



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

Processo nº 16327.720667/2012-21
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1102-001.018 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de fevereiro de 2014
Matéria IRPJ e CSLL - Amortização de ágio
Recorrente BANCO ITAUCARD S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007, 2008

PRODUÇÃO DE PROVAS NO VOLUNTÁRIO. POSSIBILIDADE PARA SE CONTRAPOR ÀS RAZÕES DO JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL.

Como regra geral, a prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual.

Contudo, tendo o contribuinte trazido os documentos que julgava aptos a comprovar seu direito, ao não ser bem sucedido no julgamento de 1ª instância, razoável se admitir a juntada das provas no voluntário, pois é exceção à regra geral de preclusão a produção de novos documentos destinados a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

Além disso, as novas provas foram admitidas com expressa autorização da Turma Julgadora, tendo se dado à PFN a oportunidade de contraditá-las.

Logo, seria por demais gravoso, e contrário ao princípio da verdade material, a manutenção do lançamento sem a análise das provas constantes nos autos.

E ainda, sendo esta a última instância administrativa, tal postura exigiria do contribuinte a busca da tutela do seu direito no Poder Judiciário, o que exigiria do Fisco a análise das provas apresentadas em juízo, e ainda condenaria a União pelas custas do processo.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

ÁGIO. FUNDAMENTO. DEMONSTRAÇÃO CONTEMPORÂNEA AOS FATOS. NECESSIDADE.

A lei exige que o lançamento do ágio com base no valor de mercado ou na expectativa de rentabilidade futura seja baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Não há a exigência de que a comprovação se dê por laudo, mas por qualquer forma de demonstração, contemporânea aos fatos, que indique por que se decidiu por pagar um sobrepreço.

Caso em que se demonstrou que o ágio foi pago com base na expectativa de resultados futuros, tanto por documentos contemporâneos ao investimento, quanto por laudo elaborado posteriormente com base em informações da época.

INCORPORAÇÃO, FUSÃO OU CISÃO. EXTINÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO AMORTIZADO CONTABILMENTE. INDEDUTIBILIDADE.

Não há previsão legal para o aproveitamento do ágio já amortizado contabilmente quando da extinção da participação societária em virtude de fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra.

Nesses casos, o ágio já amortizado e contabilizado no LALUR não pode mais ser aproveitado, devendo ser simplesmente baixado.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO. APROVEITAMENTO POR OUTRA EMPRESA DO GRUPO. PROPÓSITO NEGOCIAL. POSSIBILIDADE.

Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago, decorrente de transação entre parte independentes

Caso exista um propósito comercial válido e se demonstre ser possível a dedução do ágio por incorporação direta, não há óbices para que o grupo econômico “transfira” o ágio efetivamente pago para uma de suas controladas com o uso de empresa veículo, aproveitando-se do benefício fiscal em outra parte da estrutura societária.

Do mesmo modo que é necessário frear os planejamentos que criem benefícios fiscais aos quais o contribuinte não faça jus, não se deve permitir que um formalismo exacerbado impeça o uso de direito legitimamente adquirido.

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

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

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto o pagamento tanto do tributo quanto da penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento. O crédito tributário decorre da obrigação

principal e tem a mesma natureza desta, e, portanto, envolve tanto o tributo quanto a penalidade pecuniária.

Como consequência, é legítima a incidência de juros de mora, à taxa Selic, sobre todo o crédito tributário, o que inclui o valor da multa de ofício proporcional, não paga no vencimento.

LANÇAMENTO REFLEXO DE CSLL. MESMA MATÉRIA FÁTICA

Aplica-se ao lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL o decidido em relação ao lançamento do tributo principal, por decorrer da mesma matéria fática.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para reduzir a glosa mensal de amortização de ágio de R\$ 11.613.065,32 para R\$ 2.202.477,90, o que resulta na redução dos lançamentos de IRPJ, CSLL, como especificado no final da seção 2.4 do voto, e para cancelar as multas isoladas por falta de recolhimento das estimativas, vencidos: (i) os conselheiros José Evande Carvalho Araujo (relator) e João Otávio Oppermann Thomé, que mantinham o lançamento das multas isoladas sobre a falta de recolhimento das estimativas, recalculando-se o seu valor em face das exonerações procedidas; (ii) o conselheiro Ricardo Marozzi Gregório, que mantinha a glosa das amortizações de ágio no seu valor integral; (iii) o conselheiro Marcelo Baeta Ippolito, que excluía os juros de mora sobre a multa de ofício. Designado para redigir o voto vencedor no tocante às multas isoladas sobre estimativas o conselheiro Ricardo Marozzi Gregório. Declararam-se impedidos os conselheiros Antonio Carlos Guidoni Filho e Francisco Alexandre dos Santos Linhares. Participaram do julgamento, em seus lugares, os conselheiros Meigan Sack Rodrigues e Marcelo Baeta Ippolito.

(assinado digitalmente)

João Otávio Oppermann Thomé - Presidente

(assinado digitalmente)

José Evande Carvalho Araujo - Relator

(assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregorio - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: João Otávio Oppermann Thomé, José Evande Carvalho Araujo, João Carlos de Figueiredo Neto, Ricardo Marozzi Gregório, Meigan Sack Rodrigues, e Marcelo Baeta Ippolito.

Relatório

AUTUAÇÃO

Contra o contribuinte acima identificado, foram lavrados (i) o Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, que exigiu o imposto suplementar no valor de R\$ 30.484.296,47, acrescido de juros de mora e multa de ofício de 75%, bem como multa isolada no valor de R\$ 1.451.633,16; e (ii) o Auto de Infração de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, que lançou contribuição no valor de R\$ 33.445.628,12, acrescida de juros de mora e multa de ofício de 75%, bem como multa isolada no valor de R\$ 7.838.819,10 (fls. 712 a 741).

A infração principal lançada foi a de adição ao lucro real, e à base de cálculo da CSLL, de despesas indedutíveis relativas à amortização de ágio, sendo que os lançamentos de janeiro a julho de 2007 se referem à empresa Banco Itaú Cartões S/A, pelos quais responde o recorrente como sucessor, e os de agosto de 2007 a dezembro de 2008 se referem ao próprio recorrente.

As infrações de multa isolada decorrem do recálculo das estimativas mensais que foram reduzidas com base em balancetes de suspensão ou redução onde as despesas de amortização de ágio foram deduzidas.

A descrição da ação fiscal e do lançamento encontra-se detalhada no Termo de Verificação Fiscal de fls. 673 a 711.

A Fiscalização analisou os efeitos tributários relativos à reorganização societária ocorrida quando da aquisição de mais uma parte da operação de cartões de crédito da empresa Credicard pelo Grupo Itaú, que era de titularidade dos Grupos Itaú, Citibank e Unibanco.

As sociedades do Grupo Itaú envolvidas nas operações societárias são:

a) o recorrente, o Banco ItauCard S/A, CNPJ nº 17.192.451/0001-70, referenciado apenas como “Itaucard”;

b) o Banco Itaú Cartões S/A, CNPJ nº 32.109.167/0001-81, referenciado apenas como “Itaú Cartões”, empresa onde o ágio começou a ser deduzido, e que foi extinto por cisão total em 31/07/2007, sendo que 99,9998% de seu patrimônio líquido foi incorporado pelo recorrente;

c) Tulipa Administração e Participações Ltda, CNPJ nº 04.844.587/0001-76, referenciada apenas como “Tulipa”;

d) Itauvest Administração e Participações S/A, CNPJ nº 01.315.305/0001-55, referenciada apenas como “Itauvest”;

e) Banco ItauCred Financiamentos S/A, CNPJ nº 59.461.152/0001-34, referenciado apenas como “Itaucred”;

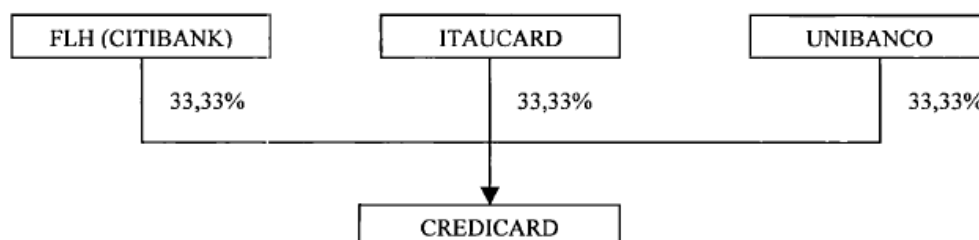
f) Banco Citicard S/A, CNPJ nº 34.098.442/0001-34, referenciado apenas como “Citicard”, anteriormente denominado Credicard S/A Administradora de Cartões de Crédito até 2003, e Credicard Banco S/A (“Credicard”), de 2004 a 2005;

g) Finaustria Assessoria, Administração, Serviços de Crédito e Participações S/A, CNPJ nº 03.338.227/0001-30, referenciada apenas como “Finaustria”.

A reorganização societária foi assim descrita pela Fiscalização (fls. 677 a 691):

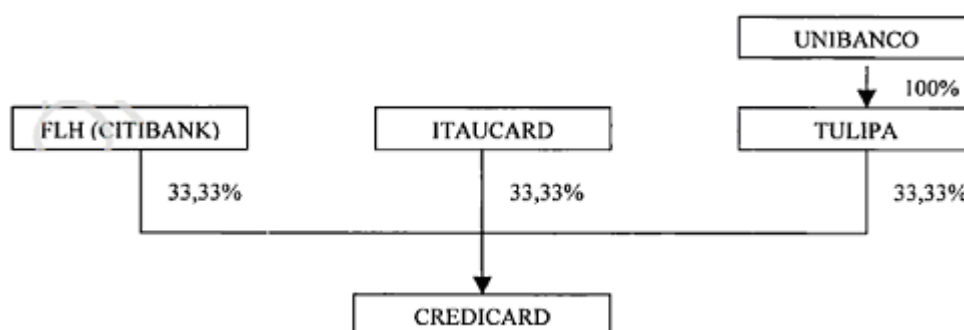
3.1) Situação Inicial

De acordo com a DIPJ relativa ao ano calendário de 2003, o CITICARD, na ocasião denominado Credicard S/A Administradora de Cartões de Crédito, tinha seu capital social de titularidade de três grupos financeiros no Brasil:



3.2) Aumento de Capital da TULIPA com ações do CITICARD (Agosto/2004)

Em 31/08/2004, houve a transferência para o ativo da TULIPA (empresa pertencente ao Grupo UNIBANCO), da participação societária que o UNIBANCO possuía (33,33%) no CREDICARD (atual CITICARD), de modo que o UNIBANCO indiretamente continuou com a mesma participação no capital social.



3.3) Aumento de capital da TULIPA pelo ITAUCARD com dinheiro - R\$ 1.545.375.966,51 (Novembro/2004)

No dia 05/11/2004, em AGE, os acionistas da TULIPA aprovaram seu aumento do capital social de R\$ 96.625.199,49 para R\$ 1.642.001.166,00, (aporte de R\$ 1.545.375.966,51 em dinheiro pelo ITAUCARD), com a emissão de 74.038.116 ações, ficando o UNIBANCO com 50% e o ITAUCARD com 50% das ações da TULIPA.

(...)

Desta forma, o ITAUCARD neste momento ficou com 16,66% das ações do CREDICARD (CITICARD) e o UNIBANCO outros 16,66%, indiretamente via TULIPA.

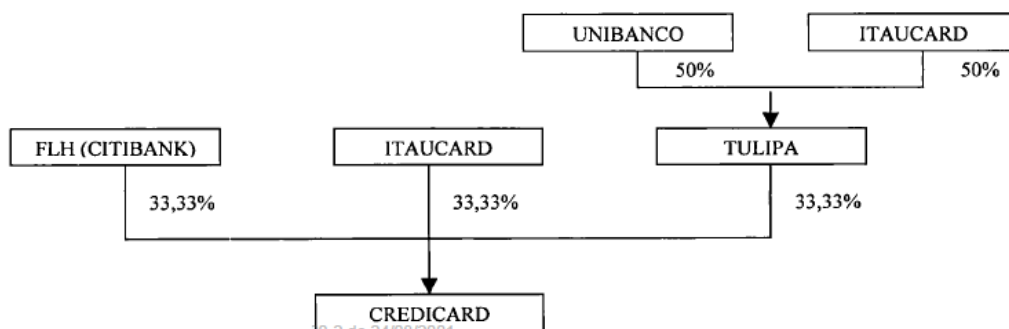
Nesta situação, foi apurado um ágio de R\$ 720.810.951,18 que foi registrado no ITAUCARD, o qual chamaremos de "primeiro ágio", que passou a ser amortizado contabilmente em 10 anos, conforme preceitua o art. 14 da Instrução CVM 247/96 com suas alterações posteriores, com o valor mensal de R\$ 6.006.757,93.

(...)

Cabe registrar, que o contribuinte, quando intimado a comprovar a fundamentação econômica pelo Termo de Intimação Fiscal nº 0013, apresentou um Laudo de Avaliação que suporta este "primeiro ágio", só que o laudo é de 2006, enquanto que a operação ensejadora do surgimento do ágio foi realizada em 2004, restando de sobremaneira prejudicada a sua possível dedutibilidade fiscal como ágio de rentabilidade futura, conforme será mais detalhado no item 3.8 deste Termo.

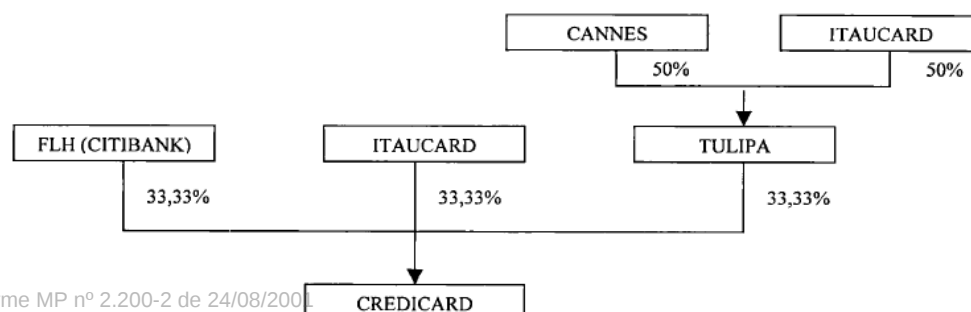
(...)

Assim, o esquema gráfico de tal operação pode ser demonstrado desta forma:



3.4) Venda de 50% das cotas da TULIPA pelo UNIBANCO para a CANNES por R\$ 1.583.095.269,58 (Dezembro/2004)

Em 29/12/2004, houve a venda, pelo grupo UNIBANCO, dos outros 50% das cotas da TULIPA para a CANNES (pertencente ao Grupo CITIBANK). Deste modo, o UNIBANCO deixou de participar acionariamente do controle do CREDICARD (atual CITICARD), de forma que a participação societária ficou indiretamente dividida entre o grupo ITAU (ITAUCARD e TULIPA) e grupo CITIBANK (FHL e TULIPA).

