária ao deslinde da

controvérsia, já que, como se depreende da decisão recorrida, o fundamento invocado para a manutenção do lançamento foi outro. Consoante a decisão recorrida, os valores de PL negativo não poderiam ser aceitos porque não foram comprovados, pois todos os balancetes apresentados informavam valores de PL positivos.

Ora, o inconformismo da Recorrente com a decisão não se converte em hipótese de nulidade do julgado, pelo não acatamento de seus argumentos.

A autoridade julgadora não está vinculada aos argumentos oferecidos no recurso, devendo manifestar-se de forma fundamentada, com base no seu livre convencimento acerca das provas nos autos e o direito que entende aplicável ao caso.

Por fim, diga-se que a própria Recorrente afirma em sua impugnação que realizou ajustes contábeis no valor de (R\$113.207.305,36) no balancete do Banco BEM **relativos a fatos ocorridos antes da aquisição**, a fim de **uniformizar os critérios contábeis** adotados, a teor do disposto no art. 21, II, do Decreto-lei nº 1.598/77.

Diante disso, quando a decisão recorrida afirma que “*não restou comprovado que os ajustes contábeis foram efetivamente realizados e nem que os mesmos decorrem de divergência entre os critérios contábeis adotados pelo Banco BEM e pelo Banco Bradesco ou que os mesmos se referem a fatos geradores ocorridos antes da aquisição das ações*”, não inova os critérios jurídicos do lançamento, mas apenas rebate as alegações da Recorrente.

Com efeito, não há que se falar, *in casu*, em cerceamento do direito de defesa e nulidade da decisão recorrida em razão da não apreciação de todas as provas e argumentos apresentados pela Recorrente ou pela inovação dos critérios jurídicos do lançamento.

MÉRITO

1. Do Ágio decorrente da incorporação da Serena Holdings Ltda – aquisição do BEM.

De início, a fiscalização afirma, o que foi seguido pela DRJ, que o Banco BEM não apresentou PL negativo em nenhum momento.

Após isso, a fiscalização afirma que eventual PL negativo não poderia ser considerado no valor do ágio a ser amortizado.

A fiscalização não questionou as operações societárias realizadas pela Recorrente, mas apenas o valor do PL do Banco BEM na data da aquisição de suas ações pelo Banco Bradesco, o que levou à diferença entre os valores de ágio apurados pela Recorrente e pela fiscalização.

Portanto, essas são as questões de mérito a serem tratadas nesse tópico.

Para logo, também importa esclarecer que, muito embora o Banco Bradesco, ao adquirir as ações do Banco BEM, tenha apurado ágio nos valores de: **(i)** R\$ 94.038.651,18, em 10/02/2004; **(ii)** R\$ 165.234,76, em 31/03/2004; e **(iii)** R\$ 13.636.033,73, em 31/07/2004; **somando R\$ 107.839.919,67**; a fiscalização questiona apenas o ágio de **R\$ 94.038.651,18**,

apurado em 10/02/2004, por ocasião da aquisição, em leilão, de 324.181.808 ações do Banco BEM, representativas de 89,957% de seu capital social.

Na apuração desse ágio, não há discordância quanto ao custo de aquisição de R\$ 50.267.497,03. **A divergência se dá apenas quanto ao valor do PL do Banco BEM na data da aquisição.** A Recorrente alega que o PL era negativo em R\$ 48.657.685,66, enquanto a fiscalização alega que o PL era positivo em R\$ 37.947.967,88, conforme balancete levantado em 31/01/2004.

Da demonstração do PL negativo na data da aquisição das ações

Intimada, a Recorrente apresentou documentos e as informações constantes dos quadros abaixo para comprovar o valor do PL do Banco BEM na data da aquisição do investimento:

| Nome | Cosif | 31/01/2004 |
|---|---------------|-----------------|
| Composição do patrimônio em 31/01/2004 | | (R\$) |
| Capital | 6.1.1.10.00-1 | 52.374.667,73 |
| Aumento de capital | 6.1.1.10.00-2 | - |
| Ações ordinárias | 6.1.1.20.13-2 | 86.893,61 |
| Prejuízos acumulados | 6.1.1.20.13-2 | -14.513.593,46 |
| Resultado do período | | -875.200,99 |
| Aumento de capital efetuado em 13/02/2004 pela União Federal | 6.1.1.10.00-2 | 27.476.852,81 |
| Patrimônio Líquido em 31/01/2004 | 6.00.00.00-2 | 37.072.766,89 |
| Ajustes contábeis - fatos geradores ocorridos até a data da aquisição | | -113.207.305,36 |
| Patrimônio Líquido na data da aquisição | 6.00.00.00-2 | -48.657.685,66 |

| Ajustes | Valor (R\$) |
|--|----------------|
| Títulos e Valores Mobiliários | 5.581.461,10 |
| Provisões operações de crédito | 2.995.392,98 |
| Outros créditos | 11.341.844,76 |
| Provisões para desvalorização de bens | 2.024.754,98 |
| Provisões outros investimentos | 63.063,59 |
| Imobilizado de uso | 3.163.248,47 |
| Diferido - risco de existência de realização | 1.187.538,59 |
| Provisões contingências cíveis, trabalhistas e fiscais | 141.363.203,72 |
| (-) Créditos tributários sobre ajustes propostos | 54.513.235,83 |
| Total de Ajustes no Patrimônio Líquido | 113.207.272,36 |

Com relação a tais informações a fiscalização sustenta que:

(i) os ajustes contábeis do quadro acima, chamados de fatos geradores ocorridos até a data da aquisição, no valor de R\$ 113.207.305,36, não teriam sido contabilizados e não teriam afetado o PL.

Ademais, o balancete referente a 31/01/2004 (antes da aquisição) apresenta PL de R\$37.947.967,88 e o balancete relativo a 28/02/2004 (após a aquisição) apresenta PL de R\$ 65.424.820,66; e

(ii) ainda que tais ajustes fossem contabilizados, tratar-se-iam de provisões cujas contrapartidas não teriam efeitos para fins fiscais, nos termos do art. 335 do RIR/99 (inedutibilidade na apuração do lucro real).

A aquisição das ações do Banco BEM se deu em **13/02/2004**, tendo sido utilizado o balancete do mês anterior, qual seja, de **31/01/2004**, nos moldes do que determina o inciso I do artigo 21 do Decreto-lei nº. 1598/77.

Na data da aquisição, a Recorrente constatou que o valor de PL constante do balancete de 31/01/2004 (R\$ 37.072.766,89 - Cosif 6.0.0.00.00-2) não contemplava: (i) o valor do aumento de capital realizado pela União em 13/02/2004, no valor de R\$ 27.476.852,81 (cosif 6.1.1.10.00-2) e (ii) os ajustes contábeis decorrentes de fatos geradores ocorridos até a data da aquisição (no montante de R\$ 113.207.305,36 - cosif 7.0.0.00.00-9 e 8.0.0.00.00-6).

Nesse passo, abra-se um parêntese para ressaltar que, já no processo de avaliação do Banco BEM para fins de determinação do preço pago (*due diligence*), o Grupo Bradesco identificou diversos fatos realizados sob a gestão da União Federal que receberam tratamento contábil inadequado, especialmente no que tocam a provisões não registradas.

Assim, em conformidade com a legislação societária e fiscal, seus critérios contábeis e princípios contábeis geralmente aceitos, verificou que seria necessário efetuar alguns ajustes no PL do Banco BEM, para fins de uniformização dos critérios.

Ocorre que, na data da aquisição das ações o balancete de verificação de janeiro de 2004 já estava fechado, não comportando alterações, haja vista que o Bacen não permite a realização de lançamentos retroativos.

E, nada obstante, o mesmo artigo 21 do Decreto-lei nº. 1598/77 expressamente determina que, se os critérios contábeis adotados pela coligada/controlada e pelo contribuinte (que adquiriu a participação na sociedade) não forem uniformes, o contribuinte **deverá** fazer no balanço ou balancete da coligada/controlada os ajustes necessários para eliminar as diferenças relevantes decorrentes da diversidade de critérios.

Ou seja, a realização dos ajustes não era uma conveniência do contribuinte, já que a lei expressamente o obriga a proceder dessa forma.

Nesse cenário, uma vez que os ajustes referentes à data da aquisição (13/02/2004) não poderiam ser levados a cabo no balancete de verificação de 31/01/2004, **estes foram refletidos no balancete de verificação de 28/02/2004.**

Abra-se novo parêntese para esclarecer que, nos termos das regulamentações do Bacen e do Cosif, as instituições financeiras somente apuram balanços em 30/06 e 31/12 de cada ano. Nos demais meses, como foi o caso de 31/01 e 28/02, são “levantados” apenas balancetes de verificação.

Nos balancetes de verificação não se faz o encerramento das contas de resultado em formação e conseqüente transferência para a conta que registra parcialmente o PL. Apenas nos balanços semestrais as contas de resultado são encerradas, com sua respectiva migração para o PL como um todo.

Justamente por isso, nos balancetes de verificação, para que se apure o valor do PL, é indispensável que sejam considerados, além dos valores constantes da conta de PL (Cosif 6.0.0.00.00-2), aqueles constantes das contas de resultado credoras (Cosif 7.0.0.00.00-9) e das contas de resultado devedoras (Cosif 8.0.0.00.00-6), já que elas representam, em essência, contas de PL que não foram migradas e consolidadas.

Sobre esse ponto, a Recorrente apresenta exemplos numéricos em sua peça recursal (fls. 922 e 923 dos autos), bem como documentos às fls. 1045/1055, que demonstram que o PL do Banco BEM obtido no balancete de verificação de 30/06/2004, com a devida consideração das contas de PL (Cosif 6.0.0.00.00-2), contas de resultado credoras (Cosif 7.0.0.00.00-9) e das contas de resultado devedoras (Cosif 8.0.0.00.00-6), é exatamente igual ao PL constante do balanço patrimonial de 30/06/2004, publicado em 27/08/2004, que estava negativo em R\$ 50.856.570,07.

Para comprovar a contabilização dos ajustes ao balancete de verificação de 31/01/2004, como suporte para a contabilização do ágio pago, o Banco Bradesco produziu um demonstrativo com a discriminação dos ajustes necessários à uniformização dos critérios contábeis na data da aquisição (**13/02/2004**), anexado às fls. 1025/1043 dos autos.

Dessa forma, considerando as receitas e despesas em formação e ainda não transferidas ao PL, bem como o aumento de capital realizado pela União em 13/02/2004, de R\$ 27.476.852,81 (Cosif 6.1.1.10.00-2), resta claro que **o Banco BEM possuía PL negativo de R\$ 48.657.685,66, tal como demonstram os documentos e planilhas apresentadas pela Recorrente no curso da ação fiscal e aquelas acostadas às defesas.**

Anexado ao recurso voluntário, vale dizer, encontram-se **(i)** cópias das folhas do Razão Analítico do Banco BEM, nas quais estão registrados os ajustes efetuados no PL; e **(ii)** demonstrativo com a indicação da consolidação dos ajustes e de sua localização no Livro Razão (fl. 1025/1043).

Destarte, de forma a comprovar que a Recorrente efetivamente realizou os ajustes em questão, vale transcrever trecho da Nota Explicativa 17 do Balanço Patrimonial de 30/06/2004, primeiro balanço levantado após a aquisição do Banco BEM, publicado no Diário oficial do Estado do Maranhão de 27/08/2004, devidamente aprovado pelos auditores independentes (fls. 1045/1055):

17) Outras informações:

a) Sob a administração do Banco Bradesco S.A., foram constituídos no Banco BEM S.A. (atual denominação do Banco do Estado do Maranhão S.A.), provisões necessárias para dar cobertura às contingências existentes, razão pela qual o mesmo encontra-se com passivo a descoberto. Em 12 de março de 2004, foi protocolado junto à Comissão de Valores Mobiliários – CVM uma Oferta Pública de Ações – OPA, para aquisição das ações dos minoritários e o cancelamento do registro de companhia aberta. Tão logo, seja concluída esta operação, será realizado no Banco BEM S.A., um aporte de capital necessário a enquadrá-lo dentro das regras de capital e patrimônio líquido exigido.

Portanto, o Balanço Patrimonial de 30/06/2004 também deve ser tido em conta como documento hábil a comprovar que o Banco Bradesco realizou ajustes na contabilidade do Banco BEM, a fim de uniformizar os critérios contábeis das duas instituições financeiras, em obediência do disposto no art. 21 do Decreto-lei nº. 1598/77, que culminaram evidenciando o passivo a descoberto do Banco BEM.

Uma vez superada a questão da efetiva contabilização dos ajustes, mostra-se desnecessário adentrar as questões aduzidas pela Recorrente quanto à grandeza e a natureza dos ajustes efetuados, já que essa matéria não foi objeto de questionamento por parte da fiscalização.

Por fim, importa dizer apenas que, é totalmente absurda a argumentação desenvolvida pelo Sr. Agente Fiscal no sentido de que os ajustes, por terem natureza de provisão, não poderiam impactar na apuração do “*PL para fins fiscais*”, pois não existe qualquer norma legal que determine a apuração de um “patrimônio líquido real” ou “patrimônio líquido tributário”, sujeito a adições, exclusões e compensações.

O patrimônio líquido é apurado de acordo com os critérios contábeis da Lei das Sociedades por Ações e apenas o lucro real (base de cálculo do IRPJ) está sujeito a adições, exclusões e compensações.

Da consideração do valor do PL negativo na apuração do ágio a ser amortizado

A divergência entre o entendimento da Fiscalização e da Recorrente diz respeito à corrente adotada para a avaliação de investimentos com base na equivalência patrimonial.

A Fiscalização entende que o investimento em outra pessoa jurídica nunca pode ser avaliado por um montante inferior a zero, dado que a investidora não se responsabiliza, perante os credores da investida, por valores superiores ao capital investido.

Esse também é o principal argumento exposto pela Fazenda Nacional em suas contrarrazões, reforçado pela jurisprudência deste CARF, que impede o aproveitamento de ágio em patamares superiores ao valor efetivamente pago pela investidora.

A Recorrente, por sua vez, defende que a contabilidade, em caso de investimentos relevantes, deve sempre expressá-los em valor proporcional à sua participação no PL da investida, seja ele positivo ou negativo. Assim, o PL negativo deve ser considerado para fins de cálculo do ágio na aquisição do investimento, visto que o ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição e a equivalência patrimonial, conforme previsto nos artigos 20 e 21 do Decreto-lei nº. 1.598/77 e no art. 13 da Instrução CVM nº. 247/96.

Tanto o contribuinte, quanto a Fazenda Nacional fazem extensas digressões para justificar, ora que o patrimônio líquido negativo deve ser computado para fins de determinação do ágio amortizável (contribuinte), ora – chamando-o de passivo a descoberto – que esta parcela não pode compor o valor do ágio, que está limitado ao valor efetivamente pago (Fazenda Nacional).

Em ambos os casos, tratam-se de argumentos meramente formais (em grande parte vinculado à discussão de que expressões usar para designar a realidade enfrentada), baseados em leituras inclinadas para um lado ou outro lado, numa discussão que certamente

nunca teria fim, porque fincada unicamente em posicionamentos subjetivos acerca de como interpretar opiniões alheias e, do ponto de vista meramente formal, consistentes. Neste contexto, a solução sempre seria subjetiva e claramente inclinada por posições ideológicas.

O cerne da questão está situado na análise fática da situação e seus desdobramentos jurídicos em face do que me parece ser o único argumento consistente da Fazenda Nacional para impedir o cálculo do ágio sobre a parcela negativa do investimento adquirido. Argui a Fazenda Nacional que a parcela negativa do patrimônio não pode ser amortizada por que “admitir que um investimento apresente valor contábil negativo significa reconhecer a responsabilidade da investidora pelas dívidas da investida para além do capital nela aplicado, obrigação que não é imputada aos sócios/acionistas de uma sociedade de capital, salvo em situações semelhantes às citadas na Instrução CVM nº. 247/96: *responsabilidade formal ou operacional para cobertura de passivo a descoberto ou intenção manifesta da investidora em manter o seu apoio financeiro à investida.*”

Em razão do que acabei de expor, e por entender que os argumentos para defender que “patrimônio líquido negativo” também deve ser computado no valor do ágio pago, corrente a que me filio, estão muito bem expostos no recurso voluntário, quero me concentrar no cerne da questão, para identificar a responsabilidade do contribuinte pelas dívidas da empresa adquirida. Se este argumento da Fazenda Nacional não subsistir, entendo que cai por terra todo o fundamento da autuação.

Com a aprovação da Lei Estadual nº. 7.079, de 26/03/98, o Estado do Maranhão credenciou-se junto ao Governo Federal para receber os recursos financeiros necessários ao saneamento e à capitalização do BEM, com vistas a preparar a venda de seu controle acionário à iniciativa privada, no âmbito do programa adotado pela Medida Provisória nº 1.514, de 07/08/96, (atual Medida Provisória nº 2.192-70, de 24/08/01) e da Lei Federal nº 9.496, de 11/09/97.

Em 30/06/98, foi firmado, entre o Estado do Maranhão e a União Federal, o “Contrato de Abertura de Crédito e de Compra e Venda de Ações sob Condição”, no valor de até R\$ 275.000.000,00 (duzentos e setenta e cinco milhões de reais), com atualização pela taxa SELIC, para recomposição patrimonial, capitalização e aquisição de ativos do BEM. Esse financiamento foi autorizado pelo Senado Federal em 18/11/98, consoante Resolução nº 90/98.

Após a Concorrência Pública nº 010/99-CPL, de 06/05/99, foi contratado pelo Estado do Maranhão, em 05/10/99, o Consórcio Deloitte/Azevedo Sodré, integrado por Deloitte Touche Tohmatsu Consultores S/C Ltda., Deloitte Touche Tohmatsu Auditores Independentes e Azevedo Sodré Advogados, para executar o serviço de avaliação econômico-financeira do BEM, auditoria especial do balanço de privatização e alienação de controle acionário do Banco.

Ultrapassada a fase de avaliação e precificação, o BEM foi levado a leilão no dia 12/07/00, na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, mas não houve oferta para a aquisição de seu controle acionário.

Nos termos da cláusula quarta e seu parágrafo segundo, do “Contrato de Abertura de Crédito e de Compra e Venda de Ações sob Condição”, o Estado do Maranhão se obrigou a alienar o controle acionário do BEM à União Federal, caso este não fosse vendido em leilão.

Assim, em 21/07/00, ocorreu a assinatura do termo de transferência de ações por parte dos representantes do Estado do Maranhão e do Governo Federal, quando este recebeu o lote de ações pertencente ao Estado do Maranhão e **se efetivou a federalização do BEM.**

Ainda em 21/07/00, foi realizada Assembléia Geral Extraordinária para a eleição e posse dos membros do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal do BEM.

Com a vinculação do BEM ao Ministério da Fazenda, mediante Decreto Federal nº 3.622, de 04/10/00, o BEM foi incluído no Programa Nacional de Desestatização (PND) pelo Decreto Federal nº 3.660, de 14/11/00, e sua desestatização enquadrava-se nos objetivos previstos na Lei Federal nº 9.491, de 09/09/97.

Com a federalização do BEM e sua conseqüente inclusão no PND, o processo de desestatização foi retomado, com a publicação, em 18/12/00, do Edital de Licitação BACEN/PND nº 04/2000 para contratação dos responsáveis técnico-profissionais necessários e, em 16/04/01, da Tomada de Preço BACEN/PND nº 03/2001 para contratação dos responsáveis pelo serviço de avaliação econômico-financeira do BEM.

Em 28/12/00, foi realizada Assembléia Geral Extraordinária para reforma geral do Estatuto Social do BEM, adaptando-o à sua nova condição de instituição federalizada.

O que se pretendeu fixar com esse breve resumo dos fatos, premissa que se propõe, é que o Banco BEM, na data de sua avaliação e aquisição pelo Banco Bradesco, era uma instituição financeira, sociedade de economia mista, federal.

Pois bem.

Nesse contexto, cabe trazer à tona que o Decreto-Lei nº. 7.661/45, antiga Lei de Falências, não fazia menção à falência das sociedades de economia mista e das empresas públicas.

O tema sempre causou grandes polêmicas, especialmente em face do que determinava o artigo 242 da LSA, dispositivo revogado em 2001 pelo art. 10 da Lei nº. 10.303:

*Art. 242. As **Companhias de economia mista não estão sujeitas a falência**, mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações.*

Uma nova regulamentação sobre o assunto veio apenas com a introdução da nova Lei de Falências, Lei nº. 11.101/05, que faz menção expressa às sociedades de economia mista e às empresas públicas, no seu artigo 2º, inciso I:

Art. 2º. Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista.

As disposições da nova Lei de Falências deixam claro que as sociedades de economia mista não se sujeitam a falência..

A esse propósito, também é necessário registrar que, no que tocam às **instituições financeiras de economia mista**, esse debate sempre se mostrou despropositado, já que a Lei nº. 6024/1974, que dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, expressamente determina que:

CAPÍTULO I

Disposição Preliminar

Art. 1º As instituições financeiras privadas e as públicas não federais, assim como as cooperativas de crédito, estão sujeitas, nos termos desta Lei, à intervenção ou à liquidação extrajudicial, em ambos os casos efetuada e decretada pelo Banco Central do Brasil, sem prejuízo do disposto nos artigos 137 e 138 do Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, ou à falência,, nos termos da legislação vigente.

A interpretação *contrarii sensu* do dispositivo permite concluir que as instituições financeiras públicas federais não se sujeitam à intervenção, à liquidação judicial ou à falência.

Portanto, conclui-se até aqui, de acordo com as normas transcritas, que o **Banco BEM, enquanto instituição financeira federal, não estava sujeito à falência, à intervenção ou à liquidação extrajudicial.**

Em que pesem os argumentos contrários, faz todo sentido que assim o seja, pois não se pode declarar a falência do próprio Estado.

Noutros termos, não se pode admitir, tecnicamente, a insolvência do sócio solidário quando este for o próprio Estado.

A recuperação de uma empresa estatal é incumbência do Poder Executivo, que não pode delegar sua função nem mesmo ao Judiciário.

Não é sem motivo que a Constituição Federal (artigo 173, §1º, II) sujeitou a sociedade de economia mista ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, no que se refere apenas e tão somente aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. A criação e a extinção de tal sociedade não estão entendidas entre os direitos e obrigações civis e comerciais.

Também vale lembrar que, por força de preceito constitucional, o Estado já tem responsabilidade solidária pelos danos causados por seus agentes a terceiros (CF, artigo 37, §6º), prevendo, assim, eventual falta de cumprimento da obrigação contraída e a responsabilidade subsidiária do ente controlador da empresa pública ou da sociedade de economia mista.

Há ainda o exposto na Lei nº 8.429/92, artigos 10 e 11, que tratam dos atos de improbidade administrativa, e que sem dúvida, reforçam ainda mais, o Princípio da Moralidade estatuído na CF.

Com efeito, no caso de empresas públicas ou sociedades de economia mista estarem insolventes, cabe ao Estado a iniciativa de dissolvê-las, capitalizando tais empresas/sociedades e arcando com os valores necessários à integral satisfação dos credores.

Dito isso, considerando que:

- (i) o Banco BEM não estava sujeito à falência, intervenção ou liquidação extrajudicial;
- (ii) o Banco BEM possuía, na data de sua alienação, passivo a descoberto;

a União Federal era responsável por esse passivo a descoberto perante aos credores e, por isso, esses valores deveriam **SIM** estar registrados na contabilidade do Banco BEM.

Se não estavam, o que aparentemente decorreu da adoção de critérios diversos, deveriam estar.

Sem entrar no mérito a respeito da grandeza e da natureza dos ajustes efetuados pela Recorrente, pelos motivos expostos, diga-se de passagem, para corroborar com exemplos numéricos, que na data da sua alienação o Banco BEM possuía R\$ 9.278.971,26 provisionados a título de contingências trabalhistas e nenhuma parte desses valores estava relacionado a ações coletivas. Após a aquisição, o Banco Bradesco efetuou o complemento dessa provisão no valor de R\$ 72.701.326,10, sendo R\$ 44.947.833,39 desse montante referentes à ação coletiva nº. 1203/96. No entanto, encontrando-se o processo em fase de execução, a Recorrente já realizou aproximadamente 860 depósitos nas contas correntes dos reclamantes, os quais somavam, até o momento da apresentação do recurso voluntário, R\$ 70.196.486,20 (vide documentos anexos ao recurso voluntário).

O exemplo, portanto, apenas reflete que os ajustes efetuados pelo Banco Bradesco decorreram de obrigações efetivamente existente até a data da aquisição do Banco BEM, pelas quais a União Federal era responsável.

Uma vez alienadas as ações do Banco BEM, para que o patrimônio líquido do Banco BEM (Recorrente) se tornasse positivo, o Banco Bradesco foi compelido a assumir esse passivo a descoberto, arcando às suas expensas com os valores necessários à integral satisfação dos credores.