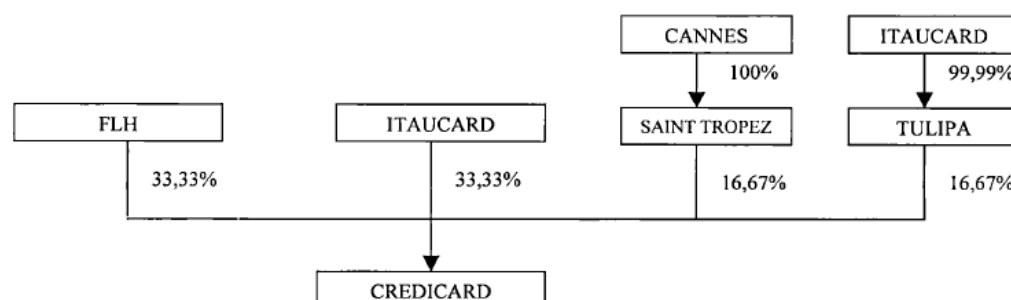


3.5) Cisão parcial da TULIPA com versão de 50% de seu patrimônio para a SAINT TROPEZ (Março/2006)

Em 31/03/2006, os acionistas da TULIPA, quais sejam o ITAUCARD com 50% e a CANNES com 50%, se reuniram para aprovar a cisão parcial da TULIPA, de modo a concentrar em cada sócio a sua efetiva participação no CREDICARD (atual CITICARD), segregando a participação acionária até então detida pelos grupos CITIBANK e ITAU no capital da CREDICARD (atual CITICARD), por meio da TULIPA, sendo esta operação de cisão parcial um ato preparatório para a futura cisão parcial da CREDICARD (atual CITICARD).

Nesta operação, a CANNES transfere a sua participação (50%) do Capital Social da TULIPA para a SAINT TROPEZ, pertencente também ao grupo CITIBANK, que por sua vez emite ações que serão atribuídas totalmente pela CANNES, em substituição aos seus direitos de sócio extintos na TULIPA. Dentre os ativos vertidos para a SAINT TROPEZ, foi transferida a metade da participação da TULIPA no CREDICARD (atual CITICARD), que percentualmente corresponde a 16% do capital social total do CREDICARD (atual CITICARD).

Na TULIPA, continuaram contabilizados cerca de R\$ 948 milhões em investimentos financeiros e cerca de R\$ 100 milhões referentes a metade da participação da TULIPA no CREDICARD (atual CITICARD), cerca de 16% de seu capital social total, todos estes ativos pertencentes ao grupo ITAÚ.

**3.6) Cisão Parcial do CREDICARD com versão de 50% de seu patrimônio para o ITAÚ CARTÕES (Abril/2006)**

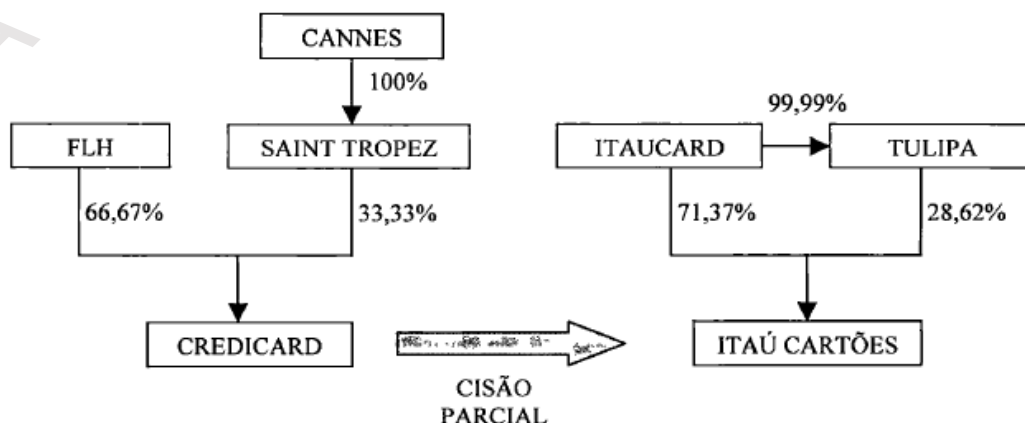
Em 30/04/2006, os acionistas do CREDICARD (atual CITICARD) se reuniram em Assembléia Geral Extraordinária para deliberarem sobre a cisão parcial da sociedade com versão de parcela do patrimônio para o ITAÚ CARTÕES.

Em razão da cisão parcial ora aprovada, ocorreu a redução de capital do CREDICARD (atual CITICARD) com o cancelamento de ações de titularidade de ITAUCARD, da TULIPA e de algumas pessoas físicas, sendo desta forma, excluídos do quadro societário do CREDICARD (atual CITICARD).

Como contrapartida às ações ora canceladas, os acionistas que se retiraram do quadro societário na operação citada acima, receberam ações do ITAÚ CARTÕES, que após a incorporação da parcela de patrimônio cindido do CREDICARD (atual CITICARD), ficou com a seguinte distribuição de acionistas.

(...)

Desta forma, como resultado desta reorganização societária, a TULIPA ficou com 28,62% de participação no ITAÚ CARTÕES.



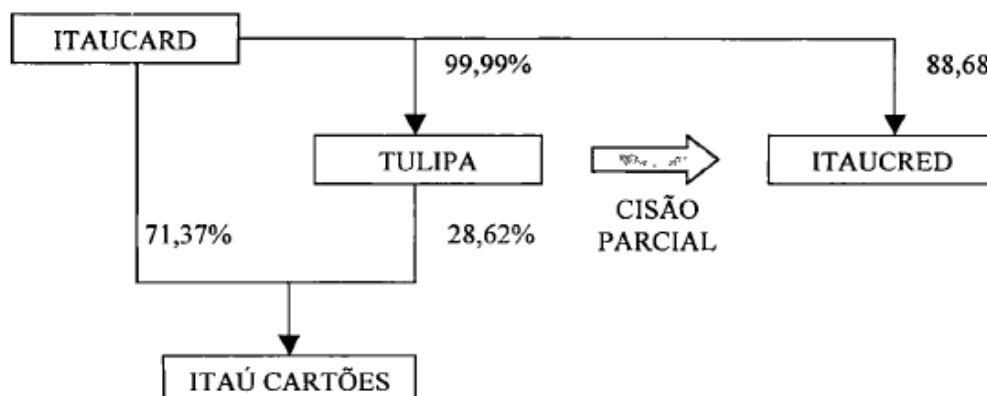
3.7) Cisão parcial da TULIPA com incorporação da parcela vertida para o ITAUCRED (Julho/2006)

Em 31/07/2006, os únicos sócios da TULIPA, que eram o ITAUCARD (com mais de 99,99% de participação societária) e o ITAUVEST (com menos de 0,01% de participação societária), decidiram cindir o patrimônio da TULIPA, com versão de parcela para o ITAUCRED, sendo que 88,68% do capital social deste já era do ITAUCARD.

Do patrimônio líquido de R\$ 1.085.016.090,49, registrado no balanço de 30/06/2006 da TULIPA, foram vertidos R\$ 935.000.000,00, correspondentes a 86,173837% para o ITAUCRED. Ou seja, foram vertidos para o ITAUCRED a quase totalidade das aplicações financeiras da TULIPA, ficando nesta praticamente sua participação no ITAÚ CARTÕES.

Como resultado da operação, ocorreu uma modificação no objeto da TULIPA, que passou a ser descrito na Cláusula 2ª - “OBJETO - A sociedade tem por objeto social exclusivo a participação no capital social do Banco Itaú Cartões S/A.”

No entanto, seu quadro societário não se alterou, permanecendo o ITAUCARD com 99,99% do capital social da TULIPA.

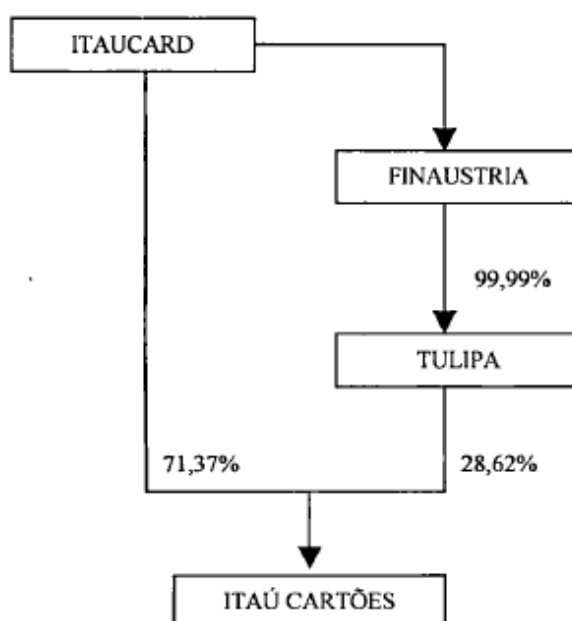


3.8) Aumento do Capital da FINAUSTRIA através da conferência de cotas da TULIPA pelo ITAUCARD (Setembro/2006)

Em 30/09/2006, os acionistas da FINAUSTRIA reuniram-se em uma Assembléia Geral Extraordinária e aprovaram a proposta de elevação do capital social da sociedade de R\$ 758.781.056,97 para R\$ 1.647.489.306,03, mediante emissão e subscrição particular de 865.663.535 novas ações ordinárias nominativas, que deveriam ser integralizadas no ato da subscrição, em dinheiro ou em bens.

Inclusive, os acionistas neste mesmo ato, decidiram que não obstante o prazo preferencial de subscrição assegurado na proposta do aumento de capital de 1 (um) mês, fosse a totalidade das ações emitidas subscritas neste ato.

Assim decidido, frente à manifestação dos demais acionistas de que não exerceriam o seu direito preferencial de subscrição sobre as ações emitidas, o acionista ITAUCARD, subscreveu todas as ações emitidas pelo valor de R\$ 888.708.249,06, integralizando-as no ato, mediante conferência à FINAUSTRIA do investimento detido na TULIPA, avaliados pericialmente, a valor de mercado, por Hirashima & Associados Consultoria em Transações e Reestruturações Societárias Ltda. conforme esquema abaixo:



Com o fim de avaliar os valores recebidos, foi apresentado um Laudo de Avaliação Econômico-Financeira das ações da TULIPA elaborado pelo Hirashima Associados, com base nas informações prestadas pelo próprio ITAUCARD.

Na preparação do Laudo de Avaliação, foi destacado que o principal ativo da TULIPA é a participação de 28,62% do capital do ITAÚ CARTÕES, sendo irrelevante o restante dos ativos, conforme trecho destacado do laudo:

"5. SUMARIO DOS VALORES APURADOS

O cálculo do valor econômico das ações da Tulipa foi realizado considerando-se o valor econômico de sua participação no Itaú Cartões. Não incluímos os demais saldos patrimoniais da Tulipa devido à irrelevância dos mesmo".

O critério de avaliação das cotas da TULIPA foi o valor de mercado determinado pela metodologia do fluxo de caixa descontado.

Em síntese, nesta operação, foi apurado um outro ágio, o qual chamaremos de “segundo ágio” na avaliação das ações do ITAÚ CARTÕES, que foi exatamente o mesmo R\$ 720.811 mil apurado no aumento de capital da TULIPA em 2004 pelo ITAUCARD. Este ágio foi registrado na FINAUSTRIA, uma vez que esta recebeu o investimento da TULIPA, que foi desmembrado em custo de aquisição e ágio.

(...)

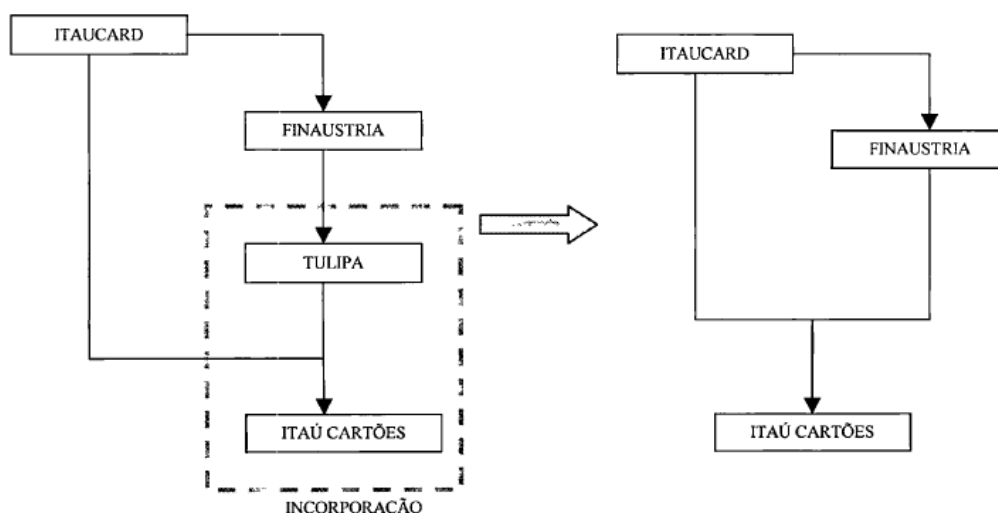
3.9) Incorporação da TULIPA pelo ITAÚ CARTÕES (Novembro/2006)

Em 30/11/2006, os acionistas da TULIPA, quais sejam, a FINAUSTRIA e ITAUVEST reuniram-se e firmaram o Instrumento Particular de Extinção por Incorporação, pelo qual aprovaram a incorporação da totalidade do patrimônio da TULIPA pelo ITAÚ CARTÕES.

Em contrapartida à extinção da TULIPA, seus sócios, FINAUSTRIA e ITAUVEST, receberam novas ações emitidas pelo ITAÚ CARTÕES, em substituição e proporcionalmente aos seus direitos extintos.

Na mesma data, às 10:00 hrs, os acionistas do ITAÚ CARTÕES se reuniram para aprovar a incorporação patrimonial da TULIPA, com a justificativa de que a TULIPA não desenvolvia atividades operacionais e gerava custos de auditoria, administrativo, entre outros. Contudo, é de se ressaltar que a TULIPA nunca desenvolveu atividades diretamente, apenas serviu de instrumento para uma tentativa de “economia fiscal” com a amortização do ágio.

Cabe registrar que o principal ativo da TULIPA era a participação do capital do ITAÚ CARTÕES, sendo que esta sociedade investida incorporou a investidora.



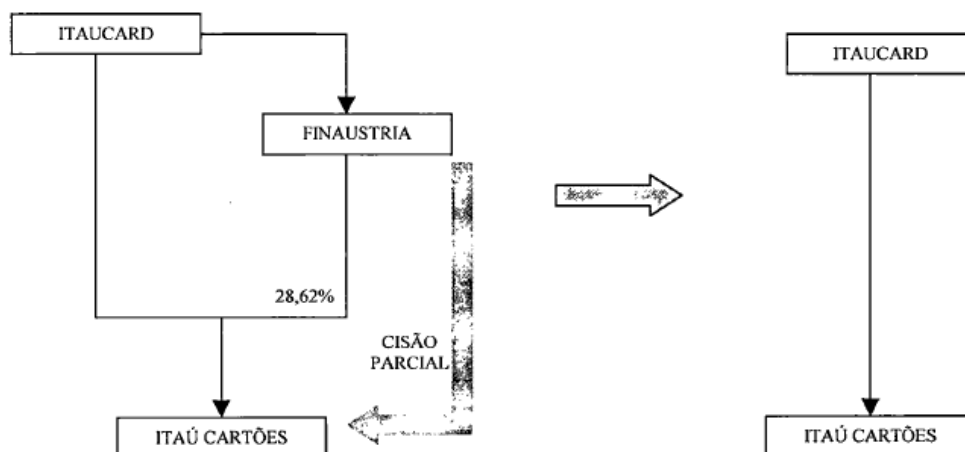
3.10) Cisão Parcial da FINAUSTRIA com versão do patrimônio para o ITAÚ CARTÕES (Novembro/2006)

Em uma AGE realizada às 11:00 hrs no dia 30/11/2006, mesmo dia da incorporação da TULIPA pelo ITAÚ CARTÕES, foi deliberada e aprovada a cisão

parcial do patrimônio da FINAUSTRIA, com versão de parcela ao ITAÚ CARTÕES.