Desse modo, não se sustenta a afirmação da Fazenda Nacional no sentido de que *“admitir que um investimento apresente valor contábil negativo significa reconhecer a responsabilidade da investidora pelas dividas da investida para além do capital nela aplicado, obrigação que não é imputada aos sócios/acionistas de uma sociedade de capital”*, pois essa observação é válida para a regra geral, mas não para o caso específico analisado.

Nesse sentido, pertinente transcrever a cláusula segunda do Contrato de Compra e Venda de Ações do Banco do Estado do Maranhão S/A – BEM, às fls. 337/340 dos autos:

CLÁUSULA SEGUNDA - INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE POR INSUBSISTÊNCIAS ATIVAS E SUPERVENIÊNCIAS PASSIVAS

2.1 A ALIENANTE não responderá, em qualquer hipótese ou a qualquer título, por qualquer insubsistência ativa, superveniência passiva ou contingências do BEM, tenham ou não sido mencionadas no decorrer do PROCESSO, estejam ou não mencionadas no EDITAL DE VENDA ou nos relatórios elaborados pelos CONSULTORES, bem como nos documentos disponibilizados para fins de avaliação do COMPRADOR na SALA DE INFORMAÇÕES (Data Room).

Noutras palavras, se a União Federal não se responsabiliza pelo passivo contingente anterior à alienação das ações (que comprovadamente existia) tenha ou não sido mencionado no decorrer do processo – leia-se esteja ele ou não refletido na contabilidade -, o Banco Bradesco é responsável por esse passivo.

De outro giro, em complemento, diga-se que, a ausência de menção, no art. 20 e 21 do Decreto-lei 1598/77 e no art. 248 da LSA a procedimentos a serem adotados em caso de passivo a descoberto da sociedade investida **não permite concluir** que as leis, ao se reportarem ao “valor de patrimônio líquido” como referência para cálculo da equivalência patrimonial, tinham em conta, apenas, situações nas quais o investimento apresenta valor patrimonial positivo.

Isso porque, a legislação se reporta a “valores do patrimônio líquido”, não fazendo qualquer distinção e, onde a norma não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo.

O argumento fiscal se mostra frágil se confrontado com a evidência de que, nesse caso, o valor equivalente a esse passivo a descoberto será efetivamente desembolsado pelo Banco Bradesco que, na condição de controlador, terá que solver as dívidas da investida.

Em contrapartida, inegável também que a redução de um passivo de uma entidade qualquer por transferência deste passivo para um terceiro representa renda tributável (imune, por ser a União Federal) para o antigo devedor. Inegável também que houve sucessão do pólo passivo da obrigação transferida da União ao Bradesco.

Assim, por tudo quanto exposto, o ágio não está sendo aproveitado em patamares superiores ao valor efetivamente pago pela investidora, pois, muito embora o Banco Bradesco só tenha desembolsado R\$ 50.267.497,03 para adquirir as ações do Banco BEM no leilão de desestatização, o valor correspondente ao PL negativo (R\$ 48.657.685,66) foi efetivamente assumido pelo Bradesco e está sendo pago para terceiros.

2. Do Ágio decorrente da incorporação da Ágora Holdings S.A.

Não há nada a acrescentar aos fundamentos da decisão recorrida, relativamente a este tópico, pelo que os adoto nesta decisão:

Conforme consignado no relatório, a impugnante adquiriu 100% das ações da Ágora Holdings, tendo entregue como pagamento 362.625.150 ações de sua emissão, ao valor de mercado de R\$2,503614876 por ação, totalizando R\$907.873.718,82, sendo 17/09/2008 a data de fechamento da operação.

De acordo com o laudo de avaliação econômico-financeira emitido pela empresa BDO Trevisan em 16/09/2008 (fls. 125 a 193), o valor econômico da Ágora Holdings era de R\$928,1 milhões, sendo R\$702,8 milhões referentes à

rentabilidade futura e R\$225,3 milhões relativos ao valor de mercado das ações da Bovespa e da BM&F.

Por sua vez, o patrimônio líquido da Ágora Holdings era de R\$213.212.539,04, incluindo o valor contábil das ações da Bovespa e da BM&F no montante de R\$22.146.050, 63.

Assim, a impugnante apurou ágio de R\$203.113.220,06 relativo ao valor de mercado de bens do ativo e de R\$491.547.959,72 com fundamento em expectativa de rentabilidade futura.

Com a incorporação da Ágora Holdings pela impugnante em novembro/2008, esta passou a amortizar o ágio de R\$491.547.959,72 à razão de 1/60 ao mês.

A fiscalização questiona o valor do ágio passível de amortização. No seu entender, a recompra de 89.973.611 ações efetuada em 23/12/2008 implicou redução do custo do investimento no montante de R\$114.266.485,97, pois teve valor inferior ao de emissão das ações e também ao preço pago na recompra efetuada em 04/11/2008.

Por sua vez, a impugnante justifica o preço pago na recompra de ações efetuada em 23/12/2008, alegando que as 89.973.611 ações em questão, denominadas Ações BBI Lock-Up, estavam vinculadas ao valor de mercado das ações da BM&F Bovespa.

No Instrumento particular de compromisso de incorporação de ações e outras avenças firmado em 06/03/2008 (fls. 643 a 709), verifica-se que o preço de aquisição de 100% das ações da Ágora Holdings foi dividido em três parcelas, sendo que a soma das parcelas A e B corresponde ao valor dos negócios da Ágora e a parcela C corresponde ao valor de mercado das ações da BM&F e da Bovespa:

- Parcela A – R\$500.000.000,00 atualizados pela Taxa DI a partir de 31/12/2007 até a data do protocolo de incorporação de ações;

- Parcela B – correspondente ao valor do caixa livre das empresas Agora CTVM e Net DS, calculado levando-se em conta a posição consolidada apurada nas demonstrações financeiras de 31/12/2007 e os ajustes previstos no item 2.1 do referido instrumento contratual;

- Parcela C – soma do valor de mercado das 6.271.398 ações da Bovespa e das 9.605.466 ações da BM&F detidas pela Ágora CTVM, correspondente a aproximadamente R\$330.000.000,00. Cabe observar que, com a união da Bovespa e da BM&F, essas ações passaram a corresponder a 18.541.307 ações da BM&F Bovespa.

Verifica-se, portanto, que o custo de aquisição das ações da Agora Holdings era composto por uma parcela relativa à rentabilidade futura (parcelas A e B) e outra parcela referente ao valor de mercado das ações da Bovespa e da BM&F detidas à época pela Ágora CTVM.

Tal fato é confirmado pelo laudo de avaliação econômico-financeira emitido pela BDO Trevisan em 16/09/2008.

De acordo com esse laudo, as ações BM&F Bovespa tinham valor de mercado de R\$225.259.270,69 (18.541.307 ações a R\$12,15 cada), correspondendo portanto a 24,8117404% do custo total de aquisição de R\$907.873.718,82.

Assim, as 362.625.150 ações da impugnante entregues aos acionistas da Ágora Holdings podem ser divididas em 2 categorias: (i) 75,1882596% (272.651.539 ações) representativas da parcela do preço correspondente à expectativa de rentabilidade futura e (ii) 24,8117404% (89.973.611 ações) representativas da parcela do preço correspondente ao valor de mercado das ações da BM&F Bovespa.

De acordo com o contrato de opções de compra e de venda de ações lockup celebrado em 06/03/2008 entre os acionistas da Ágora Holdings (compradores) e o Banco Bradesco (vendedor), as ações da impugnante a serem entregues aos acionistas da Ágora Holdings se dividiriam em três blocos (fls. 711 a 731):

- Ações BBI livres, no montante estimado de R\$320.000.000,00, passíveis de serem alienadas pelos vendedores ao comprador;

- Ações Gravadas, no montante estimado de R\$180.000.000,00, relativas à garantia prevista na cláusula VII do instrumento de incorporação, cuja alienação é regulada pelo acordo de acionistas;

-Ações BBI Lock-Up, no montante estimado de R\$330.000.000,00, cuja alienação guarda relação com o valor de alienação das 6.271.398 ações da Bovespa e das 9.605.466 ações da BM&F detidas à época pela Ágora CTVM.

Referido contrato de opções de compra e de venda de ações tem por objeto a outorga pelos compradores de uma opção de venda das ações BBI lock-up ao vendedor e também a outorga pelo vendedor de uma opção de compra das ações BBI lock-up aos compradores, pelo preço e condições estipulados no contrato.

São reproduzidas, a seguir, as cláusulas do contrato relevantes para a análise da questão:

“2.1. O Comprador, neste ato, outorga a cada um dos Vendedores, em caráter irrevogável e irretratável, a opção de vender ao Comprador (“Opção de Venda”) suas Ações BBI Lock-Up, pelo Preço de Aquisição, conforme definido na Cláusula 4.1. abaixo.

2.2. A Opção de Venda poderá ser exercida a qualquer tempo após o fim do período de Lock Up, conforme definido na Cláusula 5.1 abaixo, por todas e não menos que todas as respectivas Ações BBI Lock-Up.

(...)

3.1. Os Vendedores, neste ato, outorgam ao Comprador, ou a seus cessionários, em caráter irrevogável e irretratável, a opção para os Compradores adquirirem dos Vendedores (“Opção de Compra”) suas Ações

BBI Lock-Up, pelo Preço de Aquisição, conforme definido na Cláusula 4.1. abaixo.

(...)

4.1. Em contrapartida à aquisição das Ações BBI Lock-Up, o Comprador se obriga a pagar aos Vendedores o valor estabelecido na forma da Cláusula 5 abaixo, na proporção da quantidade de suas respectivas Ações BBI Lock-Up, que corresponderá ao valor de mercado de alienação das Ações Bovespa e Ações BM&F, atualmente detidas pela ÁGORA, que, nesta data, a título informativo, é estimado em R\$330.000.000,00 (o “Preço de Aquisição”), A determinação do Preço de Aquisição está regulada na Cláusula 5 adiante.

(...)

5.1. As Partes reconhecem e concordam que o preço de alienação das Ações BBI Lock-Up está atrelado ao valor de alienação das Ações Bovespa e das Ações BM&F de propriedade indireta dos Vendedores em Bolsa de Valores. As Partes reconhecem ainda que, em função da recente abertura de capital tanto de Bovespa quanto de BM&F, as Ações Bovespa e Ações BM&F respectivas detidas indiretamente pelos Vendedores encontram-se sujeitas a período de bloqueio (o Lock-up), sendo, no caso de Bovespa, de 100% das Ações Bovespa até 22/04/2008 e 60% até 19/10/2008, e no caso de BM&F, de 100% das Ações BM&F até 27/05/2008. Desse modo, para efeitos de determinação do valor do preço das Ações BBI Lock-Up, as Partes e o BBI acordam que será observado e cumprido o seguinte:”

Há que se observar que o contrato em questão previa que a opção de venda somente poderia ser exercida sobre a totalidade das Ações BBI *Lock-Up*, sendo seu preço atrelado ao valor de alienação das ações da BM&F Bovespa.

Considerando-se que as ações da BM&F Bovespa estavam cotadas a R\$6,15 por ocasião do exercício da opção (18/12/2008), o valor da operação foi de R\$114.029.038,05 (18.541.307 ações a R\$6,15 cada), por força do instrumento contratual em questão.

Assim, conclui-se que o valor pago na recompra, pela impugnante, de 89.973.611 ações encontra-se justificado pelo contrato de opções de compra e de venda de ações *lock-up* celebrado em 06/03/2008. O fato de o valor da recompra corresponder a aproximadamente metade do valor de emissão decorre de oscilações do valor de mercado das ações da BM&F Bovespa, negociadas em bolsa de valores.

Cabe ressaltar que a incorporação das ações da Ágora Holdings pela impugnante ocorreu em 17/09/2008, conforme atas das Assembléias Gerais Extraordinárias realizadas por ambas as empresas (fls. 97 a 103 e 204 a 222), data em que foi apurado o ágio em comento, restando comprovado que o custo de aquisição foi de R\$907.873.718,82.

Por sua vez, a operação de recompra de ações questionada pela fiscalização foi realizada posteriormente, em 23/12/2008. O fato de as ações terem sido recompradas por valor inferior ao valor de emissão decorreu de oscilação no valor de mercado das ações da BM&F Bovespa, indexador previamente acordado

O contrato também explicitava que as decisões seriam sempre tomadas pelo Bradesco BBI e seus representantes com relação à opiniões em estudos, análises, e projeções para auxiliar a condução e tomada de decisão em relação às atividades da Ágora, e de suas Controladas.

Sobre o tema das dedutibilidade das despesas, o artigo 299 do RIR/99 dispõe que, são operacionais as despesas necessárias, normais e usuais à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora.

À vista disso, a necessidade da despesa é comprovada na medida em que ela é empregada na otimização das operações ou dos negócios exigidos pela atividade que constituiu o objeto social da pessoa jurídica.

A usualidade, por sua vez, possui relação com a habitualidade da despesa na realização do objeto social, ainda que essa despesa não seja reiteradamente incorrida na prática. É necessário apenas que a despesa se justifique do ponto de vista negocial para que ela possa se tornar usual. É dizer, noutros termos, que a despesa será usual, se for normal ao tipo de negócio do contribuinte, ainda que ocorra de forma excepcional ou esporádica.

Ademais, despesa normal é aquela que pertence à realização das atividades e dos negócios da pessoa jurídica.

Conforme os fatos narrados está claro que a natureza da despesa está diretamente relacionada às atividades da Recorrente. É indiscutível que a despesa contribuirá com a manutenção da fonte produtora da Recorrente, possuindo relação com o seu objeto social, tratando-se de atividades totalmente normais no seu ramo de atividade.

O debate maior, a meu ver, reside em torno da necessidade da despesa, já que, nos moldes do que pontuou o Sr. Agente Fiscal, é questionável se a Recorrente necessitava contratar os antigos proprietários para ter pleno acesso a toda clientela da Ágora.

Ocorre que, para que não permaneça no âmbito das subjetividades, o conceito de necessidade não pode estar atrelado a um juízo de valor por parte do contribuinte ou do Fisco.

Por isso, diversos doutrinadores têm afirmado que a despesa é necessária desde que paga e efetivamente incorrida para realizar qualquer negócio exigido pela atividade e objeto social da pessoa jurídica contratante.

Considerando isso, é inadmissível a classificação de mera liberalidade dada pela fiscalização à busca da Recorrente por uma melhor gestão de negócios, pela manutenção do *know how* dos antigos controladores e por resultados superiores.

Esse subjetivismo no entendimento fiscal é evidente, pois a fiscalização e a decisão recorrida não contestam, em momento algum **(i)** a natureza dos serviços prestados pelos antigos gestores da Ágora (treinamento/assessoria para transferência do *know how*); e **(ii)** a razoabilidade do valor pago pelo serviço, que está vinculado à aquisição de importante corretora de valores do País.

Diante disso, entendo que a despesa é dedutível e atende aos critérios de normalidade, usualidade e necessidade.

Analiso os demais pontos suscitados pela Recorrente, para eventual hipótese de que a maioria dos presentes venha divergir do voto até aqui.

4. Do lançamento relativo à CSLL

A Recorrente aduz que o lançamento de CSLL deve ser cancelado por falta de previsão legal para a adição ao lucro líquido **(i)** do valor correspondente à amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial, e **(ii)** dos valores decorrentes de despesas supostamente não usuais, normais e necessárias.

No que toca ao primeiro ponto, não vislumbro ser aplicável ao caso o art. 57 da Lei nº. 8.981/1995, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ.

Se as adições importam em um maior valor de tributo a recolher, somente poderiam ser aceitas se instituídas através de lei, que estabelecesse de forma rigorosa todos os critérios da hipótese quanto da consequência. E, no caso, a adição em destaque não está prevista nas leis que regulamentam a CSLL.

Nesse sentido já se pronunciou a jurisprudência desse Conselho:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO. INAPLICABILIDADE DO ART. 57, LEI Nº8.981/1995- Inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial. Inaplicabilidade, ao caso, do art. 57 da Lei n 8.981/1995, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ. (Acórdão 103-22.749 - 1º CC).

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO- BASE DE CÁLCULO ADIÇÕES- ILEGALIDADE- ART. 57. LEI Nº 8.981/95 - INAPLICABILIDADE. A adição à base de cálculo da CSSL do valor da amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pela equivalência patrimonial não encontra previsão legal, não podendo ser exigida do contribuinte. Não se aplica à presente questão o art. 57 da Lei nº 8.981/95, pois tal dispositivo não determina que a base de cálculo da CSSL seja idêntica à base de cálculo do IRPJ, nem que as adições devam ser as mesmas. (Acórdão nº 107-07.315)

Nos mesmos termos, o legislador não arrolou como hipótese de adição ao lucro líquido, valores decorrentes de despesas supostamente não usuais, normais e necessárias.

Assim, não havendo fundamento legal para adição **(i)** da despesa com amortização de ágio na base de cálculo da CSLL; e **(ii)** das despesas supostamente não usuais, normais e necessárias, deve ser cancelado o auto de infração de CSLL.

5. Da cobrança de juros sobre multa de ofício

A Recorrente sustenta, ainda, a improcedência da cobrança de juros de mora sobre a multa.

A exigência para tal cobrança, conforme manifestação da Fazenda Nacional através do parecer MF/SRF/COSIT/COOPE/SENOG n.º. 28, de 02/04/98, está no art. 61, § 3º da Lei n.º. 9.430/96, que assim estabelece:

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

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

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

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

Pela simples leitura do texto acima, resta claro que o mesmo está apenas permitindo que os débitos com a União Federal decorrentes de tributos e contribuições não pagos nos vencimentos sejam acrescidos de multa de mora, e que aqueles mesmos débitos (e não a multa) sofram também a incidência de juros de mora.

Corroborando com o entendimento que o art. 61 da Lei n.º. 9.430/96 prevê a cobrança de juros exclusivamente sobre o valor dos tributos e contribuições o art. 43 da mesma Lei n.º. 9.430/96, ao dispor:

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.

Ora, se a expressão “débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições” constante no “caput” do art. 61 da Lei n.º. 9.430/96 incluísse também a multa de ofício, não haveria necessidade alguma da previsão do parágrafo único do art. 43 acima reproduzido, uma vez que a incidência de juros sobre a multa de ofício lançada isoladamente nos termos do “caput” do artigo já decorreria diretamente do art. 61.

Desse modo, resta claro que somente existe previsão legal para a cobrança de juros sobre a multa no caso da multa lançada isoladamente, o que não é o caso do recurso em análise.

Outra discussão que se tem em relação ao tema de cobrança de juros sobre a multa é que a legitimidade para a sua cobrança estaria no próprio Código Tributário Nacional, na medida em que o art. 113 do CTN estabelecerá o procedimento de cobrança e o regime jurídico das multas ao mesmo adotado para os tributos. Tal entendimento, todavia, não merece prosperar, senão vejamos.

O art. 113 do CTN estabelece:

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.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Pela simples leitura do caput do artigo acima reproduzido, verifica-se que a obrigação tributária pode ser principal (de pagar tributo ou penalidade pecuniária) ou acessória (de fazer), sendo que a obrigação acessória “pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.”, nos termos do parágrafo 3º do referido art. 113.

Desse modo, a penalidade pecuniária que se converte em obrigação principal é exatamente aquela que decorre da inobservância da obrigação acessória. E é somente sobre essa penalidade (descumprimento de obrigação acessória), que por si só consubstancia (ou se converteu em) obrigação principal, que se não paga integralmente no seu vencimento podem incidir os juros de mora, conforme previsto no art. 43 da Lei nº. 9.430/96.

No caso em questão, é preciso salientar mais uma vez que a multa de ofício lançada não se refere ao descumprimento de obrigação acessória, mas sim de multa exigida pelo descumprimento da obrigação principal de pagar tributo.

Poderia, por fim se argumentar aqui que o art. 161 do CTN legitimaria a cobrança dos juros sobre a multa de tributo não pago no vencimento. Parece-me também que nesse artigo não traz tal permissão, senão vejamos. Dispõe o art. 161 do CTN, “*in verbis*”:

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

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

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

Pelo texto legal acima transcrito verifica-se que se a penalidade incidente pelo não pagamento da obrigação principal já estivesse incluída no “crédito” sobre o qual incidem os juros de mora previstos no art. 161 do CTN, seria desnecessária a ressalva final constante do referido dispositivo no sentido de que essa incidência de juros se dá “sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis”.

Ao analisar a matéria esse E. Conselho vem se manifestando pela impossibilidade da cobrança de juros sobre a multa, conforme se verifica das decisões abaixo reproduzidas:

IRPJE OUTRO - Ex(s): 2001

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ
Ano-calendário: 2000*

*Ementa: RECURSO DE OFÍCIO.
A decisão vergastada foi exarada de acordo com a correta análise dos fatos e do direito aplicável ao caso em questão, pelo quê há ser confirmada.
LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR - MOMENTO DO FATO GERADOR.*

*A Lei nº 9.532/1997, não atuou modificando a data da ocorrência do fato gerador, mas, tão-somente, deslocou o seu componente temporal, indicando o momento em que esses lucros deveriam ser oferecidos à tributação.
LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR - DECADÊNCIA.
No caso de tributação de lucros auferidos no exterior por intermédio de coligada, o prazo decadencial tem início no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que houve a disponibilização para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil.
LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR - DISPONIBILIZAÇÃO - ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM COLIGADA.
São tributáveis os lucros auferidos no exterior por sociedade domiciliada no Brasil, por intermédio de sua coligada, que sejam disponibilizados àquela. Tais lucros serão considerados disponibilizados na data do seu pagamento, que é considerado efetuado, quando ocorrido o emprego do valor em favor da beneficiária. A alienação de participação societária em coligada no exterior inclui-se na hipótese de "emprego do valor em benefício" da pessoa jurídica domiciliada no Brasil.
LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR - RESERVA LEGAL.
Não deve compor a base de cálculo do lançamento a parcela correspondente à Reserva Legal, posto que esta tem destinação obrigatória prevista em lei e deve ser constituída antes de qualquer outra destinação dos lucros.
TRIBUTOS PAGOS NO EXTERIOR - COMPENSAÇÃO.*

A compensação do imposto sobre a renda devido no Brasil, em face da disponibilização dos lucros auferidos no exterior, só será

possível com o imposto sobre a renda recolhido no exterior em razão dos mesmos lucros, independentemente da denominação do tributo no país de origem.
PESSOAS JURÍDICAS COLIGADAS - ADIÇÃO DE JUROS - CAPITALIZAÇÃO DE RECURSOS - INDISPONIBILIDADE DOS LUCROS.

A adição dos juros decorrentes da captação de recursos junto a coligada no exterior, só é cabível no caso de não ter sido disponibilizado os lucro do período para sua coligada no Brasil. Configurada a disponibilização de tais lucros não deve prevalecer o lançamento tributário.
LANÇAMENTOS REFLEXOS.

O decidido em relação ao tributo principal se aplica aos lançamentos reflexos, em virtude da estreita relação de causa e efeitos entre eles existentes, salvo quando houver na legislação de regência do tributo lançado como reflexo, característica que leve a outra conclusão.

LUCRO AUFERIDO NO EXTERIOR - CSLL.
Por força do princípio da legalidade estrita, no Direito Tributário só há incidência tributária sob a vigência de norma que estabeleça tal tributação. No caso da CSLL sobre lucros auferidos no exterior por coligada, a norma instituidora da obrigação tributária foi publicada em 30 de junho de 1999, passando a vigorar a partir de 01 de outubro de 1999.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO - INAPLICABILIDADE.

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

Recurso de Ofício Negado.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício. Pelo voto de qualidade, REJEITAR a preliminar de decadência, vencidos os Conselheiros Valmir Sandri, João Carlos de Lima Junior, José Ricardo da Silva e Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, que acolhiam a preliminar, sendo que o Conselheiro Aloysio José Percinio da Silva, acompanha pelas conclusões. No mérito, pelo voto de qualidade, considerar ocorrida a disponibilidade do lucro na alienação da participação societária, vencidos os Conselheiros João Carlos de Lima Junior, José Ricardo da Silva, Aloysio José Percinio da Silva, que apresenta declaração de voto, e Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho. Por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, quanto a primeira infração para excluir a tributação da CSLL em relação aos lucros apurados pela coligada no exterior, até 30 de setembro de 1999, bem assim a reserva legal. Por unanimidade de votos, cancelar a exigência em relação à glosa de despesas de juros, acompanham pelas conclusões João Carlos de Lima Junior, José Ricardo da Silva, Aloysio José Percinio da Silva e Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho. Por maioria de votos, excluir a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, vencidos nesta parte os Conselheiros Aloysio José Percinio da Silva Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho e Antonio Praga, que mantinham a incidência da taxa selic sobre a multa de ofício. (1º

Conselho de Contribuintes / 1a. Câmara / ACÓRDÃO 101-96.601 em 06.03.2008)

*Ementa: Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário
Ano-calendário: 1997*

Ementa: DECADÊNCIA. PRAZO - O prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação extingue-se em 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, conforme disposto no art. 150, § 4º, do CTN. Essa regra aplica-se também à CSLL por força da Súmula nº 8 do STF. Acolhe-se a arguição de decadência em relação ao ano-calendário de 1997.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 1997, 1998, 1999

Ementa: MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO - O agravamento da multa de ofício pelo atraso ou não atendimento de intimações e pedidos de esclarecimentos só tem aplicação quanto efetivamente demonstrada a recusa ou efetivo prejuízo ao procedimento fiscal.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. DESCABIMENTO - Por não se tratar da hipótese de penalidade aplicada na forma isolada, a multa de ofício não integra o principal e sobre ela não incidem os juros de mora.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC - 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 (Súmula 1º CC nº 4).