Do patrimônio da FINAUSTRIA foram vertidos para o ITAÚ CARTÕES aproximadamente 70,22%, incluído nessa conta, o "segundo ágio" contabilizado na FINAUSTRIA em seu aumento de capital com cotas da TULIPA transferidas pelo ITAUCARD a título de integralização das novas ações emitidas pela FINAUSTRIA.

(...)



3.11) Cisão total do ITAÚ CARTÕES com versão de 99,99% de seu patrimônio para o ITAUCARD (Julho/2007)

Em 31/07/2007, os acionistas do ITAÚ CARTÕES se reuniram e aprovaram a cisão total deste com versão de 99,99% de seu patrimônio para o ITAUCARD. Dentre os ativos vertidos foi transferido o “segundo ágio”, que passou a ser amortizado mensalmente por este, com reflexos no recolhimento a menor do IRPJ e da CSLL.

A acusação concluiu pela diferença entre o primeiro ágio, apurado em 2004 (item 3.3), e o segundo, calculado em 2006 (item 3.8), apesar de serem do mesmo valor. Provas disso seriam a apuração de ganho de capital quando da capitalização da Finaustria, a impossibilidade da transferência de ágio na aquisição de investimento por realização de capital e a contratação de nova avaliação em 2006.

Concluiu, também, não ser possível se admitir que o fundamento do primeiro ágio seja a rentabilidade futura, pois o laudo de avaliação que assim o classificou foi elaborado somente em 2006. Isso contrariaria “o mandamento expresso no §3º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, que determina a elaboração de uma demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante de escrituração, o que não foi realizado, uma vez que esta demonstração ou laudo só foi produzido 2 anos depois da operação societária analisada, deixando de ser análise de rentabilidade futura para ser um atestado do que efetivamente ocorreu.”

Já o segundo ágio também não poderia ter sua dedutibilidade admitida, por ter se dado entre sociedades ligadas, todas sob o comando do Grupo ITAÚ, configurando-se

assim, um ágio interno. Quanto a essa matéria, após análise da legislação pertinente, a autoridade fiscal teceu as seguintes considerações (fl. 695):

Fica claro que para o contribuinte poder usufruir desse benefício fiscal deve existir uma negociação, um custo de aquisição, com um comprador que efetivamente pague por uma participação societária com ágio. Para isso o ágio deve ter efetividade e legitimidade, o que não é o caso do ágio de si mesmo amortizado pelo ITAÚ CARTÕES até Julho/2007 e pelo ITAUCARD a partir de Agosto/2007. A partir da segunda etapa, iniciada com o aumento de capital da FINAUSTRIA (item 3.8) na reorganização societária promovida pelo Grupo ITAÚ, foram realizadas operações estruturadas em sequência para que aparentemente fosse entendido que existiu uma transferência de ágio. Porém, quando analisado o conjunto dos atos, identificamos que se trata de operações entre os próprios acionistas, submetidos ao mesmo controle, que culminou com o surgimento de um novo ágio (segundo ágio), sendo por este ponto de vista, um ágio interno, portanto indedutível.

(...)

Admitir que a amortização do ágio interno possa reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL é aceitar um ônus pago por toda a sociedade brasileira em favor de sócios que se beneficiam tributariamente de uma transação sem propósito negocial. A artificialidade do ágio interno revela-se particularmente manifesta quando se verifica que, por meio de um "ativo" cujo custo foi nulo e originado de uma transação sem propósito negocial, é possível obter-se um subsídio tributário advindo de sua "amortização".

(...)

Cabe também destacar os argumentos da Fiscalização sobre a transferência de ágio (fls. 696 a 698):

Existe a possibilidade da ocorrência de transferência de ágio entre empresas, porém isso somente se justifica quando há casos de fusão, cisão e incorporação. Por uma destas operações, o patrimônio de sociedade sucedida no evento societário é transferido para o patrimônio da(s) sociedade(s) sucessora(s), assim como todos os bens, direitos e obrigações. Dessa forma, o mesmo ágio eventualmente constante do ativo de uma das sociedades sucedidas será necessariamente transferido para o patrimônio da sucessora.

Outra situação, que com a transferência de ágio não se confunde, é o surgimento do ágio, que se dá quando da aquisição de participação societária por uma pessoa jurídica em que o valor pago (em dinheiro, bens ou direitos) é superior ao valor patrimonial da participação adquirida, conforme disposto no art. 385 do Decreto 3.000, de 1999.

(...)

Assim, é possível que uma empresa "Investidora" possua ações de uma companhia ("Investida") e, desejando subscrever capital em uma outra empresa "Nova Investida", resolva realizar o aumento de capital na "Nova Investida", mediante conferência das ações da antiga "Investida". Nessa situação, a "Investidora" deixa de ser investidora direta da antiga "Investida" e passa a ser investidora direta da "Nova Investida". A "Nova Investida", por sua vez, passa a ser investidora direta da antiga "Investida".

Nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei das S/A, o ativo recebido pela nova investida (participação societária) deve ser coerente com o valor do capital social realizado, conforme avaliação.

Nota-se que a empresa "Nova Investida": (1) recebe ações da antiga "Investida" e (2) entrega, à "Investidora", ações (ou cotas de capital) de sua própria emissão. Caso o valor "pago" pela "Nova Investida" (representado pelo valor de seu capital, entregue à "Investidora" na forma de ações ou quotas de capital de sua emissão) seja maior do que o valor patrimonial da participação societária adquirida (referente à antiga "Investida", entregue pela "Investidora" à empresa "Nova Investida"), nos termos do art. 385 do Decreto 3.000, de 1999, cabe o registro de ágio na aquisição de ações. Por outro lado, há que ser baixado o investimento anteriormente mantido pela "Investidora" na antiga "Investida" podendo, inclusive ser gerado um ganho de capital para a "Investidora".

Repare que, é possível o surgimento de ágio na empresa Nova Investida, sem que haja anteriormente qualquer ágio no patrimônio da empresa Investidora. Isso comprova que não há nesse tipo de operação transferência de ágio anterior, mas - tão somente - surgimento de ágio novo, que demanda fundamentação própria.

IMPUGNAÇÃO

Cientificado do lançamento, o contribuinte apresentou impugnação (fls. 746 a 765), acatada como tempestiva. O relatório do acórdão de primeira instância descreveu o conteúdo do recurso da seguinte maneira (fls. 901 a 904):

1) Da autuação

O Fisco desconsiderou a operação societária que originou o ágio amortizado, sob alegação de inexistência de laudo técnico contábil de rentabilidade futura.

2) Das reestruturações societárias

No ano de 2003, o capital social do Credicard era detido por três grupos financeiros: Itaú (por meio da Itaucard), Unibanco (por meio da Tulipa) e Citibank (por meio da empresa FHL).

O Unibanco detinha 100% da Tulipa, cujo capital social era de R\$96.625.199,49 (74.038.116 ações ordinárias), e o valor patrimonial, R\$103.754.064,16.

Em assembleia realizada em 05/11/2004, foi aprovado o aumento do capital social da Tulipa em R\$1.545.375.966,51, mediante emissão privada de 74.038.116 novas ações ordinárias, ao preço unitário de R\$20,8727.

O Itaucard integralizou as ações subscritas da Tulipa em dinheiro, pagando R\$1.545.375.966,51. Com isso, o capital da Tulipa passou a ser de R\$1.642.001.166,00, dividido em 148.076.232 ações, 50% das quais detidas pelo Itaucard.

O valor patrimonial da Tulipa passou a R\$1.649.130.030,67 (R\$103.754.064,16 + R\$1.545.375.966,51).

Por sua vez, a participação do Itaucard (50%) na Tulipa ficou em R\$824.565.015,34 de valor patrimonial e R\$720.810.951,18 de ágio (diferença entre o valor pago, R\$1.545.375.966,51, e o valor patrimonial, R\$824.565.015,34. Como a Tulipa possuía 1/3 do Credicard, o Itaucard passou a ter mais 16,67% do Credicard (via Tulipa).

O fundamento econômico do ágio pago foi a expectativa de rentabilidade futura do Credicard, que era o investimento detido pela Tulipa.

Posteriormente, foram realizadas as reestruturações societárias a seguir:

a) 29/12/2004: o grupo Unibanco vendeu sua participação de 50% na Tulipa para a Cannes (grupo Citibank). Dessa forma, Cannes e Itaucard detém, cada um, 50% do capital da Tulipa. Por sua vez, os grupos Itaú (Itaucard e Tulipa) e Citibank (FHL e Tulipa) passam a deter, cada um, 50% do capital do Credicard.

b) 31/03/2006: cisão parcial da Tulipa, com versão de parte do investimento na Credicard para a Saint Tropez (grupo Citibank). Com isso, a Cannes (grupo Citibank) deixa de ser acionista da Tulipa, porém detém participação na Saint Tropez.

c) 30/04/2006: cisão parcial do Credicard com versão de 50% do seu patrimônio líquido para o Itaú Cartões, e com o cancelamento das ações do Credicard (cindida) pertencentes à Tulipa e ao Itaucard, os quais receberam, em troca, ações do Itaú Cartões (incorporadora). O Itaú Cartões passou a ser investida do Itaucard (71,37%) e da Tulipa (28,62%).

d) 31/07/2006: cisão parcial da Tulipa, com versão do caixa excedente (86,17%) para o Itaucard, mantendo-se na Tulipa o investimento no Itaú Cartões.

e) 30/09/2006: O Itaucard conferiu na Finaustria o investimento na Tulipa, pelo valor de R\$888.708.249,06. Assim, passou a figurar no balanço da Finaustria o investimento na Tulipa com seu correspondente ágio.

Registre-se que a transferência do investimento na Tulipa, pelo Itaucard, para a Finaustria foi realizada pelo valor de mercado, e correspondeu ao valor patrimonial da Tulipa somado ao valor do ágio integral (ágio sem a amortização contábil), conforme atestado pelo laudo de fls.842-869.

Como parte do ágio já tinha sido amortizada contabilmente, o Itaucard apurou, nessa transferência do investimento na Tulipa para a Finaustria, um ganho de capital tributado no montante de R\$132.148.674,46.

f) 30/11/2006: a Tulipa, com o respectivo ágio, foi incorporada pelo Itaú Cartões (investida da Tulipa), recebendo os acionistas da Tulipa (Finaustria, majoritário, e Itauvest, com 0,01%) ações do Itaú Cartões. Com a incorporação, o ágio pago na aquisição da Tulipa foi deslocado para o investimento no Itaú Cartões possuído pela Finaustria.

g) 30/11/2006: cisão parcial da Finaustria, com versão da participação no Itaú Cartões para o próprio Itaú Cartões. Assim, o ágio constante do investimento no Itaú Cartões foi transferido para o ativo diferido do Itaú Cartões, conforme o art.7º, III, e 8º, “b”, da Lei nº 9.532/97, e art.1º, inciso II e § 3º, inciso II, “a”, e art.3º, inciso II, da IN SRF nº 11/99, passando então a ser amortizado.

h) 31/07/2007: cisão total do Itaú Cartões com versão de 99,99% do patrimônio líquido para o Itaucard e de 0,01% para o Unibanco.

3) Da improcedência da autuação

Os laudos realizados em 2006 analisaram o fundamento econômico do ágio pago em 2004, na aquisição de 50% da participação societária da Tulipa, comprovando que o referido fundamento é a rentabilidade futura da adquirida.

Além disso, a impugnante solicitou uma avaliação complementar dos laudos mencionados (fls. 870-881) *“para comprovar que, de fato, a estimativa de rentabilidade feita 2004 se efetivou nos anos posteriores”* (sic).

A justificativa econômica para o ágio pago na Tulipa estava na Credicard (investimento da Tulipa). Com a cisão da Credicard, houve a versão das operações da Credicard para o Itaú Cartões (incorporadora), deixando de ser acionista da Credicard o grupo Itaú (a Tulipa e a impugnante).

O grupo Itaú concordou com essa cisão da Credicard pela perspectiva de rentabilidade futura desta, a qual se materializou na incorporadora.

O ágio continuou na Tulipa (investimento adquirido), a qual passou a ter como investimento o Itaú Cartões com o acervo recebido da Credicard na cisão parcial desta.

Por outro lado, embora a fiscalização afirme existirem dois ágios, ela reconhece que a origem do ágio em debate é aquele surgido na subscrição de ações da Tulipa. Assim, é ilógico aceitar que esse seja um novo ágio.

A fiscalização afirma que o tratamento do art.386 do RIR/99 somente se aplicará quando o ágio for gerado em operações de fusão, cisão ou incorporação. Todavia, o ágio não nasce dessas operações, mas de outras formas, tais como um aumento de capital de sociedade para a qual é alienada uma participação societária.

Por sua vez, a transferência do ágio é consequência da transferência do respectivo investimento. Assim, o ágio relativo à Tulipa acompanhou o investimento nessa empresa transferido para a Finaustria.

A impugnante não poderia deduzir todo o ágio sem que houvesse a realização do investimento, mediante incorporação, fusão ou cisão.

No caso em tela, a amortização do ágio só ocorreu após a cisão parcial da Finaustria, na qual foi vertido para o Itaú Cartões, incorporador, o investimento que a Finaustria possuía no próprio Itaú Cartões. O ágio foi transferido para o ativo diferido do Itaú Cartões, passando a ser amortizado, conforme art.7º, III, e 8º, “b”, da Lei nº 9.532/97, art. 1º, II, e § 3º, II, “a”, e art.3º, II, ambos da IN SRF nº 11/99, e art.75, II, e § 3º, II, “a”, da IN SRF nº 390/2004.

A parcela de R\$132.148.674,46 do ágio total de R\$720.810.951,18, pago na aquisição da Tulipa, foi reconhecida como ganho de capital da impugnante na transferência da Tulipa para a Finaustria, e deduzida do lucro líquido conforme o art.426 do RIR/99. Como o valor deduzido é igual ao ganho de capital, não houve efeito tributário.

Portanto, houve ganho de capital reconhecido contra despesa de amortização de ágio deduzida posteriormente, na transferência do investimento.

Os valores amortizados após a cisão da Finaustria, com versão do investimento desta no Itaú Cartões para o próprio Itaú Cartões, ocorreram conforme

as disposições legais aplicáveis, não prevalecendo a glosa das despesas de amortização de ágio em tela.

4) Do não cabimento da multa isolada

A multa do art.44, II, “b”, da Lei nº 9.430/96 só pode ser exigida caso o Fisco constate falta ou insuficiência de recolhimento dos tributos antes do término do ano-base.

Após o período de apuração do IRPJ e da CSLL, a exigência do recolhimento por estimativa perde eficácia, pois prevalece a exigência dos tributos efetivamente devidos ao final do exercício, como ocorre no caso em tela.

Ademais, a fiscalização exige multa de ofício sobre os tributos lançados, concomitantemente com a multa de ofício isolada sobre a insuficiência calculada em decorrência da mesma infração.

Trata-se de dupla incidência sobre a mesma materialidade, pois o valor do pagamento mensal é exatamente a diferença do tributo incluído pela fiscalização no cálculo do ajuste anual. Não pode haver duplicidade de penalidades de ofício sobre a mesma infração, devendo ser cancelada a multa de ofício isolada.

5) Da não incidência de juros sobre a multa de ofício

A Lei nº 9.430/96 prevê a incidência de juros de mora apenas sobre os débitos de tributos e contribuições (art.61, § 3º), e não sobre a multa de mora. Por igual razão, não cabe aplicar esses juros sobre a multa de ofício.