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Exercício: 1997, 1998, 1999

Ementa: LANÇAMENTO DECORRENTE - Aplica-se ao lançamento formalizado como decorrência o resultado do julgamento proferido no processo que lhe deu origem, tendo em vista o liame fático que os une. Ementário publicado no DOU nº 13 de 20/01/2009. Págs. 05/09

Resultado: DPM - DAR PROVIMENTO POR MAIORIA

Texto da Decisão: Por maioria de votos, acolheram a preliminar de decadência relativamente ao ano 1997, vencido o conselheiro Luciano de Oliveira Valença que aplicava o art. 173, I, do CTN. No mérito, por maioria de votos, deram provimento ao recurso, vencida a conselheira Ester Marques Lins de Sousa. Houve sustentação oral do representante do recorrente, Sr. Ricardo Krakowiak,

(Acórdão 103-23566, Relator Leonardo de Andrade Couto, Data da Sessão: 17/09/2008, Recurso 160718, 3ª Câmara, Processo 16327.000106/2003-11)

Ementa: Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2001

Ementa: NULIDADE. Incabível a argüição de nulidade do procedimento fiscal quando este atender às formalidades legais e for efetuado por servidor competente.

SIMULAÇÃO - GANHO DE CAPITAL - Se as provas constantes dos autos demonstram que a Contribuinte realizou negócio jurídico de forma diversa daquela formalmente declarada, havendo desconformidade entre a realidade fática e a aparência do negócio jurídico, resta caracterizada a ocorrência de simulação, devendo a obrigação tributária ser apurada sobre o negócio jurídico de fato realizado.

ATOS NÃO-COOPERADOS - TRIBUTAÇÃO - Os atos praticados por cooperativas que não se configurem como tipicamente cooperativos, estão sujeitos à tributação. Apenas os atos cooperativos, praticados entre associados e com o objetivo de atingir suas finalidades estatutárias não serão tributados.

MULTA E JUROS SELIC - Se a multa de ofício e os juros pela taxa Selic aplicados encontram-se em consonância com a legislação vigente, o Primeiro Conselho de Contribuintes, nos termos da sua Súmula nº 02, não pode afastar sua aplicação, já que não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO - INAPLICABILIDADE - Não incidem os juros com base na taxa Selic sobre a multa de ofício, vez que o artigo 61 da Lei n.º 9.430/96 apenas impõe sua incidência sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições. Igualmente não incidem os juros previstos no artigo 161 do CTN sobre a multa de ofício.

RO Negado.RV Provido em Parte.

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício. Quanto ao recurso voluntário, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para excluir a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, vencidos nessa parte, em segunda votação, os Conselheiros Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho (Relator), Aloysio José Percinio da Silva e Antonio Praga, que mantinham a incidência da taxa selic sobre a multa de ofício. Nas demais matérias em litígio houve unanimidade do colegiado. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro João Carlos de Lima Júnior quanto a não incidência de juros de mora sobre a multa de ofício proporcional.

(Acórdão 101-96523, Relator Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, Data da Sessão 23/01/2008, Recurso 157078, 1ª Câmara, Processo 19515.003663/2005-27)

Ementa: AGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES - AMORTIZAÇÃO - A pessoa jurídica que, por opção, avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido e absorver patrimônio da investida, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, pode amortizar o valor do ágio com fundamento econômico com base em previsão de resultados nos exercícios futuros, contabilizados por ocasião da aquisição do investimento. A amortização poderá ser feita a razão de um sessenta avos, mensais, a partir da primeira apuração do lucro real subsequente ao evento da absorção. No caso de deságio deverá amortizar na

apuração do lucro real levantado a partir do primeiro ano-calendário seguinte ao evento. O ágio também poderá ser amortizado por terceira pessoa jurídica que incorporar a investidora que pagou o ágio e incorporou sua investida. O legislador não estabeleceu ordem de seqüência dos atos que de incorporação, fusão ou cisão, não cabendo ao interprete vedar aquilo que a não proibiu.

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

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

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

Recurso parcialmente provido.

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

(Acórdão 105-16774, Relator José Clóvis Alves, Data da Sessão: 08/11/2007, Recurso: 155375, 5ª Câmara, Processo: 13839.001516/2006-64, Recorrente: CPQ BRASIL S.A.)

Ementa: RECURSO EX OFFICIO

IRPJ e CSLL – Devidamente justificada pelo julgador a quo a insubsistência das razões determinantes de parte da autuação por glosa de despesas, é de se negar provimento ao recurso de ofício interposto contra a decisão que dispensou a parcela do crédito tributário irregularmente constituído.

RECURSO VOLUNTÁRIO

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI – A apreciação da constitucionalidade ou não de lei regularmente emanada do Poder Legislativo é de competência exclusiva do Poder Judiciário, pelo

princípio da independência dos Poderes da República, como preconizado na nossa Carta Magna. Assim, somente será apreciada nos Tribunais Administrativos quando uniformizada e pacificada na esfera judicial pelo Supremo Tribunal Federal.

IRPJ – CSLL – PROVISÕES NÃO DEDUTÍVEIS – TRIBUTOS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa – Por configurar uma situação de solução indefinida, que poderá resultar em efeitos futuros favoráveis ou desfavoráveis à pessoa jurídica, os tributos ou contribuições cuja exigibilidade estiver suspensa nos termos do art. 151 do Código Tributário Nacional, são indedutíveis para efeito de determinação da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, por traduzir-se em nítido caráter de provisão. Assim, a dedutibilidade de tais rubricas somente ocorrerá por ocasião de decisão final da justiça, desfavorável à pessoa jurídica.

JUROS DE MORA SOBRE TRIBUTOS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa POR FORÇA DE MEDIDAS JUDICIAIS – Por constituírem acessório dos tributos sobre os quais incidem, os juros de mora sobre tributos cuja exigibilidade esteja suspensa por força de medidas judiciais seguem a norma de dedutibilidade do principal.

MULTA ISOLADA – RETROATIVIDADE BENIGNA – No julgamento dos processos pendentes, cujo crédito tributário tenha sido constituído com base no inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, a multa isolada exigida pela falta de recolhimento do tributo em atraso, sem a inclusão da multa de mora, deve ser exonerada pela aplicação retroativa do artigo 14 da MP nº 351, de 22/01/2007, que deixou de caracterizar o fato como hipótese para aplicação da citada multa.

JUROS DE MORA SOBRE TRIBUTOS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa POR FORÇA DE MEDIDAS JUDICIAIS – Por constituírem acessório dos tributos sobre os quais incidem, os juros de mora sobre tributos cuja exigibilidade esteja suspensa por força de medidas judiciais seguem a norma de dedutibilidade do principal.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO – INAPLICABILIDADE - Os juros de mora só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa aplicada.

JUROS MORATÓRIOS – TAXA SELIC

Súmula 1º CC 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.

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício e, quanto ao recurso voluntário, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares suscitadas e, no mérito, por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para: 1) afastar a exigência das multas isoladas; 2) afastar a incidência dos juros moratórios sobre a multa de ofício. Vencidos os Conselheiros Paulo Roberto Cortez (Relator) e Sandra Maria Faroni, que deram provimento parcial ao recurso em menor extensão, no tocante à incidência dos juros de mora, e Sebastião Rodrigues Cabral e Mário Junqueira Franco Júnior que

deram provimento parcial ao recurso em maior extensão, para

também cancelar a exigência da CSL. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Caio Marcos Cândido. Ausente momentaneamente o Conselheiro Valmir Sandri.

(Acórdão 101-96008, Relator Paulo Roberto Cortez, Data da Sessão: 01/03/2007, Recurso: 151401, 1ª Câmara, Processo: 16327.004079/2002-75)

Nesse mesmo sentido, também foi a manifestação da Câmara Superior de Recursos Fiscais ao analisar e decidir sobre a matéria, conforme se verifica do acórdão abaixo reproduzido:

Favorável – Administrativo – Câmara Superior de Recursos Fiscais

*Texto da Decisão: 1) Por maioria de votos, NÃO CONHECER da preliminar de perda de objeto do recurso em face do trânsito em julgado da decisão judicial quanto ao mérito, suscitada pela Conselheira Maria Teresa Martínez Lopez. Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martínez Lopez e Manoel Coelho Arruda Junior (Substituto convocado); 2) Por maioria de votos, ACOLHER a preliminar de decadência até os fatos geradores do mês de outubro de 1999, vencidos os Conselheiros Josefa Maria Coelho Marques, Gilson Macedo Rosenburg Filho, Júlio César Vieira Gomes e Elias Sampaio Freire que não acolhiam; 3) **por maioria de votos CONHECER do recurso quanto a incidência sobre a multa de ofício dos juros à taxa SELIC, vencidos os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres (Relator), Gilson Macedo Rosenburg Filho e Leonardo Siade Manzan, e por maioria de votos DAR provimento nessa parte, vencidos s conselheiros Henrique Pinheiro Torres (Relator) e Antonio Praga, que mantinham essa incidência.** Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Maria Teresa Martínez Lopez. Fez sustentação oral o advogado da recorrente Dr. Ricardo Krakowiak, OAB/SP 138.192. (Acórdão CSRF/02-03.133, Relator Henrique Pinheiro Torres, Data da Sessão: 06/05/2008, Recurso 202-131351 ,2ª Turma, Processo: 18471.001680/2004-30, RECURSO DE DIVERGÊNCIA, Matéria: COFINS, Recorrente: COMPANHIA VALE DO RIO DOCE S/A.)*

Desse modo, entendo que, nesse ponto, assiste razão à Recorrente.

CONCLUSÃO

Por tudo quanto exposto, encaminho meu voto no sentido de **dar provimento ao recurso voluntário**, em virtude do acolhimento da preliminar decadência do direito do Fisco de revisar os lançamentos realizados no ano-calendário 2004.

Vencido, **dou provimento ao recurso voluntário e nego provimento ao recurso de ofício** para: **(i)** afastar a glosa do ágio para o IRPJ e para a CSLL relativas à incorporação da Serena Holdings Ltda; **(ii)** afastar a glosa do ágio para o IRPJ e para a CSLL relativas à incorporação da Ágora Holdings S.A. **(iii)** afastar a glosa da despesa com a contratação dos serviços da Opus Serviços Financeiros e Consultoria Ltda.

Vencido no mérito quanto a esses pontos, voto pelo **provimento parcial do recurso voluntário para (i) cancelar o auto de infração de CSLL (em razão da falta de fundamentação legal para adição de despesa não necessária, normal e usual e da despesa com**

Processo nº 16327.720528/2012-06
Acórdão n.º **1402-001.786**

S1-C4T2
Fl. 1.428

amortização de ágio na base de cálculo da contribuição); **(ii)** afastar a cobrança de juros de mora sobre multa de ofício.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto – Redator *ad hoc*

CÓPIA

Voto Vencedor

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar, Redator designado

Tendo sido designado para redigir o voto vencedor, passo à análise dos pontos de divergência com relação ao voto do i. Conselheiro Relator.

Da arguição de decadência

A Recorrente alega que o ágio relativo à aquisição do Banco BEM não pode mais ser questionado pela fiscalização tendo em vista ter sido apurado em 2004 e a ciência dos autos de infração se dado em 2012, depois de decorridos mais de cinco anos da apuração do ágio.

A tese esposada na defesa é a de que, para fins de contagem do prazo decadencial, deve-se considerar a data em que as operações societárias foram realizadas, e não o momento em que as bases de cálculo dos tributos (ou contribuições) foram afetadas pelos efeitos decorrentes de referidas operações.

Com efeito, entendo descabidos os argumentos da Recorrente. Nesse sentido, não vejo mácula na análise desenvolvida na decisão recorrida, cujos fundamentos aqui adoto como razão de decidir, na forma a seguir apresentada.

Ressalte-se, de início, que os prazos decadenciais previstos no Código Tributário Nacional – CTN impedem a autoridade fiscal de constituir o crédito tributário por meio de lançamento de ofício.

Relativamente aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a constatação de antecipação de pagamento efetuado pelo sujeito passivo determina a contagem do prazo decadencial de acordo com a regra prevista no art. 150, §4º do mencionado diploma legal:

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

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto

o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Noutro giro, nas hipóteses de ausência de pagamento antecipado ou quando o ato infracional é praticado com dolo, fraude ou simulação, o prazo decadencial é contado de acordo com os ditames do art. 173, I do CTN:

“Art. 173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

No caso concreto, é certo que os fatos ora discutidos tiveram origem no ano-calendário 2004, quando houve a apuração do ágio cujo valor foi questionado pela fiscalização.

Entretanto, os lançamentos tributários dizem respeito a fatos geradores do IRPJ e da CSLL ocorridos em 31/12/2007, 14/11/2008 e 31/12/2008, tendo a Autuada tomado ciência das autuações em 07/05/2012, momento em que ainda não havia ocorrido a decadência, em qualquer das modalidades de contagem previstas no CTN.

A conclusão da fiscalização de que houve cometimento de infração fiscal foi apurada a partir dos elementos da escrituração contábil e fiscal da contribuinte dos anos-calendário de 2004 e seguintes.

Nesse sentido, ainda que o ágio tenha sido gerado em 2004, entendo que os efeitos sobre os resultados da pessoa jurídica contestados pela fiscalização são aqueles ocorridos em 2007 e 2008, períodos em que, à época do lançamento, ainda não haviam sido atingidos pela decadência.

Com efeito, uma vez que a contribuinte reconheceu na contabilidade e nos resultados fiscais, a partir do ano-calendário 2004, despesas decorrentes de amortização de ágio, era seu dever manter e exibir os documentos que apoiavam esses registros contábeis e fiscais, ainda que tais deduções tivessem como origem um fato anterior, isto é, um ágio gerado em período de apuração fiscal já decaído, não se desconhecendo, todavia, a preclusão operada em desfavor do Fisco a impedi-lo de constituir, caso entendesse cabível, um crédito tributário relativo ao próprio período em que houve a geração do ágio, qual seja, em 2004.

É improcedente, assim, a alegação de ocorrência de preclusão do poder de o Fisco questionar fatos passados que, embora decaídos para fins de constituição de crédito tributário, repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, tal como sucedido no presente caso.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Turma:

PERÍODO DE APURAÇÃO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA PARA CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VERIFICAÇÃO DE FATOS, OPERAÇÕES, REGISTROS E ELEMENTOS PATRIMONIAIS COM REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA FUTURA. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÕES. O fisco pode verificar fatos, operações e documentos, passíveis de registros contábeis e fiscais, devidamente escriturados ou não, em períodos de apuração atingidos pela decadência, em face de comprovada repercussão no futuro, qual seja: na apuração de lucro líquido ou real de períodos não atingidos pela decadência. Essa possibilidade delimita-se pelos seus próprios fins, pois, os ajustes decorrentes desse procedimento não podem implicar em alterações nos resultados tributáveis daqueles períodos decaídos, mas sim nos posteriores. Em relação a situações jurídicas, definitivamente constituídas, o Código Tributário Nacional estabelece que a contagem do prazo decadencial para constituição das obrigações tributárias, porventura delas inerentes, somente se inicia após 5 anos, contados do período seguinte ao que o lançamento do correspondente crédito tributário poderia ter sido efetuado (art. 173 do CTN).” (CARF, 4ª Câmara, 1ª Seção, acórdão 1402-000.802, sessão de 21/10/2011)

DECADÊNCIA. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TERMO INICIAL. Em relação à decadência, a contagem do prazo deve ter como base a data a partir da qual o Fisco poderia efetuar o lançamento, ou seja, a data do fato gerador da obrigação. Sob essa ótica, para efeito de tributação da amortização indevida do ágio, a simples apuração desse ágio não dá azo a qualquer infração a qual só poderia, eventualmente, caracterizar-se quando da amortização. Isso porque o valor amortizado é despesa que reduz o resultado tributável gerando, quando indevida, a infração passível de lançamento. (CARF, 4ª Câmara, 1ª Seção, acórdão 1402-001.278, sessão de 04/12/2012)

Ante o exposto, afasto a tese de decadência do lançamento, esposada na peça recursal.

MÉRITO

Do Ágio decorrente da incorporação da Serena Holdings Ltda – aquisição do BEM.

A matéria em discussão nesse tópico foi bem delimitada no voto vencido, nos termos a seguir repisados.

Para logo, também importa esclarecer que, muito embora o Banco Bradesco, ao adquirir as ações do Banco BEM, tenha apurado ágio nos valores de: **(i)** R\$ 94.038.651,18, em 10/02/2004; **(ii)** R\$ 165.234,76, em 31/03/2004; e **(iii)** R\$ 13.636.033,73, em 31/07/2004; somando R\$ 107.839.919,67; a fiscalização questiona apenas o ágio de **R\$ 94.038.651,18, apurado em 10/02/2004**, por ocasião da aquisição, em leilão, de 324.181.808 ações do Banco BEM, representativas de 89,957% de seu capital social.

Na apuração desse ágio, não há discordância quanto ao custo de aquisição de **R\$ 50.267.497,03. A divergência se dá apenas quanto ao valor do PL do Banco**

BEM na data da aquisição. A Recorrente alega que o PL era negativo em R\$ 48.657.685,66, enquanto a fiscalização alega que o PL era positivo em R\$ 37.947.967,88, conforme balancete levantado em 31/01/2004.

Com efeito, afirma a fiscalização que o Banco BEM não apresentou PL negativo em momento algum. Destaca-se as palavras da Fiscalização:

O balancete do Banco BEM, entregue no decorrer da Ação fiscal, com data de 31/01/2004, antes de sua aquisição pelo Banco Bradesco, em 10 de fevereiro de 2004 apresenta um Patrimônio Líquido de R\$ 37.947.967,88 e o balancete entregue com data de 28/02/2004 após a aquisição do Banco BEM apresenta um Patrimônio Líquido de R\$ 65.424.820,66. Ou seja, em nenhum momento o Banco BEM apresentou Patrimônio Líquido negativo.

Acerca dos eventuais ajustes, alegados pela Contribuinte como justificadores do PL negativo, assim discorre a fiscalização:

Infere-se que os ajustes efetuados **não** foram contabilizados e **não** afetaram o Patrimônio Líquido. Esse fato é confirmado pelos valores de Patrimônio Líquido, apurados após a aquisição, que se mostram positivos, conforme informações dos balancetes. Em nenhum dos balancetes que nos foi entregue o Banco BEM apresenta Patrimônio Líquido Negativo.

Após isso, a fiscalização afirma que eventual PL negativo não poderia ser considerado no valor do ágio a ser amortizado.

Em resumo, o cerne da discussão nesse tópico pode ser desdobrado em duas questões: i) se ficou demonstrada a apuração do PL negativo na data da aquisição das ações pela Recorrente e; ii) se eventual PL negativo poderia ser considerado no valor do ágio a ser amortizado. Passo à análise desses dois quesitos.

i) Da demonstração do PL negativo na data da aquisição das ações

Quanto a esse ponto, não enxergo máculas na análise levada a cabo no voto vencido, que repiso abaixo.

Intimada, a Recorrente apresentou documentos e as informações constantes

| Nome | Cosif | 31/01/2004 |
|---|---------------|-----------------|
| Composição do patrimônio em 31/01/2004 | | (R\$) |
| Capital | 6.1.1.10.00-1 | 52.374.667,73 |
| Aumento de capital | 6.1.1.10.00-2 | - |
| Ações ordinárias | 6.1.1.20.13-2 | 86.893,61 |
| Prejuízos acumulados | 6.1.1.20.13-2 | -14.513.593,46 |
| Resultado do período | | -875.200,99 |
| Aumento de capital efetuado em 13/02/2004 pela União Federal | 6.1.1.10.00-2 | 27.476.852,81 |
| Patrimônio Líquido em 31/01/2004 | 6.00.00.00-2 | 37.072.766,89 |
| Ajustes contábeis - fatos geradores ocorridos até a data da aquisição | | -113.207.305,36 |
| Patrimônio Líquido na data da aquisição | 6.00.00.00-2 | -48.657.685,66 |

dos quadros abaixo para comprovar o valor do PL do Banco BEM na data da aquisição do investimento:

Com relação a tais informações a fiscalização sustenta que:

(i) os ajustes contábeis do quadro acima, chamados de fatos geradores ocorridos até a data da aquisição, no valor de R\$ 113.207.305,36, não teriam sido contabilizados e não teriam afetado o PL.

Ademais, o balancete referente a 31/01/2004 (antes da aquisição) apresenta PL de R\$37.947.967,88 e o balancete relativo a 28/02/2004 (após a aquisição) apresenta PL de R\$ 65.424.820,66; e

(ii) ainda que tais ajustes fossem contabilizados, tratar-se-iam de provisões cujas contrapartidas não teriam efeitos para fins fiscais, nos termos do art. 335 do RIR/99 (inedutibilidade na apuração do lucro real).

A aquisição das ações do Banco BEM se deu em **13/02/2004**, tendo sido utilizado o balancete do mês anterior, qual seja, de **31/01/2004**, nos moldes do que

| Ajustes | Valor (R\$) |
|--|-----------------------|
| Títulos e Valores Mobiliários | 5.581.461,10 |
| Provisões operações de crédito | 2.995.392,98 |
| Outros créditos | 11.341.844,76 |
| Provisões para desvalorização de bens | 2.024.754,98 |
| Provisões outros investimentos | 63.063,59 |
| Imobilizado de uso | 3.163.248,47 |
| Diferido - risco de existência de realização | 1.187.538,59 |
| Provisões contingências cíveis, trabalhistas e fiscais | 141.363.203,72 |
| (-) Créditos tributários sobre ajustes propostos | 54.513.235,83 |
| Total de Ajustes no Patrimônio Líquido | 113.207.272,36 |

determina o inciso I do artigo 21 do Decreto-lei nº 1.598/77.

Na data da aquisição, a Recorrente constatou que o valor de PL constante do balancete de 31/01/2004 (R\$ 37.072.766,89 - Cosif 6.0.0.00.00-2) não contemplava: (i) o valor do aumento de capital realizado pela União em 13/02/2004, no valor de R\$ 27.476.852,81 (cosif 6.1.1.10.00-2) e (ii) os ajustes contábeis decorrentes de fatos geradores ocorridos até a data da aquisição (no montante de R\$ 113.207.305,36 - cosif 7.0.0.00.00-9 e 8.0.0.00.00-6).

Nesse passo, abra-se um parêntese para ressaltar que, já no processo de avaliação do Banco BEM para fins de determinação do preço pago (*due diligence*), o Grupo Bradesco identificou diversos fatos realizados sob a gestão da União Federal que receberam tratamento contábil inadequado, especialmente no que tocam a provisões não registradas.

Assim, em conformidade com a legislação societária e fiscal, seus critérios contábeis e princípios contábeis geralmente aceitos, verificou que seria necessário efetuar alguns ajustes no PL do Banco BEM, para fins de uniformização dos critérios.

Ocorre que, na data da aquisição das ações o balancete de verificação de janeiro de 2004 já estava fechado, não comportando alterações, haja vista que o Bacen não permite a realização de lançamentos retroativos.

E, nada obstante, o mesmo artigo 21 do Decreto-lei nº. 1598/77 expressamente determina que, se os critérios contábeis adotados pela coligada/controlada e pelo contribuinte (que adquiriu a participação na sociedade) **não forem uniformes, o contribuinte deverá** fazer no balanço ou balancete da

coligada/controlada os ajustes necessários para eliminar as diferenças relevantes decorrentes da diversidade de critérios.

Ou seja, a realização dos ajustes não era uma conveniência do contribuinte, já que a lei expressamente o obriga a proceder dessa forma.