Os art.161 e 164 do CTN confirmam esse raciocínio ao separarem os conceitos de crédito, juros e penalidades. Consequentemente, não são aplicáveis à multa de ofício os juros de mora do art.161, §1º, do CTN.

Caso sejam cabíveis os juros, deveriam ser aplicados à taxa Selic, porém limitados a 1%.

6) Do pedido

Pelo exposto, a impugnante requer o provimento da impugnação, declarando-se a improcedência dos autos de infração.

ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I (SP) julgou procedente o lançamento, em acórdão que possui a seguinte ementa (fls. 886 a 918):

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE ÁGIO FUNDAMENTADO EM EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA.

Em função da expressa previsão legal do art.7º, inciso III, da Lei nº 9.532/97, deve ser comprovado que o ágio a ser amortizado

decorre de expectativa de rentabilidade da coligada/controlada com base em previsão de resultados de exercícios futuros.

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo (amortização de ágio) a incorporação de pessoa jurídica adquirida com suposto ágio, sem qualquer finalidade comercial ou societária.

ÔNUS DA PROVA. DETERMINAÇÃO DO VALOR DO ÁGIO. ALEGAÇÃO DESACOMPANHADA DE PROVA.

Cabe à impugnante trazer juntamente com suas alegações impugnatórias todos os documentos que deem a elas força probante.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2007, 2008

DEMAIS TRIBUTOS. MESMOS EVENTOS. DECORRÊNCIA.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fato gerador de vários tributos impõe a constituição dos respectivos créditos tributários, e a decisão quanto à real ocorrência desses eventos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados. Assim, o decidido quanto ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica aplica-se à CSLL dele decorrente.

Assunto: Normas de Administração Tributária

Ano-calendário: 2007, 2008

ESTIMATIVAS MENSAS DE IRPJ E CSLL NÃO RECOLHIDAS. MULTA ISOLADA.

Nos casos de lançamento de ofício, é aplicável a multa de 50%, isoladamente, sobre o valor de estimativa mensal que deixe de ser recolhido, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal e base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente. A hipótese legal de aplicação da multa isolada não se confunde com a da multa de ofício, pois esta é cabível nos casos de falta de pagamento do valor devido de IRPJ e CSLL apurados ao término do exercício. Portanto, ambas podem ser aplicadas à contribuinte.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento. Selic exigida nos termos da Lei.

*Impugnação Improcedente**Crédito Tributário Mantido*

Os fundamentos dessa decisão foram os seguintes:

a) os ágios apurados em 2004 e 2006 são distintos, por possuírem diferentes fundamentos;

b) não houve qualquer propósito negocial na operação que ocasionou o segundo ágio, tratando-se de um negócio entre partes relacionadas, uma mera troca de investimentos entre empresas do grupo Itaú;

c) a reestruturação societária em análise contém as figuras clássicas de planejamento tributário, a saber: a) operações estruturadas em sequência, b) negócios jurídicos entre partes relacionadas (as empresas em questão – Tulipa, Itaucard, Finaustria e Itaú Cartões – pertencem ao mesmo grupo econômico, o Itaú), e c) uso de sociedade (no caso, a Finaustria, que foi cindida dois meses depois de ter seu capital aumentado em 117%, para permitir a criação de um ágio interno);

d) está-se diante de uma estratégia de planejamento tributário na modalidade conhecida como “ágio de si mesmo”, porque, na essência, o ágio que o Itaú Cartões (e depois, o Itaucard) excluiu das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL não diz respeito a eventual participação dele em outra sociedade, mas é um ágio sobre ele próprio, um ágio interno;

e) o laudo que justificou o segundo ágio apenas referendou os dados informados pela própria empresa, e não justificou os percentuais utilizados como taxa de desconto e custo do capital próprio, não servindo para justificar o fundamento econômico de rentabilidade futura;

f) também não restou comprovada a fundamentação econômica do primeiro ágio, pois a operação ocorreu em 2004, enquanto que o laudo apresentado pela contribuinte só foi confeccionado em 2006, e se utilizou de dados posteriores a 2004 para justificar a rentabilidade de exercícios da empresa;

g) não se verifica a transferência de ágio mediante evento de fusão, aquisição ou incorporação, pois o ágio registrado na Finaustria foi apurado em operação de subscrição do capital da Finaustria pelo Itaucard, mediante conferência das ações da Tulipa;

h) a exigência de multa isolada sobre estimativas mensais não recolhidas decorre de disposição expressa de lei, e tem fundamento diverso da multa de 75%, não merecendo acolhida a alegação de dupla penalidade/incidência;

i) a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício não é objeto do lançamento em litígio, e decorre diretamente da lei, e a utilização da Taxa Selic está expressamente prevista no artigo 13 da Lei nº 9.065, de 1995, a qual não estabelece o limite de 1% para sua aplicação.

RECURSO AO CARF

Na fl. 923, a unidade de origem atestou a ciência do julgamento por decurso de prazo em 16/2/2013, 15 dias depois da disponibilização dos documentos através da Caixa Postal, Módulo e-CAC, do sítio da Internet da Receita Federal.

Em 19/3/2013, o contribuinte apresentou o recurso de fls. 925 a 946, onde, além de repetir os termos da impugnação, argumenta que:

a) a Itaucard adquiriu 50% da participação societária na Tulipa (que era possuída integralmente pelo Unibanco), em dinheiro, pagando um ágio de R\$ 720.810 milhões. O fundamento econômico do ágio pago foi a expectativa de rentabilidade futura da Credicard, que era o investimento que a Tulipa possuía;

b) como a Tulipa foi transferida da Itaucard para a Finaustria em conferência a seu capital, o ágio “pendurado” no investimento na Tulipa continuou nele “pendurado”, e passou a figurar no balanço da Finaustria;

c) a transferência do investimento na Tulipa, pela Itaucard, para a Finaustria, em aumento de seu capital, foi realizada por seu valor de mercado, e correspondeu ao valor patrimonial da Tulipa mais o valor do ágio integral (ágio sem a amortização contábil);

d) quando da incorporação da Tulipa pela Itaú Cartões, o ágio “pendurado” no investimento na Tulipa foi deslocado para o investimento na incorporadora. Nessa incorporação, o ágio continuou não sendo amortizado fiscalmente;

e) em 30/11/2006, com a cisão parcial da Finaustria, e com versão da participação que ela possuía no Itaú Cartões para o próprio Itaú Cartões (cisão reversa), o único e mesmo ágio que estava “pendurado” no investimento no Itaú Cartões foi deslocado para o ativo diferido do Itaú Cartões, e passou a ser fiscalmente amortizado, conforme os arts. 7º, III e 8º, “b”, da Lei 9.532/97 e os arts. 1º, II e § 3º, II, “a” e 3º, II, da Instrução Normativa SRF 11/99;

f) o laudo que fundamentou o ágio de 2004, apesar de ter sido elaborado em 2006, tinha como data base 31/12/2004, e seu conteúdo foi confirmado com uma avaliação complementar, elaborada após a lavratura do auto de infração;

g) o fato do Grupo Itaú ter ficado com as operações da Credicard, e não com sua marca, quando da cisão para a Itaú Cartões, demonstra que o ágio havia sido pago com base na rentabilidade futura, que continuava se materializando;

h) se, ao conferir o investimento na Tulipa ao capital da Finaustria, tivesse feito pelo valor patrimonial da Tulipa, que é notadamente inferior ao de mercado, teria apurado uma perda de capital no valor de todo o ágio que estava “pendurado” na Tulipa, o que levaria à baixa do ágio contra resultado (perda de capital dedutível), e, nesse caso, a Finaustria teria de registrar o investimento na Tulipa sem o ágio;

i) caso adotada a providência do item anterior, a conferência de investimento ao capital da Finaustria, por valor inferior ao de mercado, não seria causa de DDL (distribuição disfarçada de lucros), pois a Finaustria era sua investida. Contudo, não quis fazer nenhum planejamento dessa espécie;

j) a parcela de R\$ 132.148.674,46 do ágio total de R\$ 720.810.951,18, pago na aquisição da Tulipa, foi reconhecida como ganho de capital do Recorrente no momento em que se transferiu a Tulipa para a Finaustria. Sucede que aquela parcela do ágio já havia sido contabilmente amortizada. Mas, como essa despesa de amortização do ágio (R\$ 132.148.674,46) não havia sido deduzida no Recorrente (ou seja, havia sido adicionada ao lucro líquido), nesse momento do deslocamento da Tulipa para a Finaustria, essa parcela do valor do ágio contabilmente amortizada foi excluída do lucro líquido, como permite o art. 426 do RIR/99, e comprovam o balancete e a Ficha 06B, da DIPJ;

l) as multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas de IRPJ e CSLL devem ser canceladas, pois as estimativas não são mais devidas após o encerramento do exercício, e pela impossibilidade de concomitância com a multa de 75%;

m) os juros de mora não devem incidir sobre a multa de ofício.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do presente recurso voluntário para que, reformando-se o acórdão recorrido, seja declarada a improcedência da exigência fiscal consubstanciada nestes autos.

CONTRARRAZÕES DO PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL

Em 27/5/2013, o Procurador da Fazenda Nacional apresentou memoriais (fls. 1.006 a 1.052), onde argumenta que:

a) os ágios de 2004 e de 2006 são distintos. O primeiro foi utilizado pela Itaucard para o não pagamento de ganho de capital devido com a baixa do investimento na TULIPA, baixando assim, o ágio que tinha registrado em sua contabilidade. O segundo foi criado artificial e internamente, não existiu de verdade, foi criado apenas no papel, pois não apresenta propósito negocial e substrato econômico que justifique o seu surgimento;

b) não há previsão legal para transferência de ágio;

c) para justificar a igualdade entre os ágios, o contribuinte deveria responder a duas questões: 1 - se o ágio é aquele decorrente das operações de 2004, porque razão foi providenciado novo Laudo de Avaliação (datado de 31/10/2006), fundamentando a rentabilidade futura da TULIPA? 2 - por que deixou de tributar o ganho de capital experimentado com a baixa do investimento na TULIPA e capitalização da FINAUSTRIA?;

d) as repostas das questões acima são: 1- as operações de 2006 exigiram novo laudo por tratarem da constituição de novo ágio, artificial e internamente gerado, e que, por isso, não pode ser aproveitado. 2 - o ganho de capital na baixa do investimento na TULIPA não foi tributado justamente por ter sido exaurido, ou seja, seu efeito fiscal foi anulado, com a baixa do ágio registrado na Itaucard;

e) o laudo apresentado para justificar o ágio de 2004 não se presta a esse propósito, por ter sido elaborado em 2006, e assim deixa de cumprir os requisitos do art. 20, §3º do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, que exige a indicação do fundamento econômico e o arquivamento da demonstração desse fundamento como comprovante da escrituração;

f) sem a comprovação da fundamentação, exigida pela legislação desde 1977, quaisquer manifestações posteriores, sobretudo aquelas que se dão anos após as aquisições, não passam de meras especulações sobre as razões do sobrepreço pago à época;

g) a anterioridade do laudo econômico ao pagamento do ágio também decorre de uma questão de ordem lógica. Imaginar o contrário seria admitir que a parte adquiriu o bem e depois analisou se tinha interesse na compra já realizada, tendo o ato existido antes da vontade, o que é um absurdo;

h) mesmo que se reconheça que o segundo ágio foi gerado entre partes independentes, deve-se destacar que o registro que originou a criação do ágio fora cancelado com a posterior incorporação de uma empresa pela outra. Quando o ITAÚ CARTÕES incorporou a parcela cindida da TULIPA, tal investimento, traduzido em participação do próprio ITAÚ CARTÕES, teve que ser cancelado, pois ele não poderia ter, após a incorporação, participação societária de si mesmo. O registro do valor de mercado do ITAÚ CARTÕES nos livros da TULIPA, assim, acabou sendo cancelado;

i) tendo por base que a incorporação de parte da TULIPA pela ITAÚ CARTÕES, seguida de sua cisão total e versão de patrimônio à ITAUCARD, sempre foi o objetivo final da reorganização empresarial realizada pelo Grupo, com vistas a viabilizar o aproveitamento do ágio pela ITAUCARD, e que tal junção importaria inevitavelmente o cancelamento de qualquer investimento recíproco que fosse feito entre as empresas (ITAÚ CARTÕES e TULIPA), tem-se que a integralização do aumento de capital da TULIPA com ações da ITAÚ CARTÕES, avaliadas com ágio, se mostrou uma medida totalmente inócua. Como tal investimento seria obrigatoriamente cancelado com a incorporação, o valor de mercado das ações da ITAÚ CARTÕES seria cancelado, restando à empresa resultante da reorganização somente o direito à amortização do ágio criado de forma artificial. Como resultado líquido da estruturação empresarial adotada, tem-se somente como efeito tributário o direito à amortização do ágio pela empresa resultante. O propósito negocial que deu origem ao ágio era a sua própria criação, um fim em si mesmo;

j) mesmo se não tivéssemos enveredado pela ausência de propósito negocial ou sobre a discussão de tratar-se ou não de ágio interno, ainda assim a dedutibilidade deste ágio seria impossível, porque há inobservância de requisitos legais expressos para a amortização do ágio efetivamente pago. Isso porque a permissão legal para que a empresa resultante de incorporação, em que houver investimento de uma em outra, adquirido com ágio, possa amortizar esse ágio (despesa dedutível), exige a absorção do patrimônio da incorporada; de outra forma (permanecendo a existir o investimento), não se caracteriza a situação prevista na norma, que é exatamente o de estabelecer uma regra de tributação para quando acontece a “confusão patrimonial do investimento”. No presente caso, os reais investidores (BANCO ITAÚ S/A e outras empresas do Grupo) não deixaram de existir nem perderam seus investimentos na fiscalizada – ITAUCARD, não tendo ocorrido a absorção do patrimônio da empresa que de fato realizou o investimento;

l) incide juros de mora sobre a multa de ofício por expressa previsão legal. Caso se pense o contrário, há que ao menos se reconhecer a incidência de juros de mora à taxa de 1% ao mês, nos termos do art. 161 do CTN.

NOVOS DOCUMENTOS E RETIRADA DE PAUTA PARA MANIFESTAÇÃO DA PFN

Em 19/7/2013, o recorrente trouxe aos autos estudo, elaborado pela Hirashima & Associados, que ratifica e esclarece o quanto já consta nos autos (fls. 1.085 a 1.099).

Este processo foi a mim distribuído no sorteio realizado em junho de 2013 e pautado para julgamento na sessão de 8/10/2013 (transferido para o dia seguinte a pedido do contribuinte). Contudo, nessa mesma data, o contribuinte protocolou os documentos de fls. 1.154 a 1.181, onde informava ter localizado, após incessantes buscas em seus arquivos mortos, cópia do denominado “Projeto Triatlo”, elaborado em 18/2/2004, que justificava o pagamento do ágio ainda antes da ocorrência das operações societárias.

Na primeira proposta de voto, a falta de comprovação do ágio com documentos contemporâneos a sua criação era uma das principais razões de decidir, e a apresentação das novas provas gerou intensa discussão entre os conselheiros, diante da possibilidade de alterar a conclusão até então proposta.

Dessa forma, decidiu-se, por unanimidade de votos, por retirar o processo de pauta para juntada aos autos de documentos trazidos pela parte, abrindo-se vistas à Procuradoria da Fazenda Nacional para manifestação.