Nesse cenário, uma vez que os ajustes referentes à data da aquisição (13/02/2004) não poderiam ser levados a cabo no balancete de verificação de 31/01/2004, **estes foram refletidos no balancete de verificação de 28/02/2004.**

Abra-se novo parêntese para esclarecer que, nos termos das regulamentações do Bacen e do Cosif, as instituições financeiras somente apuram balanços em 30/06 e 31/12 de cada ano. Nos demais meses, como foi o caso de 31/01 e 28/02, são “levantados” apenas balancetes de verificação.

Nos balancetes de verificação não se faz o encerramento das contas de resultado em formação e conseqüente transferência para a conta que registra parcialmente o PL. Apenas nos balanços semestrais as contas de resultado são encerradas, com sua respectiva migração para o PL como um todo.

Justamente por isso, nos balancetes de verificação, para que se apure o valor do PL, é indispensável que sejam considerados, além dos valores constantes da conta de PL (Cosif 6.0.0.00.00-2), aqueles constantes das contas de resultado credoras (Cosif 7.0.0.00.00-9) e das contas de resultado devedoras (Cosif 8.0.0.00.00-6), já que elas representam, em essência, contas de PL que não foram migradas e consolidadas.

Sobre esse ponto, a Recorrente apresenta exemplos numéricos em sua peça recursal (fls. 922 e 923 dos autos), bem como documentos às fls. 1045/1055, que demonstram que o PL do Banco BEM obtido no balancete de verificação de 30/06/2004, com a devida consideração das contas de PL (Cosif 6.0.0.00.00-2), contas de resultado credoras (Cosif 7.0.0.00.00-9) e das contas de resultado devedoras (Cosif 8.0.0.00.00-6), é exatamente igual ao PL constante do balanço patrimonial de 30/06/2004, publicado em 27/08/2004, que estava negativo em R\$ 50.856.570,07.

Para comprovar a contabilização dos ajustes ao balancete de verificação de 31/01/2004, como suporte para a contabilização do ágio pago, o Banco Bradesco produziu um demonstrativo com a discriminação dos ajustes necessários à uniformização dos critérios contábeis na data da aquisição (**13/02/2004**), anexado às fls. 1025/1043 dos autos.

Dessa forma, considerando as receitas e despesas em formação e ainda não transferidas ao PL, bem como o aumento de capital realizado pela União em 13/02/2004, de R\$ 27.476.852,81 (Cosif 6.1.1.10.00-2), resta claro que **o Banco BEM possuía PL negativo de R\$ 48.657.685,66, tal como demonstram os documentos e planilhas apresentadas pela Recorrente no curso da ação fiscal e aquelas acostadas às defesas.**

Anexado ao recurso voluntário, vale dizer, encontram-se **(i)** cópias das folhas do Razão Analítico do Banco BEM, nas quais estão registrados os ajustes efetuados no PL; e **(ii)** demonstrativo com a indicação da consolidação dos ajustes e de sua localização no Livro Razão (fl. 1025/1043).

Destarte, de forma a comprovar que a Recorrente efetivamente realizou os ajustes em questão, vale transcrever trecho da Nota Explicativa 17 do Balanço

Patrimonial de 30/06/2004, primeiro balanço levantado após a aquisição do Banco BEM, publicado no Diário oficial do Estado do Maranhão de 27/08/2004, devidamente aprovado pelos auditores independentes (fls. 1045/1055):

17) Outras informações:

a) Sob a administração do Banco Bradesco S.A., foram constituídos no Banco BEM S.A. (atual denominação do Banco do Estado do Maranhão S.A.), provisões necessárias para dar cobertura às contingências existentes, razão pela qual o mesmo encontra-se com passivo a descoberto. Em 12 de março de 2004, foi protocolado junto à Comissão de Valores Mobiliários – CVM uma Oferta Pública de Ações – OPA, para aquisição das ações dos minoritários e o cancelamento do registro de companhia aberta. Tão logo, seja concluída esta operação, será realizado no Banco BEM S.A., um aporte de capital necessário a enquadrá-lo dentro das regras de capital e patrimônio líquido exigido.

Portanto, o Balanço Patrimonial de 30/06/2004 também deve ser tido em conta como documento hábil a comprovar que o Banco Bradesco realizou ajustes na contabilidade do Banco BEM, a fim de uniformizar os critérios contábeis das duas instituições financeiras, em obediência do disposto no art. 21 do Decreto-lei nº. 1598/77, que culminaram evidenciando o passivo a descoberto do Banco BEM.

Uma vez superada a questão da efetiva contabilização dos ajustes, mostra-se desnecessário adentrar as questões aduzidas pela Recorrente quanto à grandeza e a natureza dos ajustes efetuados, já que essa matéria não foi objeto de questionamento por parte da fiscalização.

Por fim, importa dizer apenas que, é totalmente absurda a argumentação desenvolvida pelo Sr. Agente Fiscal no sentido de que os ajustes, por terem natureza de provisão, não poderiam impactar na apuração do “*PL para fins fiscais*”, pois não existe qualquer norma legal que determine a apuração de um “patrimônio líquido real” ou “patrimônio líquido tributário”, sujeito a adições, exclusões e compensações.

O patrimônio líquido é apurado de acordo com os critérios contábeis da Lei das Sociedades por Ações e apenas o lucro real (base de cálculo do IRPJ) está sujeito a adições, exclusões e compensações.

ii) Da desconsideração do valor do PL negativo na apuração do ágio a ser amortizado

A matéria não é nova nesta Turma. Em outro julgado, de minha relatoria (Processo 11052.001274/2010-15, sessão de 09/07/2013), a questão da quantificação de ágio em circunstâncias de Patrimônio Líquido Negativo da sociedade investida foi analisada, com decisão favorável à Fazenda Nacional no sentido da desconsideração do valor do PL negativo na apuração do ágio a ser amortizado.

Como se verá a seguir, entendo inadmissível o aproveitamento de ágio em patamares superiores ao valor efetivamente pago pela investidora, em circunstância de aquisição de investimento em sociedade com passivo a descoberto. Tal entendimento encontra albergue na legislação em vigor, em fundamentada doutrina, em pronunciamentos da CVM e na jurisprudência deste CARF.

Passo à análise, servindo-me, para tanto, e com a devida vênia, de parte dos fundamentos apresentados nas contra-razões da D.Procuradoria da Fazenda Nacional, na forma a seguir apresentada.

A divergência entre o entendimento da Fiscalização e da Contribuinte diz respeito à corrente adotada para a avaliação de investimentos com base na equivalência patrimonial. A Fiscalização entende que o investimento em outra pessoa jurídica nunca pode ser avaliado por um montante inferior a zero, dado que a investidora não se responsabiliza, perante os credores da investida, por valores superiores ao capital investido. A Recorrente, por sua vez, defende que a contabilidade, em caso de investimentos relevantes, deve sempre expressá-los em valor proporcional à sua participação no patrimônio líquido da investida, seja ele positivo ou negativo.

A disciplina legal do assunto é trazida pelos seguintes dispositivos:

Decreto-lei nº 1.598/77

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 sub-contas distintas do custo de aquisição do investimento.

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

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

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

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

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

§ 4º As normas deste Decreto-lei sobre investimentos em coligada ou controlada avaliados pelo valor de patrimônio líquido aplicam-se às sociedades que, de acordo com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, tenham o dever legal de adotar esse critério de avaliação, inclusive as sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimento relevante, cuja avaliação segundo o mesmo critério seja necessária para determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada. (Revogado pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

Art 21 Em cada balanço o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no artigo 248 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as seguintes normas:

I o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até 2 meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda.

II se os critérios contábeis adotados pela coligada ou controlada e pelo contribuinte não forem uniformes, o contribuinte deverá fazer no balanço ou balancete da coligada ou controlada os ajustes necessários para eliminar as diferenças relevantes decorrentes da diversidade de critérios;

III o balanço ou balancete da coligada ou controlada levantado em data anterior à do balanço do contribuinte deverá ser ajustado para registrar os efeitos relevantes de fatos extraordinários ocorridos no período;

IV o prazo de 2 meses de que trata o item I aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades, de que trata o § 4º do artigo 20, de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente.

IV o prazo de 2 meses de que trata o item aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimentos relevantes que devam ser avaliados pelo valor de patrimônio líquido para efeito de determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

V o valor do investimento do contribuinte será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido ajustado de acordo com os números anteriores, da porcentagem da participação do contribuinte na coligada ou controlada.

Lei nº 6.404, de 1976

Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos em coligadas ou em controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum serão avaliados pelo método da equivalência patrimonial, de acordo com as seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da

data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;

II o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;

III a diferença entre o valor do investimento, de acordo com o número II, e o custo de aquisição corrigido monetariamente; somente será registrada como resultado do exercício:

a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;

b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos;

c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 1º Para efeito de determinar a relevância do investimento, nos casos deste artigo, serão computados como parte do custo de aquisição os saldos de créditos da companhia contra as coligadas e controladas.

§ 2º A sociedade coligada, sempre que solicitada pela companhia, deverá elaborar e fornecer o balanço ou balancete de verificação previsto no número I.

A transcrição dos dispositivos acima se presta para demonstrar a ausência de qualquer menção a procedimentos a serem adotados em caso de passivo a descoberto da sociedade investida. A legislação sempre se reporta a “valores de Patrimônio Líquido” que, por sua vez, tem definição a partir das interpretações veiculadas em Resoluções do CFC.

Em voto proferido pela Conselheira Edeli Pereira Bessa, em julgamento análogo (Acórdão 1101-00.766, Sessão de 05 de julho de 2012), a definição obtida a partir da análise e confronto das Resoluções CFC nºs 686/90, 774/94, 847/99 e 1.049/2005, indica-nos que:

[...] é possível concluir que não existe, conceitualmente, Patrimônio Líquido Negativo. Patrimônio Líquido é expressão reservada para as hipóteses nas quais a contabilidade expressa *recursos próprios da Entidade*, na medida em que os bens, os direitos e as demais aplicações de recursos controlados pela entidade são mais do que suficientes para quitar *as obrigações para com terceiros*. Se outro é o cenário, o grupo patrimonial representativo da diferença entre o Ativo e o Passivo é denominado Passivo a Descoberto.

É possível, portanto, interpretar que as leis, ao se reportarem ao valor de patrimônio líquido como referência para cálculo da equivalência patrimonial, tinham em conta, apenas, situações nas quais o investimento apresenta um valor patrimonial positivo.

Como se observa, a referência legal diz respeito a valores patrimoniais positivos, e não negativos, como quer fazer crer a Recorrente.

Tal entendimento é veiculado ainda pela Instrução Normativa CVM nº 247/96.

DO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL

Art. 1º O investimento permanente de companhia aberta em coligadas, suas equiparadas e em controladas, localizadas no país e no exterior, deve ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, observadas as disposições desta Instrução.

*Parágrafo único. Equivalência patrimonial corresponde ao valor do investimento determinado mediante a aplicação da percentagem de participação no capital social **sobre o patrimônio líquido** de cada coligada, sua equiparada e controlada.*

[...]

DAS PERDAS PERMANENTES EM INVESTIMENTOS AVALIADOS PELO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL

Art. 12 A investidora deverá constituir provisão para cobertura de perdas efetivas, em virtude de:

a. eventos que resultarem em perdas não provisionadas pelas coligadas e controladas em suas demonstrações contábeis; ou

b. responsabilidade formal ou operacional para cobertura de passivo a descoberto.

II perdas potenciais, estimadas em virtude de:

a. tendência de perecimento do investimento;

b. elevado risco de paralisação de operações de coligadas e controladas;

c. eventos que possam prever perda parcial ou total do valor contábil do investimento ou do montante de créditos contra as coligadas e controladas; ou

d. cobertura de garantias, avais, fianças, hipotecas ou penhor concedidos, em favor de coligadas e controladas, referentes a obrigações vencidas ou vincendas quando caracterizada a incapacidade de pagamentos pela controlada ou coligada.

§ 1º Independentemente do disposto na letra "b" do inciso I, deve ser constituída ainda provisão para perdas, quando existir passivo a descoberto e houver intenção manifesta da investidora em manter o seu apoio financeiro à investida.

§ 2º A provisão para perdas deverá ser apresentada no ativo permanente por dedução e até o limite do valor contábil do investimento a que se referir, sendo o excedente apresentado em conta específica no passivo.

Tal provisão de perdas somente se justifica em razão da possibilidade de o patrimônio da investidora ser reduzido por um evento futuro, ainda não refletido em seu balanço patrimonial. Se assim não o fosse, não haveria razão para a norma determinar a constituição de provisão de perdas na presença de passivo a descoberto no balanço da investida se a avaliação do investimento, com base na equivalência patrimonial, já se prestasse a reduzir o ativo da investidora.