Ainda, em 2/12/2013, o recorrente trouxe ao processo os documentos de fls. 1.191 a 1.312, que continham:

- a) memoriais complementares (fls. 1.194 a 1.197);
- b) documento de Hirashima e Associados afirmando que o Estudo sobre a Natureza e Fundamentação do ágio decorrente de participação acionária na Tulipa Participações e Administração S.A. teve como data base maio de 2004, época da transação, e que se baseou em dados históricos anteriores a 2004 e demonstração documental da época, constante nos anexos referidos no documento (fls. 1.200 a 1.281);
- c) cartas ao Banco Central do Brasil noticiando que, por razões gerenciais, a base de cartões de crédito oriunda da Credicard, por determinado tempo, seria mantida segregada (fls. 1.282 a 1.285).

Nos memoriais complementares, afirma-se que:

a) a carta de Hirashima & Associados, agora apresentada, confirma que seu laudo se baseou em documentos contemporâneos à aquisição do investimento, confirmatórios da fundamentação econômica do ágio em rentabilidade futura, e que chegou a resultados compatíveis com o estudo interno contemporâneo à aquisição (“Projeto Triatlo”) - o estudo interno chegou ao valor de R\$ 4.870 milhões (para 100% da Credicard), e o laudo a um *range* de R\$ 4.269 milhões e R\$ 4.825 milhões (media de R\$ 4.531 milhões, também para 100% da Credicard);

b) Esse estudo interno, na época da aquisição da Tulipa, denominava-se (“Projeto Triatlo”) por compreender a avaliação de três empresas do segmento de cartões: a Credicard, a Redecard (*acquirer*) e a Orbital (processadora de dados de cartões);

c) o valor de R\$ 4.870 mi é composto pela somatória (i) do valor presente do fluxo de caixa livre ao acionista descontado a um custo de oportunidade de 18% ao ano, considerando um cenário em que o comprador continuará atuando (R\$ 2.518 milhões); (ii) do *prospect* à taxa de desconto de 18% ao ano: potencialidade de lucro relativa a carteira de clientes (R\$ 600 milhões); (iii) do *cross selling* usando a mesma taxa de custo de oportunidade de 18% ao ano: é o fluxo de caixa descontado da alavancagem gerável em face da expertise e estrutura que o comprador já possui aplicáveis aos clientes (R\$ 1.752 milhões);

d) o motivo de a Tulipa ser transferida à Finaustria e ao Itaú Cartões foi o de manter segregada a base de cartões de crédito oriunda da Credicard por certo tempo, para maximizar a precisão da avaliação da performance da referida base de cartões. Daí os 50% do acervo da Credicard terem sido vertidos ao Itaú Cartões (inclusive a parte do acervo pertinente ao investimento direto da Itaucard na Credicard). Isso se evidencia nas cartas ao Bacen, agora anexadas, protocoladas em 17/8/2005 e em 6/1/2006;

e) nesse contexto, por razões gerenciais, a Finaustria passou a agregar diversos investimentos: o Banco Itaucard, a Finaustria Arrendamento Mercantil, a Fina Promoção (promotora do canal Fiat), a Finaustria Assessoria (promotora do canal Itaú BBA, e, por incorporação da Rio Elba, passou a ser a promotora de venda adquirida do Banco Intercap), e posteriormente a Tulipa e a Orbitall;

f) caso as operações se tivessem inspirado apenas em razões fiscais, a Itaucard teria incorporado a Tulipa, com a versão do acervo da cisão da Credicard, e já passaria a amortizar fiscalmente o ágio. O Itaú Cartões recebeu o acervo da cisão da Credicard com o objetivo de manter a base de cartões oriunda da Credicard, sem qualquer motivação fiscal;

g) assim, a transferência da Tulipa para a Finaustria não foi feita para sanar algum vício que o ágio pudesse ter, já que o ágio, desde sua origem, era bom e com fundamento na rentabilidade futura esperada, baseado no estudo interno e demonstrações documentais contemporâneos à aquisição da Tulipa.

Na fl. 1.313, consta despacho de encaminhamento, datado de 9/12/2013, intimando a PFN para ciência dos novos documentos acostados aos autos.

Em 19/12/2013, a Procuradora da Fazenda Nacional apresentou o documento de fls. 1.314 a 1.322, onde, após reiterar os argumentos aduzidos em suas contrarrazões, aduz que:

a) o ágio com base na rentabilidade futura deve ser pautado em documento elaborado antes do seu pagamento;

b) o laudo que visa a fundamentar economicamente o ágio pago em 2004, elaborado por Hirashima & Associados, possui data de 19/05/2006, e não se presta a fundamentar o sobrepreço;

c) da mesma forma, o estudo interno a que se refere o contribuinte nas “razões finais de recurso” não é hábil a demonstrar que o ágio pago teve como fundamento o valor de rentabilidade de exercícios futuros, pois não há a comprovação de que seja contemporâneo aos fatos, salvo a alegação vazia de que foi concluído em 18/2/2004, desacompanhada de prova. Ademais, trata-se de documentação juntada *a posteriori*, que

merece ser desconsiderada em face da preclusão, nos termos do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972;

d) o documento emitido pelo Banco Itaú, intitulado “Fato Relevante”, dá conta que a Itaucard, com as aquisições de 2004 na Credicard, passaria à condição de líder no mercado de cartão de crédito. Tal informação aproxima o pagamento do ágio mais à hipótese de “fundo de comércio” do que à hipótese de “rentabilidade futura”. Tudo isso denuncia que o valor pago o foi de forma inteira (preço cheio) e não com base em expectativas de lucratividade futura como afirma o contribuinte, alegação esta não comprovada por qualquer documentação contemporânea às operações de 2004.

Em 20/1/2014, o contribuinte protocolou documento denominado “Contradita à Manifestação da Procuradoria da Fazenda Nacional” (fls. 1.325 a 1.328), onde reafirma os termos dos seus memoriais complementares e acrescenta que:

a) a Procuradoria não contesta o conteúdo do documento Projeto Triatlo, mas limita-se a dizer que ele foi juntado a destempo e parece ter dúvidas sobre sua autenticidade. Ora, o estudo interno (contemporâneo à aquisição da Tulipa pelo recorrente) não é revestido de formalidades, por razões óbvias - o estudo é interno;

b) o estudo somente foi apresentado tardiamente porque a associação do grupo Itaú com o grupo Unibanco, ocorrida no final de 2008, implicou uma gigantesca tarefa de unificação de sistemas, de procedimentos, de arquivos, de realocação de pessoas, áreas, departamentos etc, com os inevitáveis “efeitos colaterais”: muitos documentos ficaram desconectados dos locais originais, ou desconectados de seus gestores originais, o que gerou - como é intuitivo - dificuldades para sua localização;

c) em 18/2/2004, o estudo interno (Projeto Triatlo) foi feito pela área competente no Itaú - a Diretoria de Controladoria - DIRCO, ocupada por Silvio Aparecido de Carvalho. Após a associação Itaú-Unibanco, Silvio deixou o quadro de diretores do Itaú em 2010. As atribuições de sua Diretoria foram distribuídas para novos gestores e novas áreas. Depois de várias reestruturações, foi criada a Diretoria de Prospecção e Modelagem, que passou a fazer o *valuation*, antigamente executado pela DIRCO, como demonstra documento anexado;

d) durante a ação fiscal, de que resultou o auto de infração de 23/5/2012, o estudo interno (Projeto Triatlo) não foi localizado pela equipe que atendeu à Fiscalização. Só recentemente ele foi encontrado por um funcionário da atual Diretoria de Prospecção e Modelagem e, afinal, o documento foi juntado aos autos;

e) de qualquer modo, não se trata apenas de estudo interno desguarnecido de outras evidências que o sustentem. Há também os demais documentos contemporâneos à aquisição, trazidos aos autos. O laudo e estudo de fundamentação econômica do ágio elaborado pela Hirashima & Associados louvou-se nessa documentação;

f) só com a recente Medida Provisória nº 627, de 2013, é que se passou a exigir laudo de perito independente protocolado na SRFB ou registrado em Cartório. O § 3º do art. 20 do Decreto-lei 1.598, de 1977, dizia apenas que o contribuinte deveria arquivar a demonstração em que se tivesse baseado o lançamento do ágio por rentabilidade futura (sem nenhuma outra formalidade);

g) a divulgação, no fato relevante, de que a Itaucard se tornaria líder no mercado de cartões de crédito, não indica que ágio teria como fundamento econômico fundo de comércio e não a rentabilidade futura, como alega a PFN. Ora, tornar-se líder do mercado não contraria, mas, sim, confirma a expectativa de rentabilidade futura;

h) se o fundamento do ágio não fosse a rentabilidade futura esperada, o Itaú não aceitaria a cisão da Credicard, ficando sem a marca e deixando de participar da empresa, sendo evidente que o grupo só aceitou o negócio porque a expectativa de rentabilidade futura fundamentava o ágio.

Finalmente, os autos retornaram para julgamento, numerados digitalmente até a fl. 1.338.

Esclareça-se que todas as indicações de folhas neste voto dizem respeito à numeração digital do e-processo.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro José Evande Carvalho Araujo, Relator

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, portanto merece ser conhecido.

A discussão centra-se na possibilidade de dedução de despesa de amortização de ágio em virtude de incorporação, fusão ou cisão. Nesse sentido, é necessário um pequeno resumo dos principais conceitos e disposições legais relativos à matéria.

1. DISPOSIÇÕES LEGAIS SOBRE O ÁGIO

O conceito de ágio está intrinsecamente relacionado aos investimentos avaliados pelo valor de patrimônio líquido com o uso do método da equivalência patrimonial (MEP), previsto no art. 248 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, a Lei das S.A.

Por essa metodologia, as participações societárias são contabilizadas com base no valor patrimonial da investida, sendo que qualquer alteração nesse patrimônio será refletida proporcionalmente na investidora. Como consequência, o MEP resultará em resultados positivos ou negativos no lucro contábil da investidora, caso o patrimônio da investida aumente ou diminua. Entretanto, esses resultados não têm efeitos fiscais, não sendo computados no lucro real, nos termos do art. 23 do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977 (art. 389 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99).

Nos casos onde a compra da participação societária não se dá por valor idêntico ao da participação no patrimônio líquido da investida, será necessário se desdobrar o custo de aquisição em duas parcelas: a) no valor de patrimônio líquido na época da aquisição, e b) na diferença entre o valor pago e aquele do item “a”, que será denominada de ágio se positiva, ou de deságio se negativa.

Em outras palavras, ágio será o preço pago a maior ao valor proporcional do patrimônio líquido que se está adquirindo, enquanto o deságio será o preço pago a menor. Nos termos do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977 (art. 385 do RIR/99), na contabilização do ágio ou do deságio, é necessário indicar seu fundamento econômico dentre uma destas três opções: 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; ou c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

O mesmo dispositivo legal exige que o lançamento do ágio ou do deságio com base no valor de mercado ou na expectativa de rentabilidade futura seja baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Pelos critérios contábeis, o ágio e o deságio devem ser amortizados de formas diferentes de acordo com seu fundamento. Isto é, o valor pago a maior o a menor pela participação societária se transforma paulatinamente em resultados negativos (despesas), no caso do ágio, ou positivos (receitas), para o deságio.

Contudo, do mesmo modo como feito com os resultados decorrentes do MEP, a legislação fiscal determina que aqueles derivados da amortização do ágio ou deságio não sejam computados na apuração do lucro real, nos termos do art. 25 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977 (art. 391 do RIR/99), abaixo transcrito:

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

Mas o próprio dispositivo legal ressalva uma situação onde o ágio e o deságio teriam efeitos fiscais, relativa à alienação do investimento, prevista no art. 33 do mesmo decreto-lei (art. 426 do RIR/99):

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

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

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

(...)

IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

Isto é, o ágio e o deságio devem compor o custo de aquisição na apuração do ganho ou perda de capital, mesmo se já amortizados.

Para dar cumprimento a essa possibilidade, foi acrescentado um parágrafo único ao art. 391 do RIR/99 que determina que, concomitantemente com a amortização do ágio ou deságio na escrituração comercial, deve ser mantido controle no LALUR, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento.

Na verdade, o procedimento acima exposto consiste em uma forma de recompor o custo de aquisição da participação societária, que havia sido decomposto entre valor do patrimônio e ágio ou deságio, de modo a se calcular o ganho de capital a ser tributado com base no valor originariamente pago.

Existe, também, uma outra possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio ou do deságio, que ocorre por ocasião da extinção da participação societária, em virtude de fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra.

Nesses casos, com a confusão patrimonial, o investimento contabilizado deixa de existir, e é necessário se dar um tratamento ao ágio ou ao deságio registrados.

Inicialmente, a matéria foi regulada pelo art. 34 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977 (art. 430 do RIR/99), que foi parcialmente derogado pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997 (art. 386 do RIR/99) com relação às extinções de participações societárias adquiridas com ágio ou deságio. Transcrevem-se os dispositivos legais vigentes:

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

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

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

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

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

(um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dessa forma, permite-se o reconhecimento fiscal do ágio ou do deságio de formas diferentes, de acordo com seu fundamento. Em linhas gerais:

a) se o fundamento for o valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada, o ágio ou deságio passam a integrar o valor contábil do bem, tanto para fins de

depreciação, amortização, exaustão, quanto para apuração de eventual ganho ou perda de capital;

b) se o fundamento for a expectativa de rentabilidade futura da coligada ou controlada, a amortização do ágio, que corresponde a uma despesa, pode se dar em no mínimo cinco anos, enquanto a amortização do deságio, que corresponde a uma receita, deve ocorrer em no máximo cinco anos;

c) se o fundamento for fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, o ágio deve ser contabilizado em conta de ativo permanente, não sujeita à amortização, podendo apenas ser considerado como custo de aquisição para efeito de apuração de ganho ou perda de capital, ou deduzido como perda no encerramento das atividades da empresa.

Observe-se, contudo, que as hipóteses de reconhecimento fiscal do ágio ou deságio quando da extinção da participação societária dizem respeito apenas ao ágio ou deságio ainda não amortizados contabilmente.

Isso porque a lei apenas garantiu o aproveitamento do ágio ou deságio já amortizados contabilmente nos casos de alienação do investimento.

Nesse sentido, a escrituração no LALUR do ágio ou do deságio amortizados contabilmente somente se dá para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento, nos exatos termos do art. 391 do RIR/99.

A falta de previsão legal para o tratamento a ser dado ao ágio já amortizado não passou despercebida pela arguta análise de Edmar Oliveira Andrade Filho¹:

*No conjunto de regras que regem os efeitos do ágio ou deságio na incorporação, fusão ou cisão, nada há a respeito do que deve ser feito em relação aos valores relativos ao ágio ou deságio já amortizados e controlados na Parte B do LALUR. Nas operações sujeitas aos preceitos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, há norma apenas em relação ao ágio ou deságio ainda constante do valor contábil, e nada é dito a respeito do tratamento que deve ser dado à parcela do ágio ou deságio que já fora amortizada. Essa lacuna legal permite suscitar pelo menos duas interpretações.
(...)*

O festejado doutrinador propõe então duas alternativas: a baixa imediata como despesa ou que se dê o mesmo tratamento ao ágio não amortizado.

Apesar de bastante lógicas e, porque não dizer, justas, penso que nenhuma das alternativas possui base legal. A lei apenas garantiu o uso do ágio amortizado como custo na apuração do ganho de capital, não sendo possível suprir o “esquecimento” legal com procedimentos que resultem em benefício fiscal não previsto. Não se pode esquecer que o ágio é em regra indedutível para fins fiscais, devendo as exceções estarem expressamente previstas.

Assim, *de lege lata*, entendo que, nos casos de extinção de participação societária, o ágio já amortizado e contabilizado no LALUR não pode mais ser aproveitado, devendo ser simplesmente baixado.

São essas as breves considerações a serem feitas sobre a legislação pertinente à matéria.

2. CASO EM ANÁLISE

A criação e aproveitamento do ágio em discussão se deu no contexto de reorganização societária do Grupo Itaú.

A criação do ágio ocorreu no ano de 2004, quando o Unibanco vendeu sua participação da empresa Credicard para os outros dois sócios, o Grupo Itaú e o Citibank.

A utilização do ágio se deu no ano de 2006, por meio de operações societárias de conferência de capital com ações, incorporação reversa e cisão parcial entre empresas do Grupo Itaú.

A acusação fiscal concentra-se a) na diferença entre os ágios de 2004 e 2006; b) na impossibilidade de se considerar o ágio de 2004 com o fundamento de expectativa de rentabilidade futura; c) na impossibilidade de se deduzir o ágio de 2006, por ter sido criado artificialmente entre empresas do mesmo grupo, tratando-se de “ágio interno”.

Já a defesa afirma que o ágio aproveitado no ano de 2006 é o mesmo criado em 2004, e que seguiu todas os requisitos legais que permitem sua dedutibilidade das base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Dessa forma, passamos a analisar separadamente os dois momentos relativos à criação e ao aproveitamento fiscal do ágio.

2.1. 1º Momento: Criação do Ágio em 2004

Em 5/11/2004, a Itaucard subscreveu capital na empresa Tulipa, subsidiária integral do Unibanco e que detinha participações do grupo na Credicard. Essa subscrição se deu em dinheiro e gerou um ágio de R\$ 720.810.951,18 contabilizado na Itaucard.

A acusação fiscal reconhece a existência desse ágio, mas não admite a sua fundamentação e dedução com base em expectativa de rentabilidade futura, pois o laudo de avaliação apresentado para justificar o ágio foi elaborado apenas em 2006.

A defesa afirma que o laudo foi elaborado em 2006, mas com data base em 30/12/2004, e que seu conteúdo foi confirmado com uma avaliação complementar, elaborada após a lavratura do auto de infração.

De início, há que se ressaltar que o simples fato de o laudo ter sido elaborado posteriormente à criação do ágio não impede sua utilização para esse fim.

Observe-se que o § 3º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, exige que o lançamento do ágio, com a indicação de seu fundamento, deve ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Assim, a lei não exige que a comprovação se dê por laudo, mas por qualquer forma de demonstração, contemporânea aos fatos, que indique por que se decidiu por pagar um sobrepreço pela expectativa de resultados futuros.

Sobre a matéria, veja-se a opinião de Luís Eduardo Schoueri²:

(...) No caso da fundamentação do ágio, como visto, não há qualquer menção a laudo; basta uma demonstração, arquivada junto com os demais documentos contábeis.

É prática comum, em operações societárias de maior porte, que compradores e vendedores se façam valer da assessoria de especialistas, no mercado que se denomina *mergers and acquisitions*. Em circunstâncias normais, os assessores avaliarão a empresa a ser adquirida (*target company*), propondo ao comprador uma certa margem (*range*) para a fixação do preço. Ocorrendo tais circunstâncias, a apresentação à fiscalização, pelo contribuinte, do relatório que levou à tomada de sua decisão parece ser elemento importantíssimo para a prova da fundamentação do ágio pago.

A documentação assim apresentada não precisa, portanto, ter necessariamente a forma de um laudo. Muitas vezes, a decisão se faz a partir de uma apresentação de *slides*, quando muito corporificados em um Relatório Executivo (*Executive Summary*), onde os principais elementos para a tomada de decisão surgem como meros tópicos (*bullet points*).

Se essa é a prática empresarial, a exigência de um laudo de avaliação revela-se formalidade descabida. A “demonstração” se faz com os documentos que de fato serviram para a tomada de decisão.

Não é incomum que, depois da conclusão do negócio, produzam-se laudos de avaliação com a finalidade exclusiva de atender à fiscalização. Não se pode condenar essa cautela e o laudo assim elaborado, desde que fiel às circunstâncias do negócio, pode complementar os elementos de prova, de modo a permitir que se alcance o elemento subjetivo – motivo determinante do pagamento do ágio.

Em uma primeira análise da matéria, entendi que os documentos até então apresentados não serviam para fundamentar o ágio com base na rentabilidade futura.

Em primeiro lugar, porque o § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, exige que o lançamento do ágio ou deságio indique seu fundamento econômico, mas a contabilização apresentada apenas afirmava que se tratou de ágio na aquisição, sem indicação do fundamento (fl. 306).

Além disso, o laudo elaborado em 19/5/2006 por Hirashima & Associados (fls. 657 a 666), apesar de afirmar que teve como data base 31/5/2004, não trazia qualquer documento contemporâneo aos fatos que confirmasse que se considerou a rentabilidade futura

² SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários). São Paulo: Dialética, 2012, p. 35.
Documento assinado digitalmente em 24/02/2014 por RICARDO MAROZZI GREGORIO, Assinado digitalmente em 24/02/2014 por RICARDO MAROZZI GREGORIO, Assinado digitalmente em 24/02/2014 por JOSE EVANDE CARVALHO ARAUJO, Assinado digitalmente em 27/02/2014 por JOAO OTAVIO OPPERMANN THOME
Impresso em 13/03/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

para o pagamento do ágio. Existia apenas a afirmação, no item 3 do laudo, de que, na elaboração do estudo, os auditores se basearam em projeções, demonstrações financeiras, entrevistas, informações públicas e no “Master Agreement” celebrado em 31/1/2005 com o Citigroup, mas não haviam sido anexados quaisquer desses documentos para que se avaliasse sua consistência.

Do mesmo modo, o laudo complementar datado de 18/6/2012 (fls. 871 a 881) não supria esses vícios, pois vinha também desacompanhado de provas contemporâneas à aquisição.

Naquele momento, entendi que não era possível se admitir que documento tão genérico, elaborado dois anos após o fato, baseado apenas em análise geral do mercado de cartões de créditos, e sem estar escorado em documentos contemporâneos à aquisição, servisse para fundamentar o ágio com vistas a permitir a dedutibilidade de sua amortização. Caso contrário, estar-se-ia fazendo “letra morta” da exigência legal de que a fundamentação fosse contemporânea ao registro do ágio.

Contudo, com as novas provas trazidas aos autos, sou obrigado a mudar de opinião.

Antes de passar a análise dos novos documentos, devo tecer algumas considerações sobre a admissibilidade das novas provas, em especial porque a Fazenda Nacional defende o não conhecimento, nos termos do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 - PAF.

De fato, o §4º do art. 16 do PAF determina a apresentação da prova documental na impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual.

Contudo, a jurisprudência do CARF vem temperando essa disposição em nome do princípio da verdade material.

No caso, penso ser possível se admitir a análise das novas provas, aplicando-se a exceção do inciso “c” do mesmo dispositivo legal, que permite a juntada de provas em momento posterior quando se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

Afinal, o contribuinte trouxe na impugnação os documentos que julgava aptos a comprovar seu direito, e, ao analisar os argumentos do julgador *a quo* que não lhe foram favoráveis, trouxe provas complementares.

Assim, no caso concreto, a apresentação das novas provas é resultado da marcha natural do processo, sendo razoável sua admissão.

Acrescente-se que esta Turma decidiu, por unanimidade de votos, em aceitar as novas provas trazidas um pouco antes do julgamento, e permitiu que a PFN sobre elas se manifestasse. Logo, seria por demais gravoso, e contrário ao princípio da verdade material, a manutenção do lançamento sem a análise das provas constantes nos autos.

E ainda, sendo esta a última instância administrativa, tal postura exigiria do contribuinte a busca da tutela do seu direito no Poder Judiciário, o que exigiria do Fisco a análise das provas apresentadas em juízo, e ainda condenaria a União pelas custas do processo.

Dessa forma, as novas provas são admitidas e serão analisadas.

O primeiro documento trazido aos autos é uma apresentação, estilo PowerPoint, do denominado “Projeto Triatlo”, que na capa traz estampada a data de 18/2/2004 (fls. 1.245 a 1.269).

O documento traz diversos cálculos para se apurar o valor presente da Credicard, da Redecard e da Orbitall, todos baseados nos resultados futuros que tais empreendimentos gerariam.

Esse texto somente pode ser compreendido com as explicações dadas pelo recorrente, uma vez que se trata de estudo interno para apuração do valor de cada investimento. Assim, esclareceu-se que o valor atribuído à Credicard foi de R\$ 4.870 milhões, conforme planilha de fl. 1.268 (último valor da segunda linha do primeiro quadro).

Nesse quadro, apura-se o valor dos resultados esperados para a Credicard corrigidos pela variação dos Certificados de Depósito Interbancário CDI, e esse mesmo valor descontado a um custo de oportunidade de 18% a.a. e de 25% a.a. O total de R\$ 4.870 milhões era aquele com o desconto de 18% e era composto pela somatória:

a) do valor presente do fluxo de caixa livre ao acionista, considerando um cenário em que o comprador continuará atuando (R\$ 2.518 milhões);

b) do *prospect*: potencialidade de lucro relativa a carteira de clientes (R\$ 600 milhões);

c) do *cross selling*: o fluxo de caixa descontado da alavancagem gerável em face da expertise e estrutura que o comprador já possui aplicáveis aos clientes (R\$ 1.752 milhões).

O segundo documento apresentado foi carta de Hirashima & Associados que melhor esclarecia o laudo de avaliação, trazendo diversos elementos para demonstrar que, apesar de feito em 2006, utilizou-se de dados anteriores a 2004 (fls. 1.200 a 1.202). Assim, esclareceu-se que, utilizando-se do método do Fluxo de Caixa Descontado, que corresponde a apuração do máximo de dividendos que podem ser pagos no período, deduzidos de eventuais necessidades de aporte de capital por parte dos acionistas, chegou-se à conclusão de que a Credicard valeria entre R\$ 4.269 milhões e R\$ 4.825 milhões.

Assim, o recorrente argumenta que o valor obtido pelo estudo interno de fevereiro de 2004, de R\$ 4.870 milhões, não difere muito do valor máximo obtido no laudo de 2006, de R\$ 4.825 milhões.

Como a Tulipa possuía 33,33% de participação na Credicard, então seu investimento valeria cerca de R\$ 1.623 milhões pelo estudo interno e de R\$ 1.608 milhões pelo laudo, e a participação da Itaucard de 50% equivaleria a cerca de R\$ 811,50 milhões e R\$ 804,00 milhões, respectivamente.

Desse modo, como o investimento da Tulipa na Credicard estava registrado em R\$ 52 milhões, o ágio, tanto pelo laudo quanto pelo estudo interno, seria um pouco acima de R\$ 750 milhões, em tudo compatível com o ágio efetivamente pago, de R\$ 720 milhões.

O raciocínio me parece correto e comprova que, de fato, estimou-se o valor da Credicard com base na expectativa de resultados futuros e que se aportou capital na Tulipa em valor suficiente para se atingir uma participação na Credicard compatível com o valor apurado, contabilizando-se ágio com fundamento em resultados futuros.

A PFN argumenta que não há provas de que o Projeto Triatlo realmente date de fevereiro de 2004.

Contudo, entendo que o fato do laudo elaborado em 2006, usando dados semelhantes aos utilizados no estudo interno, chegar a resultados semelhantes aponta para a conclusão de que o estudo foi, de fato, feito à época.

Além disso, anexo à carta de Hirashima & Associados, existe um documento que reputo de fundamental importância.

Trata-se de fato relevante divulgado pelo Banco Itaú Holding Financeira S.A. em 8/11/2004, apenas três dias após a subscrição de capital que fundamentou o ágio (fls. 1.216 a 1.219).

Nele, o Grupo Itaú informa que o Conglomerado Credicard, composto das empresas Credicard Banco S.A., Orbitall e Redecard, tinha como sócios, em partes iguais, o Itaú, o Citigroup e o Unibanco, e que, naquela data, o Unibanco estava saindo do negócio. Quanto à Credicard, o Itaú e o Unibanco passariam a deter 50% do capital social. Para isso, o Itaú passou “a deter metade da participação indireta do Unibanco no Credicard Banco S.A., (...) resultando ao final em investimento da ordem de R\$ 768 milhões que inclui ágio estimado de R\$ 720 milhões, determinado com base na rentabilidade futura estimada para o Credicard Banco S.A.”

Confirmei o conteúdo desse documento em pesquisa à Internet, em 23/1/2014, no seguinte endereço eletrônico:

<http://ww13.itaubr.com.br/Itausa/Content/Comunicado/ListaComunicados.aspx?Comunicado=1294&idioma=pt-BR>

Assim, existe documento comprovadamente elaborado à época dos fatos demonstrando que o ágio foi pago com base na rentabilidade futura da Credicard.

A PFN interpreta esse documento de forma diversa, entendendo que o ágio informado se amolda à hipótese de “fundo de comércio”, tendo sido pago preço cheio e não com base em expectativas de lucratividade futura.

Entretanto, penso não ser possível se enveredar por essa seara, que consistiria em questionar a metodologia do estudo interno e laudo de avaliação. Tratando-se de documentos embasados tecnicamente e elaborados por profissionais especializados, não é possível contestá-los com simples argumentos genéricos.

Ademais, como a lei traz benefício fiscal expresso para o ágio fundamentado na expectativa de resultados futuros, nada mais natural que os agentes econômicos busquem essa fundamentação, já que o motivo por se pagar um sobrepreço é da alçada das partes contratantes.

E desde a impugnação foram apresentados argumentos de que o preço pago nunca poderia ter se dado com base em fundo de comércio, já que se adquiriu apenas as operações da Credicard, e não o seu nome.

Contudo, apesar de consistentes os argumentos, faltava prova contemporânea aos fatos que demonstrasse que, de fato, o negócio havia sido feito com base nos resultados futuros, o que foi agora, no meu entender, devidamente comprovado.

Contra o contribuinte, pesa ainda o fato de a contabilização do ágio ter se dado sem a indicação de seu fundamento.

Contudo, não é possível se negar o direito simplesmente porque se utilizou a conta contábil “AGIO AQUISIÇÃO” (fl. 306), quando as demais provas já analisadas demonstram qual o fundamento do sobrepreço pago.

Desse modo, considero comprovado que o ágio de 2004 estava fundamentado na rentabilidade futura, não prevalecendo o fundamento da autuação em sentido contrário.

Continua-se, então, com a análise dos fatos, para se verificar se tal conclusão terá efeito nas glosas de despesas efetuados no lançamento em análise.

2.2 Período Entre a Criação e a Utilização do Ágio

Ainda em 2004, o Unibanco vendeu o restante de sua participação na Credicard, possuída por meio da Tulipa, para o Citibank.

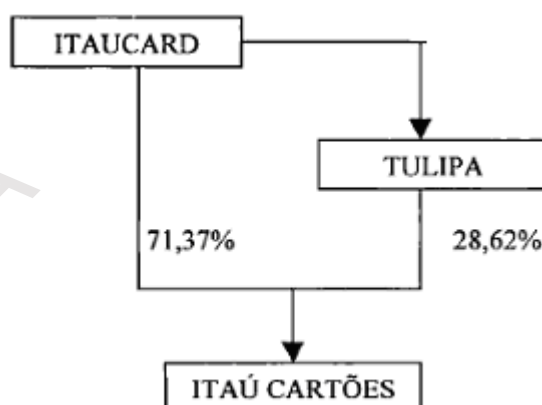
No ano de 2005, não houve alterações na composição societária, com a Itaucard possuindo participações na Credicard tanto diretamente (33,33%) quanto via Tulipa (16,66%).

Em março de 2006, ocorre uma cisão parcial da Tulipa, separando totalmente as participações do Citibank e da Itaucard.

Em abril de 2006, ocorre uma cisão parcial na Credicard, passando todo o patrimônio de propriedade da Itaucard para o Itaú Cartões.

Já em julho de 2006, ocorre uma cisão parcial na Tulipa, que ficou apenas com a participação do Itaú Cartões em seu patrimônio, transferindo o restante para outra empresa do grupo: a Itaucard.

Nesse momento, a configuração societária estava pronta para a etapa de aproveitamento do ágio. A Itaucard era praticamente a única proprietária do Itaú Cartões, 71,37% diretamente e 28,62% via Tulipa, e a Tulipa tinha apenas como patrimônio as ações do Itaú Cartões. Segue a representação dessa situação:

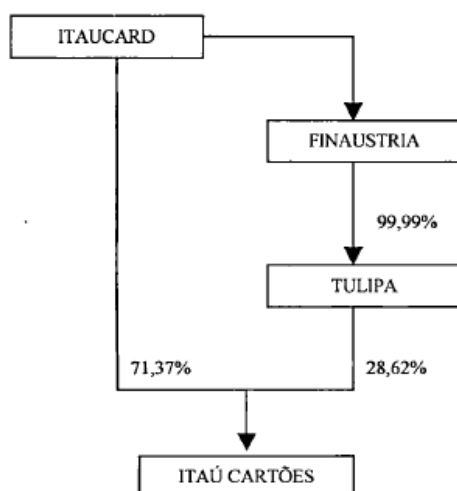


Recorde-se que, nesse momento, o ágio pago em 2004 encontra-se registrado na Itaucard, que já o havia amortizado contabilmente no valor de R\$ 132.148.674,46 (fl. 433).

2.3. 2º Momento: Utilização Fiscal do Ágio em 2006

2.3.1 Aumento de Capital da Finaustria

Em 30/9/2006, a Itaucard subscreveu o aumento de capital da Finaustria com o investimento que possuía na Tulipa, que havia sido avaliado pericialmente pela Hirashima & Associados em laudo de avaliação datado de 25/9/2006 (fls. 224 a 238). Repito o esquema gráfico para facilidade de entendimento:



Nesse momento, é necessário corrigir pequeno equívoco que se repete em diversas peças do processo.

Nessa operação, não foi apurado qualquer ganho de capital pela Itaucard, pois o valor das cotas subscritas foi de R\$ 888.708.249,06, e o investimento da Tulipa estava contabilizado praticamente pelo mesmo valor: R\$ 888.708.237,12, sendo R\$ 167.897.285,94 como investimento (fl. 268) e R\$ 720.810.951,18 como ágio, amortizado contabilmente em R\$ 132.148.674,46 (fl. 269).

O “suposto” ganho de capital mencionado é justamente o ágio já amortizado, que, por expressa determinação do art. 33 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, deve compor o custo de aquisição para o cálculo do ganho de capital.

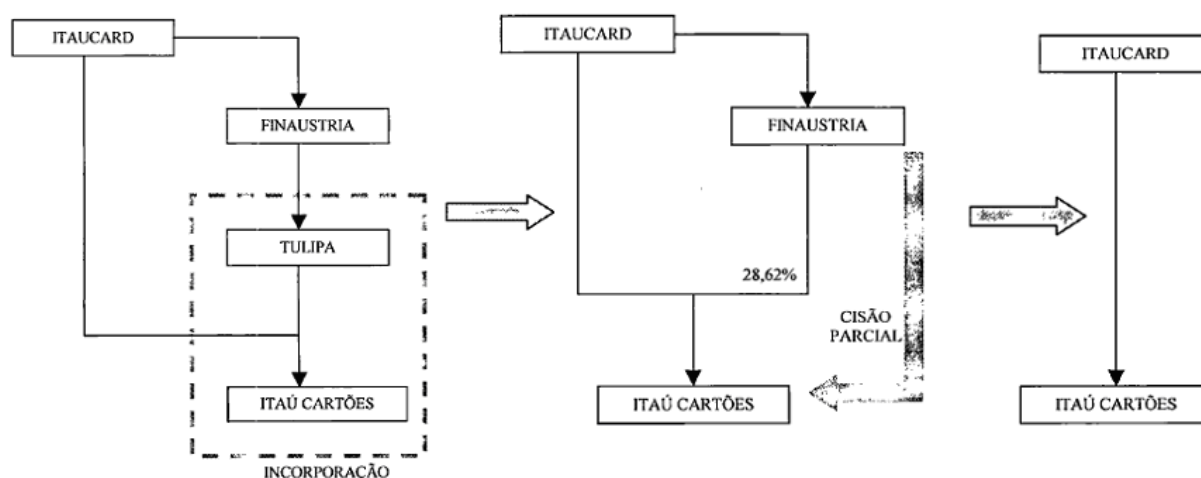
Como a Finaustria teve seu capital aumentado pelas ações da Tulipa, o investimento foi contabilizado pelo MEP o que resultou em um ágio de R\$ 720.810.951,18, em valor idêntico ao anteriormente registrado pela Itaucard, igualdade que resulta da identidade entre o valores das cotas subscritas e do investimento utilizado para a subscrição. Assim, o ágio que estava antes na Itaucard foi transferido para a Finaustria.

2.3.2 Incorporação da Tulipa pelo Itaú Cartões e Cisão Parcial da Finaustria

As duas próximas etapas devem ser analisadas em conjunto.

Em 30/11/2006, o Itaú Cartões incorpora a Tulipa, passando a ser uma investida direta da Finaustria.

No mesmo dia, ocorre cisão parcial da Finaustria, transferindo-se parte do seu patrimônio para o Itaú Cartões, inclusive o investimento que possuía no próprio Itaú Cartões. Segue o esquema gráfico:



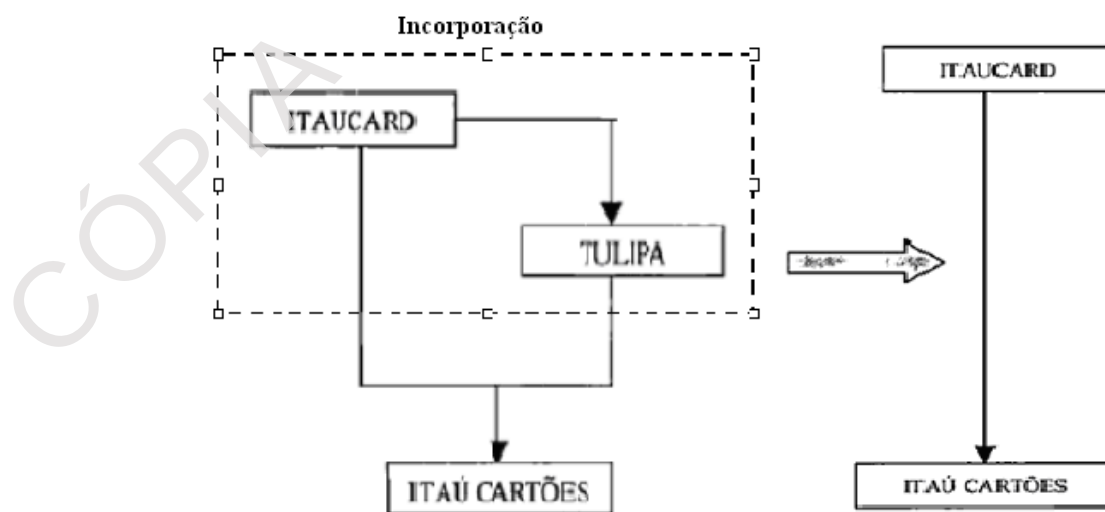
2.3.3 Análise das operações

A compreensão das operações societárias em 2006, que redundaram no aproveitamento fiscal do ágio, deve se dar sob algumas premissas.

A primeira premissa é que existe ágio efetivamente pago, decorrente de transação entre parte independentes, como admitido pela autoridade fiscal.

A segunda é que o direito ao aproveitamento do ágio existe de forma incontroversa em momento anterior dentro do grupo econômico.

No caso, o Grupo Itaú poderia ter se aproveitado do ágio mediante a incorporação direta da Tulipa pela Itaucard, como demonstra o gráfico abaixo:



Nesse caso, as amortizações se dariam na Itaucard. Contudo, o grupo econômico decidiu “descer” o ágio com o uso de empresa veículo, permitindo seu aproveitamento no Itaú Cartões.

A terceira premissa é que a conferência de capital com ações contabilizadas com ágio, pelo valor contábil, corresponde à transferência do mesmo ágio para a empresa que recebeu o aumento de capital.

Assim, devo discordar da afirmação da autoridade fiscal de que a simples conferência de capital sempre resulta em um ágio diverso do anteriormente existente.

Caso exista um propósito negocial válido, é plenamente aceitável que o grupo econômico “transfira” o ágio para uma de suas controladas.

Esta Turma de Julgamento já analisou situação onde a investidora, detentora do ágio, não podia, por disposições contratuais e legais, incorporar a investida e amortizar o ágio. Por isso, criou empresa veículo e nela conferiu as ações da investida, realizando posterior incorporação reversa da empresa veículo pela investida e nela amortizando o ágio. Tal situação, muito comum no contexto das privatizações do final da década de 1990, foi admitida como válida, pois ficou comprovado que o aproveitamento do ágio poderia se dar mesmo sem as operações societárias, e que somente não se utilizou a incorporação direta por vedações legais e contratuais.

Trata-se do Acórdão nº 1102-000.873, julgado na sessão de 11 de junho de 2013, tendo como redator do voto vencedor o Conselheiro Antonio Carlos Guidoni Filho, que possui a seguinte ementa na parte de interesse à discussão:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PRIVATIZAÇÃO. TELECOMUNICAÇÕES.

É legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio pago no âmbito de leilão de privatização de empresas de telecomunicações. A circunstância de a reorganização societária de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº. 9.532/97 ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei. Precedentes dessa Corte Administrativa.

Recentemente, esta Turma proferiu outro voto nesse sentido, no Acórdão nº 1102-000.982, julgado na sessão de 4 de dezembro de 2013, com voto vencedor de minha autoria, em acórdão que restou assim ementado, na parte de interesse à discussão:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO.

Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago.

A circunstância de a reorganização societária de que tratam os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei.

O segundo laudo de 2006 não comprova, como pretende a acusação, tratar-se de um ágio diverso, pois os fundamentos dos dois são o mesmo: o sobrepreço pago em virtude do investimento da Credicard/Itaú Cartões possuído pela Tulipa.

Desse modo, desfaz-se outro fundamento da autuação: o que alegava diferença entre os ágios de 2004 e 2006. Trata-se do mesmo valor, transferido pela conferência de capital do investimento adquirido com ágio.

E a quarta premissa é que esse tipo de reorganização deve se dar em um contexto de propósitos negociais concretos, evitando-se situações onde se desenhe operações fictícias com o objetivo de obter vantagens tributárias a que o contribuinte não faça jus.

Em suas razões finais, o recorrente afirma que o propósito dessas operações societárias foi o de manter segregada a base de cartões de crédito oriunda da Credicard por certo tempo, para maximizar a precisão da avaliação de sua performance. Daí os 50% do acervo da Credicard terem sido vertidos ao Itaú Cartões (inclusive a parte do acervo pertinente ao investimento direto da Itaucard na Credicard).

Isso estaria evidenciado nas cartas enviadas ao Banco Central do Brasil - BACEN de 17/8/2005 e 6/1/2006 (fls. 1.282 a 1.285).

De fato, nesses documentos, informa-se ao BACEN que os cartões de crédito da Credicard estavam separados em bases distintas: uma de propriedade do Itaú e outra do Citigroup. E que o Itaú resolveu manter segregada sua base no Itaú Cartões (anteriormente Itaú

BI, até então inativo) com o objetivo de maximizar a precisão da performance dos cartões que viriam com a Credicard.

Assim, parece-me demonstrada a necessidade de simplificação societária, com incorporação da Tulipa, que não servia mais a nenhum propósito, já que todas as ações do Itaú Cartões já eram do Grupo Itaú, e também a motivação para se manter a base de cartões no Itaú Cartões.

E, diante dessa configuração societária, nada mais natural que o grupo econômico buscasse realizar o negócio de forma a obter a melhor configuração para usufruir do benefício tributário, que, no seu entender, era reduzir os tributos na empresa operacional.

Para os puristas que defendem que isso não seria possível, tratando-se de abuso de direito, retruco com a hipótese da Itaucard ter incorporado a Tulipa, e depois ter feito a cisão parcial apenas do ágio para o Itaú Cartões ou para terceira empresa do grupo.

Nesse caso, os formalistas certamente admitiriam o planejamento em que primeiro se torna o ágio dedutível por incorporação direta e depois o transfere para outra empresa por cisão, alegando ter sido feito nos termos da legislação, apesar de chegar ao mesmo resultado das operações agora refutadas.

Ora, se é necessário frear os planejamentos que criem benefícios fiscais aos quais o contribuinte não faça jus, não se deve permitir que um formalismo exacerbado impeça o uso de direito legitimamente adquirido.

O que importa para se garantir o direito à dedução fiscal do ágio em outra empresa do grupo é o atendimento dos requisitos aqui discutidos: (i) tratar-se de ágio pago, decorrente de transação entre parte independentes; (ii) o direito à amortização poder se dar por incorporação direta em outra parte da estrutura societária; (iii) existir propósito negocial.

Assim, afasto o último fundamento da autuação, que afirmava que o ágio de 2006 tinha sido criado artificialmente entre empresas do mesmo grupo, tratando-se de “ágio interno”.

2.4. Impossibilidade de aproveitamento do ágio amortizado contabilmente

Mesmo se admitindo a validade das operações que permitiram o aproveitamento do ágio pelo Itaú Cartões, não se pode permitir que a dedução se dê em sua integralidade.

Partindo-se da premissa de que o ágio de 2004 é o mesmo de 2006, e que apenas foi “baixado” dentro do grupo por meio de conferência de capital do investimento que gerou o sobrepreço, deve-se entender que ele foi transferido com todos os seus atributos.

Assim, não é possível se admitir as operações societárias na parte em que “recriaram” o ágio de 2004 em sua integralidade, nele reincluindo a parcela já amortizada contabilmente pela Itaucard.

Recorde-se que, antes da conferência de capital, a Itaucard já havia amortizado contabilmente o ágio pago em 2004 no valor de R\$ 132.148.674,46 (fl. 433). E que, como se conclui na seção 1, o ágio já amortizado e contabilizado no LALUR não pode mais ser aproveitado, por falta de previsão legal.

Ademais, não se pode esquecer que o ágio já amortizado contabilmente teve efeitos fiscais ao compor o custo de aquisição quando a Itaucard subscreveu o capital da Finaustria com o investimento da Tulipa, e assim evitando a ocorrência de ganho de capital tributável.

Dessa forma, deve-se excluir do ágio amortizável a parcela de R\$ 132.148.674,46.

Conforme informações do fiscalizado (fl. 62), a Finaustria, antes de transferir o ágio de R\$ 720.810.951,18 para o Itaú Cartões, amortizou o valor de R\$ 24.027.031,71. Assim, o ágio efetivamente transferido foi de R\$ 696.783.919,47, que passou a ser amortizado em 60 meses em parcelas de R\$ 11.613.065,32.

Assim, excluindo-se também a parcela de R\$ 132.148.674,46, chega-se a um ágio passível de amortização de R\$ 564.635.245,01, em 60 parcelas mensais de R\$ 9.410.587,42.

Dessa forma, deve-se dar provimento ao recurso para reduzir a glosa de amortização mensal de R\$ 11.613.065,32 para R\$ 2.202.477,90 (R\$ 11.613.065,32 - R\$ 9.410.587,42), o que resulta na redução das infrações de IRPJ (fl. 714) e CSLL (fl. 729) como demonstrado no quadro abaixo:

P.A.	Fato Gerador	Despesa Glosada	Mantido pelo Julgamento
1/2007 a 07/2007 (Itaú Cartões)	31/7/2007	81.291.457,24	15.417.345,30
08/07 a 12/2007 (Itaucard)	31/12/2007	58.065.326,60	11.012.389,50
01/2008 a 12/2008 (Itaucard)	31/12/2008	139.356.783,84	26.429.734,80

As compensações de prejuízos e bases negativas efetuadas de ofício devem ser reconstituídas pela autoridade que executar o acórdão com base nos novos valores.

3. MULTAS ISOLADAS

Em decorrência das glosas de deduções, foram lançadas multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas de IRPJ e CSLL, em função do recálculo das estimativas mensais que foram reduzidas com base em balancetes de suspensão ou redução onde as despesas de amortização de ágio foram deduzidas.

A defesa alega que essas multas devem ser canceladas, pois as estimativas não são mais devidas após o encerramento do exercício, e pela impossibilidade de concomitância com a multa de 75%.

Isso porque a imposição dessas penalidades é consequência direta da lei, que não pode ter sua aplicação afastada pelos membros do CARF, sob pena de se estar, por vias transversas, declarando a inconstitucionalidade do ato legal, afrontando diretamente o conteúdo da Súmula CARF nº 2 e do art. 62 do anexo II do Regimento Interno do CARF.

As multas aplicadas estão previstas no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a redação da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007:

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

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

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

(...)

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

(...)

Isto é, a multa de ofício isolada de 50% incide sobre a estimativa não paga e convive com a penalidade de 75% sobre o tributo não pago, exigida em conjunto com este.

Um dos fundamentos da defesa é a impossibilidade de cobrança concomitante das multas de ofício e isolada, por incidirem sobre a mesma base de cálculo.

Entretanto, se esse argumento possui algum sentido nas fiscalizações das pessoas físicas, onde o mesmo rendimento é usado no cálculo do imposto devido e do carnê-leão, ele não se aplica ao imposto de renda das pessoas jurídicas calculado na modalidade do lucro real.

Isso porque as bases de cálculo das estimativas mensais e do tributo devido no final do exercício são **absolutamente diversas**.

Enquanto as estimativas mensais são calculadas pela aplicação de um percentual sobre a receita bruta mensal, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.430, de 1996, o imposto devido no final do exercício é calculado sobre o lucro real, que consiste no lucro líquido do período de apuração ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária, nos termos do art. 6º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

Mesmo nos casos em que se tributam receitas omitidas, apesar dos mesmos valores entrarem no cômputo das receitas brutas mensais e do lucro real do exercício, em nenhuma hipótese estar-se-á tributando a mesma base de cálculo.

Além disso, não encontro no ordenamento qualquer vedação à utilização da mesma base de cálculo para multas diversas.

No âmbito do Direito Tributário, existe a vedação constitucional de a União criar, no uso de sua competência residual, impostos com a mesma base de cálculo de outros impostos discriminados na Constituição (art. 154, inciso I), e de as taxas terem base de cálculo própria de impostos (art. 145, §2º). E só.

No âmbito do Direito Penal, o princípio do *ne bis in idem* proíbe que alguém seja punido duas vezes pelo mesmo fato. No caso, como se verá mais abaixo, as condutas apenadas são totalmente diferentes, e por isso merecem reprimendas diversas, que podem ser calculadas sob a mesma base de cálculo (mas que, como já dito, não é a situação que se analisa).

Outro argumento que usualmente se utiliza para afastar a imposição concomitante de multas é o da aplicação do **princípio penal da consunção**, pois o não recolhimento da estimativa mensal poderia ser visto como etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano, consistindo em simples meio de execução do resultado final.

Entretanto, há que se admitir que a conduta que enseja a aplicação da multa isolada - a falta de recolhimento das antecipações mensais com base na receita bruta - é totalmente diversa e independente daquela que resulta na multa de ofício sobre o imposto devido - a falta de recolhimento do imposto calculado a partir do lucro líquido contábil ajustado no final do exercício.

Ora, tenho imensa dificuldade em entender como a falta de execução de uma tarefa - o não recolhimento de estimativas - pode ser visto como **meio de execução** ou **ato preparatório** de outro ilícito decorrente de inação - o não pagamento do tributo devido. Não é necessário deixar de antecipar o tributo para não recolhê-lo na ocasião em que se torna definitivo. Tais atividades são absolutamente independentes, sem qualquer relação de causa e efeito.

Na verdade, as duas condutas são exigidas pelo ordenamento, que prevê sanções diversas pelo seu não cumprimento. Não existe a possibilidade de diferenciar a gravidade entre as infrações, conceito ínsito ao princípio da consunção. A não punição pela falta de antecipação do imposto enfraquece todo o ordenamento, transformando a obrigação legal em mera opção do contribuinte.

O outro fundamento da defesa afirma não ser a estimativa devida após o encerramento do exercício.

Essa interpretação se escorava na antiga redação da lei, que determinava que a multa fosse calculada sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição, afirmando que as estimativas não tinham a natureza de tributo, que somente existiria no final do exercício, mas de simples antecipação.

Discordo do argumento. O art. 2º da Lei nº 9.430, de 1996, define a estimativa como imposto, que é uma das espécies de tributo, e a ela se aplica, na íntegra, o conceito de tributo do art. 3º do Código Tributário Nacional - prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

O fato de a legislação facultar a redução ou o não recolhimento das estimativas com base em balanços ou balancetes mensais não desnatura sua natureza de prestação compulsória, trazendo apenas hipótese onde é possível suspender ou reduzir sua incidência. Isto é, comprovado que o valor já recolhido excede o imposto a ser pago no mês, a lei afasta a incidência compulsória da norma, ou reduz o seu alcance até o limite do tributo devido.

O raciocínio empregado consiste em verdadeira petição de princípio, utilizando-se a conclusão como premissa: a estimativa não é compulsória o que comprova que não possui natureza de tributo, que é compulsório.

Ora, tanto as estimativas são compulsórias que existe punição específica pelo seu não recolhimento, mesmo se o principal já tiver sido absorvido pelo imposto devido do exercício.

Confirmam a natureza tributária das estimativas a sua cobrança por meio de auto de infração no decorrer do exercício, e sua restituição ou compensação como tributo (Súmula CARF nº 84).

Além disso, esse entendimento violava diretamente o conteúdo da lei, que era explícito em aplicar a penalidade ainda que se tivesse apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente. A explicação de que essa parte da norma somente se aplicaria se a fiscalização se desse no mesmo ano-calendário em que se apuram os lucros fere a lógica, pois, tratando-se de lucro real anual, o prejuízo e a base de cálculo negativa só são apurados no último dia do ano.

De qualquer modo, com a nova redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, essa interpretação não pode prosperar, pois a base de cálculo da multa por falta de recolhimento da estimativa deixou de ser “a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição”, passando a ser “o valor do pagamento mensal”.

O que se observa é que as diversas interpretações que afastavam a aplicação da multa isolada sobre estimativas se escoravam na idéia de que seu valor era desproporcional à gravidade da infração, pois a base de cálculo era mal calibrada.

Contudo, esse argumento não serve ao intérprete, que não pode escolher deixar de aplicar as leis que lhe desagradam, mas deve nortear o legislador na confecção da norma.

Veja-se que o legislador teve a oportunidade de alterar a sistemática de penalidades por falta de recolhimento das estimativas, por ocasião da edição da Lei nº 11.488, de 2007, mas manteve, em essência, o mesmo procedimento. As modificações efetuadas se deram como resposta às críticas recebidas, diferenciando-se as alíquotas e se alterando a redação para bem distinguir as bases de cálculo. Mas a essência da tributação restou inalterada.

Assim, deve-se respeitar a opção expressa do legislador, afastando-se interpretações que, na prática, esvaziam o conteúdo de norma cogente, negando vigência à lei federal.

Contudo, apesar de legítima a imposição de multas isoladas, deve-se dar provimento parcial apenas para reduzir as penalidades por conta da admissão das despesas de ágio na seção 2.4.

No caso, as multas apuradas no Termo de Verificação Fiscal nas fls. 707 e 708 devem ser recalculadas com a redução da infração do valor de R\$ 11.613.065,32 para R\$ 2.202.477,90.

4. JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

O recorrente alega ainda que é indevida a imposição de juros de mora sobre a multa de ofício lançada, e não paga no vencimento, por ausência de previsão legal.

Argumenta que tal exigência carece de base legal, pois o artigo 61 da Lei nº 9.430, de 1996, é claro ao restringir a incidência dos juros de mora apenas sobre o principal lançado.

Além disso, o §1º do art. 161 do CTN dispõe que o crédito tributário eventualmente existente, não integralmente pago no vencimento, será acrescido de juros de mora. Todavia, ao referir-se ao “crédito tributário” o diploma legal não se refere à multa de ofício, mas apenas ao principal cobrado.

Discordo dos argumentos.

A incidência de juros de mora sobre o crédito não pago no vencimento decorre do art. 161 do CTN, abaixo transcrito:

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.

(...)

O crédito a que se refere o artigo é, sem dúvida, o crédito tributário, que, nos termos do art. 139 do Código, decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta. Por sua vez, o art. 113, §1º, do CTN, determina que a obrigação principal tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Assim, por evidente, o crédito tributário envolve tanto o tributo quanto a penalidade pecuniária.

A base legal indicada para os juros de mora é o art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996, abaixo transcrito:

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 de pagamento.

Ora, a incidência dos juros de mora se dá sobre débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições, o que inclui a multa de ofício acessória, e não apenas sobre os tributos e as contribuições. Não há outra exegese a ser extraída do adjetivo “decorrentes”.

Outros dispositivos legais confirmam que essa é a interpretação mais adequada. Veja-se o constante no art. 43 da Lei nº 9.430, de 1996:

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.

Assim, a lei permitiu a formalização de crédito tributário exclusivamente de multa, admitindo ainda a incidência de juros sobre ela, o que demonstra que é essa a lógica do sistema.

Ademais, a Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, incluiu o § 8º no art. 84 da Lei nº 8.981, de 1995, dispondo que os juros de mora se aplicam aos demais créditos da Fazenda Nacional, cuja inscrição e cobrança como Dívida Ativa da União seja de competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, o que obviamente inclui as multas de ofício aplicadas.

Desta forma, interpretando-se de forma sistemática o ordenamento, não restam dúvidas de que os juros de mora devem incidir sobre o tributo e a multa de ofício, não sendo lícito que qualquer possível impropriedade na redação de um dispositivo de forma isolada altere essa conclusão.

É esse o entendimento predominante da 1ª Turma da CSRF, como demonstram as ementas abaixo transcritas:

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.

(Acórdão nº 9101-01.191, sessão de 17 de outubro de 2011, redator do voto vencedor Conselheiro Claudemir Rodrigues Malaquias)

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO

No lançamento de ofício, o valor originário do crédito tributário compreende o valor do tributo e da multa por lançamento de ofício. Sobre a multa por lançamento de ofício não paga no vencimento incidem juros de mora. Em se tratando de débitos relacionados com tributos cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31/12/1994, sobre a multa por lançamento de ofício incidem, a partir de 1º de janeiro de 1997, juros de mora calculados segundo a taxa Selic, ex vi dos arts. 29 e 30, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002.

(Acórdão nº 9101-01.191, sessão de 15 de maio de 2012, relator Conselheiro Valmir Sandri)

Assunto: Juros de mora sobre multa de ofício.

*A melhor exegese da remissão feita pelo **caput** do art. 30 aos débitos referidos no art. 29, ambos da Lei nº 10.522/02, leva à conclusão que alcança todos os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, inclusive os relativos à multa de ofício.*

(Acórdão nº 9101-001.337, sessão de 14 de agosto de 2012, relator Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior)

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso para reduzir a glosa mensal de amortização de ágio de R\$ 11.613.065,32 para R\$ 2.202.477,90, o que resulta na redução dos lançamentos de IRPJ, CSLL e respectivas multas isoladas como especificado no final das seções 2.4 e 3 do voto.

(assinado digitalmente)
José Evande Carvalho Araujo

Voto Vencedor

Conselheiro Ricardo Marozzi Gregorio

Na sessão de julgamento deste processo, usei divergir do posicionamento do Ilustre Relator no tocante à concomitância das multas, entendimento que prevaleceu pela maioria dos votos da Turma.

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

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

A MULTA ISOLADA POR NÃO RECOLHIMENTO DAS ANTECIPAÇÕES

A multa isolada, aplicada por ausência de recolhimento de antecipações, é regulada pelo artigo 44, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 9.430/96, *verbis*³:

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

(...)

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

(...)

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

³ Redação Original:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. "É firme o entendimento deste Tribunal no sentido de que o regime de antecipação mensal é opção do contribuinte, que pode apurar o lucro real, base de cálculo do IRPJ e da CSSL, por estimativa, e antecipar o pagamento dos tributos, segundo a faculdade prevista no art. 2º da Lei n. 9430/96" (AgRg no REsp 694278RJ, relator Ministro Humberto Martins, DJ de 3/8/2006).

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

3. Recurso especial improvido."

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

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

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

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

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

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

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

Nada obstante, modifiquei meu entendimento, mormente por concluir que trata-se, em verdade, de multa pelo não pagamento do tributo que deve ser antecipado. Ainda que tenha o contribuinte declarado e recolhido o montante devido de IRPJ e CSLL ao final do exercício, fato é que caberá multa isolada quando o contribuinte não efetua a antecipação deste tributo. Tanto assim que, até a alteração promovida pela Lei nº 11.488/07, o *caput* do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, previa que o cálculo das multas ali estabelecidas seria realizado “sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

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

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

(i) Antes da apuração do tributo devido no balanço do final do ano-calendário, quando a base para a imposição da multa observará um dos seguintes critérios: (i.1) o valor correspondente às antecipações não pagas calculadas a partir da margem setorial (o percentual definido em lei) da receita bruta acumulada; ou (i.2) o valor correspondente às antecipações não pagas calculadas a partir do balanço de redução ou suspensão (neste último caso, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL).

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

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

CONCOMITÂNCIA DA MULTA ISOLADA E DA MULTA DE OFÍCIO

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

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

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

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

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

Neste ponto vale destacar outro trecho do bem elaborado voto proferido pelo Conselheiro Marcos Vinícius Neder de Lima, em julgamento já referido, realizado

nesta mesma Turma, a respeito da matéria ora sob análise, tratando do princípio da consunção da conduta-meio pela conduta-fim, *verbis*:

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

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

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

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

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

Destarte, há concomitância se multas isolada e proporcional forem aplicadas como consequência da não antecipação de parcela do tributo devido que também não foi paga no ajuste. Isso ocorre, por exemplo, quando se verifica uma omissão de receita. A receita excluída no cálculo da estimativa é uma etapa preparatória do não pagamento do tributo devido no balanço final do mesmo ano-calendário. O mesmo fenômeno ocorre quando se efetua uma glosa de despesa que havia sido incluída no cálculo da estimativa apurada em balanço de suspensão ou redução. O impacto que a não antecipação causa na apuração do tributo devido é devidamente penalizado pela multa proporcional.

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

Foram essas as razões porque a Turma Julgadora, por maioria de votos, entendeu por cancelar as multas isoladas por falta de recolhimento das estimativas.

(assinado digitalmente)
Ricardo Marozzi Gregorio