Merecem ainda transcrição os dispositivos da mesma Instrução CVM que versam sobre o registro periódico de equivalência patrimonial:

DA DETERMINAÇÃO DA RELEVÂNCIA DO INVESTIMENTO

Art. 4º Considera-se relevante o investimento:

I quando o valor contábil do investimento em cada coligada for igual ou superior a 10% (dez por cento) do patrimônio líquido da investidora; ou

II quando o valor contábil dos investimentos em controladas e coligadas, considerados em seu conjunto, for igual ou superior a 15% (quinze por cento) do patrimônio líquido da investidora.

§ 1º O valor contábil do investimento em coligada e controlada abrange o custo de aquisição mais a equivalência patrimonial e o ágio não amortizado, deduzido do deságio não amortizado e da provisão para perdas.

§ 2º Para determinação dos percentuais referidos nos incisos I e II deste artigo, ao valor contábil do investimento deverá ser adicionado o montante dos créditos da investidora contra suas coligadas e controladas.

[...]

DA DIFERENÇA RESULTANTE DA AVALIAÇÃO BASEADA NO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL

Art. 16 A diferença verificada, ao final de cada período, no valor do investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial, deverá ser apropriada pela investidora como:

I receita ou despesa operacional, quando corresponder:

a. a aumento ou diminuição do patrimônio líquido da coligada e controlada, em decorrência da apuração de lucro líquido ou prejuízo no período ou que corresponder a ganhos ou perdas efetivos em decorrência da existência de reservas de capital ou de ajustes de exercícios anteriores; e

b. a variação cambial de investimento em coligada e controlada no exterior.

II receita ou despesa não operacional, quando corresponder a eventos que resultem na variação da porcentagem de participação no capital social da coligada e controlada;

III aplicação na amortização do ágio em decorrência do aumento ocorrido no patrimônio líquido por reavaliação dos ativos que lhe deram origem; e

IV reserva de reavaliação quando corresponder a aumento ocorrido no patrimônio líquido por reavaliação de ativos na coligada e controlada, ressalvado o disposto no inciso anterior.

Parágrafo único. Não obstante o disposto no artigo 12, o resultado negativo da equivalência patrimonial terá como limite o valor contábil do investimento, conforme definido no parágrafo 1º do artigo 4º desta Instrução.

A conclusão é que o resultado negativo da equivalência patrimonial não pode exceder o valor pelo qual o investimento está contabilizado, de modo a resultar em ativo com saldo negativo. Nesse sentido, a variação negativa do patrimônio da investida pode, no máximo, anular o investimento contabilizado.

Admitir que um investimento apresente valor contábil negativo significa reconhecer a responsabilidade da investidora pelas dívidas da investida para além do capital nela aplicado, obrigação que não é imputada aos sócios/acionistas de uma sociedade de capital, salvo em situações semelhantes às citadas na Instrução CVM nº 247/96: responsabilidade formal ou operacional para cobertura de passivo a descoberto ou intenção manifesta da investidora em manter o seu apoio financeiro à investida.

O entendimento acima encontra amparo na melhor doutrina. Veja-se, a propósito, o ensinamento de Higuchi (HIGUCHI, Hiromi, et alli. *Imposto de Renda das Empresas*. São Paulo: IR Publicações Ltda. 36ª Edição, 2011, p. 400) sobre o tema:

À p. 94 do livro *Princípios Contábeis — Normas e Procedimentos de Auditoria do IBC — Instituto Brasileiro de Contadores*. São Paulo: Atlas, 1988, está dito o seguinte "A Instrução da CVM determina, e os princípios da contabilidade requerem, que a investidora ou a controladora deverá constituir provisão para cobertura de perdas efetivas em virtude de responsabilidade, quando aplicável, pelos prejuízos acumulados em excesso ao capital social da coligada ou da controlada. Nessas circunstâncias, o valor do investimento na coligada ou controlada seria reduzido a zero e uma provisão para perdas consignada como passivo circulante ou exigível a longo prazo, dependendo do prazo que a investidora ou controladora teria para honrar o compromisso."

Observa-se, portanto, ante os fundamentos acima enunciados a perfeita plausibilidade do entendimento de que o ágio, na aquisição de investimento em empresa com passivo a descoberto, limite-se ao valor pago por este investimento, e que a equivalência patrimonial permaneça igual a zero enquanto a investida apresentar passivo a descoberto, melhor representando a responsabilidade do investidor pelas dívidas da investida, e somente sujeitando-se a alteração quando esta situação for revertida e os investidores passarem a ser titulares, de fato, de um investimento com valor patrimonial superior a zero.

Corroborando esse entendimento, veja-se o já citado precedente deste CARF, Acórdão nº 1101-00.766 — 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 05 de julho de 2012.

Ementa

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. DETERMINAÇÃO. Na aquisição de investimento em empresa com passivo a descoberto, o ágio limita-se ao valor pago pela investidora.

Voto

É perfeitamente razoável, portanto, o entendimento de que o ágio, em caso de aquisição de investimento em empresa com passivo a descoberto, limite-se ao valor pago por este investimento, e que a equivalência patrimonial permaneça igual a zero enquanto a investida apresentar passivo a descoberto, melhor representando a responsabilidade do investidor pelas dívidas da investida, e somente sujeitando-se a alteração quando esta situação for revertida e os investidores passarem a ser titulares, de fato, de um investimento com valor patrimonial superior a zero.

[...]

Por tais razões, reputa-se correto o entendimento expresso pela autoridade lançadora no sentido de que o passivo a descoberto não pode ser considerado para determinação do ágio pago na aquisição de investimentos.

Por todo o exposto neste tópico, dou parcial provimento ao recurso voluntário para reconhecer o direito à amortização do ágio tão-somente até o limite do valor pago pela investidora.

Do lançamento relativo à dedução da despesa com amortização de ágio na base de cálculo da CSLL

Alega a Recorrente que o lançamento quanto à CSLL deve ser cancelado por falta de previsão legal para a adição ao lucro líquido do valor correspondente à amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial.

Com efeito, entendo descabida a argumentação da Recorrente. A matéria não é nova nesta Turma, que tem posição, embora não-unânime, no sentido de que é cabível o lançamento nesses casos.

Veja-se o art. 57 da Lei nº 8.981/95, com a redação dada pela Lei nº 9.065/95, e o art. 28 da Lei nº 9.430/96:

Lei nº 8.981/95:

“Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com

as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)”

Lei nº 9.430/96:

“Art. 28. Aplicam-se à apuração da base de cálculo e ao pagamento da contribuição social sobre o lucro líquido as normas da legislação vigente e as correspondentes aos arts. 1º a 3º, 5º a 14, 17 a 24, 26, 55 e 71, desta Lei. “

Conclui-se, portanto, que a lei determina a aplicação à CSLL das mesmas normas de apuração e pagamento do IRPJ.

Especificamente no que tange à amortização de ágio, a Instrução Normativa SRF nº 390/2004, ao consolidar as regras relativas à apuração e pagamento da CSLL, dispôs em seus artigos 38, 44 e 75:

Instrução Normativa SRF 390/2004:

“Art. 38. Na determinação do resultado ajustado, serão adicionados ao lucro líquido do período de apuração antes da provisão para o IRPJ:

I - os custos, despesas, encargos, perdas, provisões, participações e quaisquer outros valores deduzidos na apuração do lucro líquido que, de acordo com a legislação da CSLL, não sejam dedutíveis na determinação do resultado ajustado;

(...)

Art. 44. Aplicam-se à CSLL as normas relativas à depreciação, amortização e exaustão previstas na legislação do IRPJ, exceto as referentes a depreciação acelerada incentivada, observado o disposto nos art. 104 a 106.

(...)

Art. 75. 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 1977, deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento econômico seja:

I - valor de mercado de bens ou direitos do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos períodos de apuração futuros, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio;

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio.

§ 1º Alternativamente, a pessoa jurídica poderá registrar o ágio ou deságio a que se referem os incisos II e III do caput em conta do patrimônio líquido.

§ 2º A opção a que se refere o § 1º aplica-se, também, à pessoa jurídica que tiver absorvido patrimônio de empresa cindida, na qual tinha participação societária adquirida com ágio ou deságio, com o fundamento de que trata o inciso I do caput, quando não tiver adquirido o bem a que corresponder o referido ágio ou deságio.

§ 3º O valor registrado com base no fundamento de que trata:

I - o inciso I do caput integrará o custo do respectivo bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e para determinação das quotas de depreciação, amortização ou exaustão;

II - o inciso II do caput:

a) poderá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de ágio;

b) deverá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de deságio;

III - o inciso III do caput não será amortizado, devendo, no entanto, ser:

a) computado na determinação do custo de aquisição na apuração de ganho ou perda de capital, no caso de alienação do direito que lhe deu causa ou de sua transferência para sócio ou acionista na hipótese de devolução de capital;

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

c) computado como receita, se deságio, no encerramento das atividades da empresa.

§ 4º As quotas de depreciação, amortização ou exaustão de que trata o inciso I do § 3º serão determinadas em função do prazo restante de vida útil do bem ou de utilização do direito, ou do saldo da possança, na data em que o bem ou direito tiver sido incorporado ao patrimônio da empresa sucessora.

§ 5º A amortização a que se refere a alínea "a" do inciso II do § 3º observada o máximo de 1/60 (um sessenta avos) por mês, poderá ser efetuada em período maior do que sessenta meses,

inclusive pelo prazo de duração da empresa, se determinado, ou da permissão ou concessão, no caso de empresa permissionária ou concessionária de serviço público.

§ 6º Na hipótese da alínea “b” do inciso III do § 3º, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa jurídica usuária ao pagamento da CSLL que deixou de ser recolhida, acrescida de juros de mora e multa, de mora ou de ofício, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 7º O valor que servir de base de cálculo da CSLL a que se refere o § 6º poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

§ 8º O disposto neste artigo aplica-se, também, quando:

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

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

§ 9º O controle e as baixas, por qualquer motivo, dos valores de ágio ou deságio, na hipótese deste artigo, serão efetuados exclusivamente na escrituração contábil da pessoa jurídica.”

Da leitura dos dispositivos acima transcritos, conclui-se que a legislação relativa à CSLL adotou o mesmo disciplinamento contido na legislação do IRPJ quanto ao registro e ao tratamento a ser dispensado ao ágio, inclusive no que concerne à sua amortização (artigos 384 e seguintes do RIR/99).

Pelo exposto neste tópico, nego provimento ao recurso voluntário quanto à dedução da despesa com amortização de ágio na base de cálculo da CSLL.

Da cobrança de juros sobre multa de ofício

A Recorrente sustenta, ainda, a improcedência da cobrança de juros de mora sobre a multa.

Com efeito, a aplicação de taxa de juros lastreadas em indicadores do mercado financeiro iniciou-se com a 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:

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

Em Seguida, 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. (...)

Por seu turno, a Lei nº 9.430/1996, 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.

O cerne da questão está, pois, na interpretação que se deve dar à expressão “débitos decorrentes de tributos e contribuições”.

De fato o não pagamento de tributos e contribuições nos prazos previstos na legislação faz nascer o débito. Portanto, o débito decorre do não pagamento de tributos e contribuições nos prazos.

Também nesse sentido é a multa de ofício débito decorrente de tributos e contribuições. Isso porque ela resulta, nos exatos termos da alínea *a* do art. 44 da Lei nº 9.430/96, da punição aplicada pela fiscalização à *falta de pagamento ou recolhimento dos tributos e contribuições, após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória*.

A jurisprudência neste Conselho é predominante no sentido de que é cabível a apreciação da matéria pelo contencioso administrativo e de que a aplicação da taxa Selic à multa de ofício é correta.

Nesse sentido já se manifestou este E. Colegiado quando do julgamento do Acórdão nº CSRF/0400.651, julgado em 18/09/2007, com a seguinte ementa:

JUROS DE MORA — MULTA DE OFÍCIO — OBRIGAÇÃO PRINCIPAL — A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito

Processo nº 16327.720528/2012-06
Acórdão n.º 1402-001.786

S1-C4T2
Fl. 1.447

tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

Aplicável, portanto, a SELIC como taxa de juros de mora sobre a multa de ofício.

Conclusão

Por todo o exposto, quanto a divergência analisada neste voto vencedor, VOTO por rejeitar a arguição de decadência do lançamento e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para reconhecer o direito à amortização do ágio até o limite do valor pago pela investidora, negar provimento quanto à dedução da despesa com amortização de ágio na base de cálculo da CSLL e manter a exigência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator