



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

Processo nº 16327.720977/2012-46
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-002.432 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de maio de 2017
Matéria OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS
Recorrente BRAM-BRADESCO ASSET MANAGEMENT S.A. DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

DECADÊNCIA. ART. 173 DO CTN. FATO EXTINTIVO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

A decadência prevista no art. 173 do CTN é fato extintivo do direito de constituir crédito tributário mediante lançamento, não se podendo cogitar de decadência enquanto não se materializar o fato gerador da obrigação tributária.

ÁGIO. CARTEIRA DE CLIENTES, FUNDOS E CONTRATOS. FUNDAMENTO ECONÔMICO. FUNDO DE COMÉRCIO, INTANGÍVEIS E OUTRAS RAZÕES ECONÔMICAS. INDEDUTIBILIDADE.

É indedutível para fins do IRPJ o ágio que tenha como fundamento econômico a carteira de clientes, bem como fundos e contratos administrados pela empresa adquirida, pois, de acordo com a classificação legal, essa situação não se caracteriza como rentabilidade futura, mas se enquadra como fundo de comércio, intangíveis ou outras razões econômicas.

DESMUTUALIZAÇÃO. ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS. CISÃO. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO. INCIDÊNCIA DE IRPJ.

A cisão de entidade sem fins lucrativos que implique a transferência de seu patrimônio para entidade empresarial, com a conseqüente modificação de títulos patrimoniais em ações ou quotas de capital, dá ensejo à incidência de IRPJ sobre a diferença de valor do título patrimonial e das ações ou quotas.

MULTA VINCULADA AO TRIBUTO. MULTA ISOLADA. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

A multa isolada é cabível especificamente nos casos em que o contribuinte não realizou os recolhimentos calculados por estimativa, não se aplicando à

hipótese de omissão de receita, para a qual existe multa específica, que não pode ser cumulada com a multa isolada.

JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA SOBRE MULTA. CABIMENTO.

Os juros moratórios incidem sobre a totalidade da obrigação tributária principal, nela compreendida, além do próprio tributo, a multa.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. DISCIPLINA LEGAL LANÇAMENTO REFLEXO. INAPLICABILIDADE À CSLL.

Não se aplica de forma reflexa o lançamento à CSLL, ante a ausência de previsão de adição das despesas com a amortização do ágio na base de cálculo da CSLL, sob pena de ferir o princípio da legalidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para afastar a incidência de CSLL na infração de ágio e a exigência de multas isoladas, vencidos os Conselheiros Flávio Franco Corrêa e Milene de Araújo Macedo, que negavam provimento integralmente, e o Conselheiro Roberto Silva Junior, que dava provimento em menor extensão. Os Conselheiros Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro e Amélia Wakako Morishita Yamamoto votaram pelo provimento integral; o Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza votou pelo provimento parcial em maior extensão. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro.

(assinado digitalmente)
Waldir Veiga Rocha - Presidente

(assinado digitalmente)
Roberto Silva Junior - Relator

(assinado digitalmente)
Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Waldir Veiga Rocha, Flávio Franco Correa, José Eduardo Dornelas Souza, Roberto Silva Junior, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Milene de Araújo Macedo e Amélia Wakako Morishita Yamamoto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por BRAM-BRADESCO ASSET MANAGEMENT S.A. DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS, pessoa jurídica já qualificada nos autos, contra o Acórdão nº 11-43.476 (fls. 1.892 a 1.916) da 3ª Turma da DRJ - Recife, que negou provimento à impugnação na qual a recorrente questionava os autos de infração de IRPJ e de CSLL contra si lavrados.

Três foram as infrações apuradas no lançamento:

- a) deduções indevidas de quotas de amortização de ágio na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL;
- b) omissão de ganhos auferidos em devolução de patrimônio decorrente do processo de desmutualização do CETIP; e
- c) falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ e de CSLL, infração que deu ensejo à aplicação de multas isoladas.

Em relação à glosa das contrapartidas de amortização de ágio, a autoridade fiscal apontou dois fatos distintos e autônomos para motivar o lançamento. O primeiro se refere ao fundamento econômico do ágio, que, a juízo da autoridade lançadora, não seria a "*expectativa de rentabilidade futura*", mas o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. Esse entendimento sobressai da leitura do Termo de Verificação (fls. 1.520 a 1.552), de onde se extrai o seguinte enunciado:

a) O **fundamento** do pagamento do **sobreprego (ágio)** na compra do DBI foi a existência de **fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas**, consubstanciados na sua **carteira de clientes**, e em suas **carteiras e fundos administrados**, além dos **contratos existentes**; (g.n.) (fl. 1.534)

O segundo motivo para glosarem-se as deduções com ágio é o emprego de "*empresa veículo*" e a existência de operações de incorporação de empresas sem *propósito negocial*. Sobre esse ponto, assim se manifestou a autoridade lançadora:

Ainda que não se permita o enquadramento do fundamento do ágio em tela como tendo origem em rentabilidade futura, maculando-se portanto de vício, qualquer tentativa futura de proceder a sua amortização, devemos ainda tecer considerações sobre o **processo utilizado pelo contribuinte na aquisição do DBI através da utilização da empresa Alvorada Participações**. (g.n.)

Uma vez que este processo demonstra claramente que **não havia propósito negocial na utilização desta empresa, a qual era inativa, nunca chegou efetivamente a receber a clientela e fundos do DBI e ainda foi, em ato imediatamente posterior, extinta, demonstrando, portanto, a sua utilização como mero veículo para transferência do ágio para a BRAM**. (g.n.) (fl. 1.543)

As operações que redundaram no ágio, posteriormente amortizado e deduzido das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, podem ser assim resumidas:

Em fevereiro de 2002 foi firmado um contrato de compra e venda de ações e outras avenças, pelo qual Alvorada Participações Ltda., empresa do grupo Bradesco, adquiriu as ações do Deutsche Bank Investimentos Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários (DBI).

O grupo Bradesco optou por fazer a aquisição do Deutsche Bank Investimentos (DBI) por intermédio de Alvorada Participações, a qual, para esse fim específico, foi capitalizada pelo Bradesco. O preço de aquisição foi de R\$ 33.647.910,03, dos quais R\$ 30.587.345,03 excediam ao valor patrimonial da empresa adquirida e, por isso, foram registrados contabilmente como ágio.

Adquirida a totalidade das ações do Deutsche Bank Investimentos (DBI), a denominação foi alterada para Alvorada Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A. - DTVM.

Posteriormente a Alvorada Participações incorporou a Alvorada Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A. - DTVM (antigo Deutsche Bank Investimentos).

Depois disso, a Alvorada Participações foi incorporada por Bram-Bradesco Asset Management Ltda., que, por sua vez, veio a ser incorporada por BES-Boavista Espírito Santo Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A.

A BES-Boavista Espírito Santo Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A alterou a denominação, que passou a ser **BRAM-BRADESCO ASSET MANAGEMENT S.A. DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS**, que é a recorrente.

Entendeu a Fiscalização que tais operações eram desprovidas de propósito negocial e que Alvorada Participações Ltda. fora criada apenas para viabilizar a transferência do ágio gerado na operação de compra do Deutsche Bank Investimentos (DBI), tendo em vista que Alvorada Participações jamais realizou qualquer operação e tampouco recebeu os ativos do DBI, que foram diretamente transferidos para a Bram-Bradesco.

No que concerne à segunda infração, o ganho decorrente da devolução de patrimônio, assim se manifestou a Fiscalização no termo de verificação:

Em 29.05.2008, foi aprovada em Assembléia Geral Extraordinária a desmutualização da CETIP e como consequência de um processo de reestruturação, houve uma série de alterações na estrutura societária da CETIP - Associação, denominada desmutualização, que por meio de cisão parcial, entre outras alterações, transformou a CETIP - Associação (associação sem fins lucrativos) em CETIP S/A - Balcão Organizado de Ativos e Derivativos (sociedade com finalidade lucrativa), que recebeu 99,84% do patrimônio cindido. De acordo com o Instrumento de Protocolo e Justificativa de Operação de Cisão Parcial da CETIP, as decisões só produziram efeitos a partir de 1º de julho de 2008.

Observando-se que quando foi feito o Protocolo acima citado, em 14/04/2008, tomou-se por base o Balanço levantado em 31/03/2008, no qual foi apurado o valor da cisão como sendo de R\$ 201.698.400,00 que, dividido pela quantidade de títulos emitidos (496) dá o valor da devolução do título R\$ 406.650,00. (fl. 1.547)

(...)

Portanto, o entendimento da Receita Federal do Brasil é de que, no processo de desmutualização, houve a devolução do patrimônio da CETIP - Associação para seus associados, na forma de ações da CETIP S/A.

Deste modo, impõe-se revisar o lançamento do imposto de renda e contribuição social sobre o lucro líquido efetuado pelo contribuinte para recalcular a base tributável. O valor a ser tributado é, portanto, o representado pela diferença entre o valor recebido pela BRAM, na forma de ações da CETIP S/A, e o valor por ela entregue para a formação do patrimônio da CETIP - Associação (custo de aquisição dos títulos), ou seja, a valorização dos títulos patrimoniais ocorrida ao longo do tempo. Sendo assim, o ganho apurado com a desmutualização da CETIP perfaz a diferença entre R\$ 446.474,58 (valor das ações recebidas) e R\$11.500,41 (custo de aquisição do título CETIP), R\$ 434.974,17. O qual não foi oferecido à tributação e deverá ser adicionado ao Lucro real. (grifo do original) (fl. 1.548)

No cálculo do crédito tributário relativo ao ganho oriundo da desmutualização da CETIP, a Fiscalização entendeu inaplicável a Portaria MF nº 785/1977, porque o referido ato administrativo cuida do evento "*constituição de reserva com acréscimos no valor nominal dos títulos*", que não se confunde com o evento objeto de lançamento, ou seja, a "*devolução do patrimônio das bolsas às suas associadas*", alcançado pelo artigo 17 da Lei nº 9.532/1997.

A contribuinte se insurgiu contra o lançamento, apresentando impugnação, à qual a DRJ - REC negou provimento, em acórdão cuja ementa foi assim redigida:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

ANO-CALENDÁRIO: 2007, 2008, 2009, 2010

ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. DESMUTUALIZAÇÃO. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES EM NOVA EMPRESA. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO.

Sujeita-se à incidência do IRPJ a diferença entre o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta, por pessoa jurídica, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houverem sido entregues para formação desse mesmo patrimônio. A subscrição de ações em nova empresa não caracteriza mera transformação de títulos em ações.

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. FUNDAMENTO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. COMPROVAÇÃO.

A dedução de despesas de amortização de ágio, nos termos do art. 386, III, do RIR, de 1999, não prescinde da comprovação de que o ágio teve por fundamento a expectativa de rentabilidade da coligada ou controlada com base em previsão de resultados de exercícios futuros.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

ANO-CALENDÁRIO: 2007, 2008, 2009, 2010

ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. DESMUTUALIZAÇÃO. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES EM NOVA EMPRESA. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO.

Sujeita-se à incidência da CSLL a diferença entre o valor dos bens e direitos recebido de instituição isenta, por pessoa jurídica, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver

sido entregue para a formação desse mesmo patrimônio. A subscrição de ações em nova empresa não caracteriza mera transformação de títulos em ações.

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. FUNDAMENTO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. COMPROVAÇÃO.

A dedução de despesas de amortização de ágio, nos termos do art. 386, III, do RIR, de 1999, não prescinde da comprovação de que o ágio teve por fundamento a expectativa de rentabilidade da coligada ou controlada com base em previsão de resultados de exercícios futuros.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

ANO-CALENDÁRIO: 2007, 2008, 2009, 2010

ABUSO DE DIREITO. ATO ILÍCITO. ESFERA TRIBUTÁRIA. INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO.

Caracterizado abuso de direito, os efeitos do negócio jurídico maculado pelo ato ilícito não são oponíveis na esfera tributária.

CSLL. IRPJ. APURAÇÃO. NORMAS.

Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ, inclusive as concernentes à apuração da Base de Cálculo.

MULTA ISOLADA. MULTA PROPORCIONAL. CONCOMITÂNCIA.

É cabível a aplicação da multa exigida em face do não recolhimento das estimativas mensais concomitantemente com a multa proporcional referente ao IRPJ devido e não pago ao final do período, haja vista as respectivas hipóteses de incidência cuidarem de situações distintas. A formalização do crédito relativo à multa isolada pode-se dar após o respectivo ano calendário, uma vez que inexistente impedimento legal nesse sentido.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Uma vez que os juros incidentes sobre a multa de ofício não compõem a lide, dado que cabíveis apenas quando da cobrança do crédito tributário, não compete a esta instância julgadora manifestar-se sobre o assunto.

Não resignada, a contribuinte interpôs recurso, pleiteando a desconstituição do crédito tributário, com base nas seguintes alegações de fato de direito:

Preliminarmente alegou a preclusão (ou decadência) do direito de o Fisco questionar a legalidade dos atos societários que deram origem ao ágio, bem como os respectivos registros contábeis, tendo em vista que tais atos e registros ocorreram em 2002.

Embora o ágio tenha sido amortizado nos anos-base de 2007 a 2010, o fato contábil-societário que deu origem a ele ocorrera no ano de 2002. Considerando que a ciência do auto de infração pela recorrente deu-se em 16/08/2012, concluiu ter transcorrido o prazo decadencial de cinco anos.

Ainda em caráter preliminar, alegou a recorrente que o acórdão da DRJ - REC aduziu novos fundamentos à autuação, ao afirmar que o lançamento se justifica, entre

outras razões, por “*abuso de direito*” nas operações relativas à aquisição do DBI. O termo de verificação fiscal, entretanto, não faz qualquer menção a esse vício.

Além disso, outro ponto em que se verifica inovação por parte da DRJ está na suposta desqualificação do laudo de avaliação econômico-financeira que embasou o ágio. O termo de verificação omite qualquer referência a esse fato.

Quanto à origem do ágio, disse a recorrente que Alvorada Participações Ltda. adquiriu as 2.080.000 ações ordinárias do DBI, representativas de 100% do capital social. No contrato de compra e venda, acordou-se que, em 01/03/2002, o DBI, na qualidade de administrador e gestor dos fundos e carteiras, transferiria e cederia ao Banco Bradesco S.A. ou à BRAM - Bradesco Asset Management Ltda. (“BRAM”) seus direitos e obrigações referentes à administração e gestão de fundos de investimentos, carteiras de investimentos e contratos.

O preço de aquisição do DBI foi determinado pela rentabilidade futura do investimento, conforme consta do documento denominado “*DBI Avaliação Econômico-Financeira por Fluxo de Caixa Descontado*”, elaborado pelo Banco Bradesco S.A., em novembro de 2001. No caso concreto, o que ocorreu foi a aquisição do controle acionário do DBI, e não uma aquisição de ativos.

Ressaltou que a escolha, dentre as empresas do grupo, daquela que seria utilizada para a aquisição do investimento é opção do contribuinte, dentro da liberdade de iniciativa e da autonomia da vontade.

A capitalização da Alvorada Participações Ltda., com o objetivo de adquirir as ações do DBI, e a transferência dos ativos para a BRAM, foi a fórmula encontrada pelo Grupo Bradesco para que a referida aquisição não provocasse impacto nas atividades correntes da BRAM. Além disso, era natural que a gestão e administração dos fundos e carteiras de investimento, então pertencentes ao DBI, fosse transferida à BRAM, empresa do Grupo Bradesco responsável pelas atividades de gestão de fundos e carteiras de investimento para os diversos segmentos do mercado.

Por isso, não cabe a alegação de que Alvorada Participações fosse mero *veículo*, sem propósito negocial, utilizado somente permitir a dedução do ágio.

Para fins tributários, o § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, posteriormente reproduzido pelo art. 385 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR, determina que o lançamento do ágio deve indicar um dos seguintes fundamentos econômicos:

- 1) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
- 2) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; ou
- 3) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

O dispositivo legal não estabelece ordem lógica, nem hierarquia entre os fundamentos econômicos. A escolha de um deles é decisão que cabe exclusivamente ao adquirente. Não compete ao Fisco estabelecer o fundamento econômico que dá suporte ao ágio.

No caso concreto, o ágio pago na aquisição do DBI não se deve a "intangíveis e fundo de comércio", mas aos resultados futuros que se esperava obter com o investimento. Não houve aquisição das carteiras, fundos de investimento e contratos do DBI de forma individualizada e independente.

Não se atribuiu, no momento da venda das ações do DBI, um valor econômico às carteiras, fundos ou contratos, individualmente considerados, mas tão somente se apurou, com base em laudo de avaliação, qual seria a lucratividade futura esperada daquele conjunto de bens, que faziam parte da empresa adquirida.

Não foi pago um preço que refletisse a soma dos preços individuais das carteiras, fundos e contratos; o pagamento do ágio não tem origem em fundo de comércio identificável e mensurável. Pagou-se um valor global, que espelhava a lucratividade que se esperava obter no futuro, em decorrência da exploração econômica daqueles ativos como um todo.

Disse ainda, baseado na doutrina do professor Eliseu Martins, que para calcular o valor de qualquer tipo de ativo, tangível ou intangível, é possível fazer uma projeção acerca da expectativa de rentabilidade. Ou seja, a expectativa de rentabilidade, que nada mais é que a determinação dos possíveis resultados futuros de um bem, pode ser usada para se obter o valor de qualquer ativo da empresa.

Segundo a doutrina comercial acerca do que é fundo de comércio, e os ensinamentos contábeis sobre o que é um ativo, parece claro que o art. 385 do RIR traz como possíveis fundamentos do ágio gerado na aquisição de empresa controlada ou coligada dois elementos componentes do ativo das empresas (ativos - tangíveis ou intangíveis - e fundo de comércio), ou um componente que serve à valoração desses ativos, a expectativa de rentabilidade futura.

Os incisos I e III do § 2º do art. 385 do RIR/99 trazem como fundamento para o ágio elementos do ativo da empresa adquirida, enquanto o inciso II (expectativa de rentabilidade) traz não um elemento do ativo, mas uma forma de valoração de todos esses elementos.

Ao separar os fundamentos do ágio em *a) elementos do ativo*, e *b) forma de valoração desses ativos*, pretendeu o legislador que, para justificar e conferir o correto tratamento ao ágio, pode ser importante analisar os ativos, ou pode ser importante analisar o fundamento que justificou a valoração da aquisição.

O Decreto-Lei nº 1.598/77, que introduziu o art. 385 do RIR, pretendeu conferir um tratamento específico a todo ágio cujo fundamento decorra de avaliação da empresa adquirida pelo método da expectativa de rentabilidade futura, não importando qual o elemento do ativo que justifica aquela expectativa.

Em todas as situações em que o contribuinte esteja efetuando uma aquisição com ágio fundado na expectativa de rentabilidade da empresa adquirida, há de se dar o tratamento conferido ao inciso II do § 2º, do art. 385 do RIR.

A expectativa de rentabilidade futura nada mais é que uma forma de mensurar o valor de um ativo. Não há como existir a expectativa de rentabilidade futura de

algo que não faça parte de um conjunto de bens de uma empresa ou que não seja a própria empresa.

Conclui a recorrente: sempre que uma aquisição com ágio estiver respaldada na expectativa de rentabilidade, há de se aplicar o tratamento conferido ao fundamento previsto no inciso II, § 2º do artigo 385 do RIR/1999, independentemente do elemento que sustente aquela expectativa.

O fundamento do ágio deve espelhar o real motivo que levou ao seu pagamento. Além disso, tratando-se de ato administrativo vinculado, como é o lançamento tributário, o agente administrativo está obrigado a agir de acordo com o que determina a lei, não podendo decidir segundo seu juízo de conveniência e oportunidade.

A Fiscalização, por outro lado, não provou que o ágio englobaria algum elemento correspondente ao fundo de comércio e intangíveis, e tampouco qual seria a parcela desse montante que comporia o total do preço de aquisição.

O Agente Fiscal não segregou os valores de "*fundo de comércio*" ou de "*intangíveis*" do montante classificado pela recorrente como expectativa de rentabilidade futura, nem desqualificou o laudo apresentado durante o procedimento de fiscalização.

A Fiscalização não se preocupou, como pretendeu o legislador, com a identificação dos elementos que compõem o fundo de comércio e os intangíveis da sociedade adquirida (DBI). Limitou-se apenas a dizer que a clientela, que os direitos de administração das carteiras e fundos, e que os contratos seriam as possíveis causas do ágio, sem identificar cada um desses elementos e, assim, valorá-los de forma individualizada.

O ágio foi fundamentado pela recorrente na expectativa de rentabilidade futura, e atribuído como um todo à empresa adquirida. Não se mensurou, com base na expectativa de rentabilidade futura, cada um dos bens que formariam o fundo de comércio e os intangíveis, identificando-os para, assim, atribuir-lhes um valor de forma individualizada.

Se isso não foi feito pela recorrente e pelos avaliadores contratados, não pode a Fiscalização afirmar que todo o valor do ágio, baseado na expectativa de rentabilidade, fosse atribuível ao fundo de comércio ou a alguns intangíveis, sem antes realizar análise acerca da identificação e mensuração dos bens que compõem o fundo de comércio e intangíveis.

A Fiscalização não desconstituiu a prova apresentada pelo Recorrente, para fundamentar a glosa da despesa realizada, o que seria imprescindível para a validade e lisura dos lançamentos ora combatidos.

A recorrente, por outro lado, contestou a alegação de falta de propósito comercial e de utilização de *empresa veículo*. Disse que mesmo sem utilização de *empresa veículo*, o resultado fiscal, quanto ao aproveitamento do ágio, teria sido o mesmo.

Havendo norma autorizadora que permita à pessoa jurídica realizar uma operação de determinada maneira, não se pode proibir que assim o faça, por razões de cunho exclusivamente arrecadatório, sob pena de afrontar a liberdade contratual, a liberdade de exercício da atividade econômica e a autonomia da vontade das partes contratantes.

Aduziu a recorrente que não foi apontado qualquer dispositivo legal para fundamentar a suposta necessidade de adição, da despesa com ágio, à base de cálculo da CSLL, o que macula a validade do lançamento, por ofensa ao princípio da legalidade.

Dentre os ajustes, que delimitam a base de cálculo da CSLL, nada se vê sobre a obrigatoriedade de adição de despesas de amortização do ágio na aquisição de investimentos. Assim, uma eventual despesa que tenha integrado o lucro líquido somente será considerada não dedutível da base de cálculo da CSLL se houver previsão expressa em lei, o que não ocorre no caso específico.

Portanto, mesmo que não se considere dedutível a amortização fiscal do ágio para fins de apuração do IRPJ, o lançamento, quanto à CSLL, não terá base legal.

Quanto à desmutualização da CETIP, disse a recorrente que, nos termos da Portaria MF nº 785/1977, a atualização dos títulos patrimoniais da CETIP Associação, que estavam registrados na conta *"reserva de atualização dos títulos patrimoniais"*, do grupo Reserva de Capital, situada no patrimônio líquido, estava sujeita ao método de equivalência patrimonial, previsto na Lei nº 6.404/1976. Os títulos eram avaliados com base na oscilação do patrimônio líquido da CETIP - Associação.

Ocorre que os membros da CETIP deliberaram, na Assembleia Geral Extraordinária (AGE), de 29 de maio de 2008, que suas atividades passariam a ser exercidas sob a forma de sociedade anônima. Em conformidade com esse propósito, fez-se a cisão parcial da CETIP - Associação e a subsequente incorporação da parcela cindida por outra sociedade, a CETIP S.A., que passou a realizar as atividades operacionais anteriormente desenvolvidas pela associação.

Em decorrência dessa reestruturação societária, os títulos patrimoniais da CETIP, que a recorrente detinha, foram transformados em ações da CETIP S.A., conforme deliberado na AGE, em operação denominada desmutualização.

Segundo o entendimento da autoridade fiscal, expresso no termo de verificação, a diferença entre o custo de aquisição do título e o seu montante atualizado, correspondente ao valor das ações nas quais os títulos foram transformados, representaria um ganho para a recorrente, já que a transformação dos títulos deveria ser tida como devolução do patrimônio investido na associação. Assim, de acordo com a manifestação da Receita Federal na Solução de Consulta nº 10/2007, a diferença entre o valor do título e o das ações deveria ser tributada nos termos do artigo 17 da Lei nº 9.532.

A recorrente, entretanto, afirma que na desmutualização da CETIP não houve devolução de patrimônio, mas simples troca de denominação do mesmo ativo. A transformação dos títulos em ações decorreu de operação societária de cisão parcial da associação civil e posterior incorporação da parte cindida por uma sociedade por ações; operação, segundo a recorrente, expressamente prevista no art. 2.033 do Código Civil de 2002.

Ressaltou que o art. 61 do Código Civil é inaplicável ao caso em exame, já que não houve aqui dissolução da associação, mas simples transformação em sociedade anônima. A suposta extinção não ocorreu de fato, nem de direito, pois nenhuma corretora ou distribuidora foi convocada para receber seus ativos de volta.

Após a alteração da estrutura societária da associação, a entidade continuou a existir e a operar, porém sob a forma de sociedade anônima e, em consequência, os títulos transformaram-se em ações.

A operação de desmutualização implicou mera mudança na denominação de um direito, pela qual um determinado bem (título) veio a ser transformado em outro de igual valor (ações). Concluiu a recorrente reiterando a tese de que inexistiu devolução de patrimônio.

Aduziu que o art. 17 da Lei nº 9.532 seria inaplicável ao caso, pois não existiria disponibilidade passível de tributação. Não se poderia cogitar de fato gerador do IRPJ e da CSLL em 31/07/2008, já que a atualização do título patrimonial não era tributável, por força da Portaria MF nº 785/1977.

Segundo o ato normativo do Ministro da Fazenda, as atualizações dos títulos, quando positivas, não estariam sujeitas à tributação pelo IRPJ. Confira-se:

"O acréscimo do valor nominal dos títulos patrimoniais das Bolsas de Valores, em decorrência de alteração do seu patrimônio social, não constitui receita nem ganho de capital das sociedades corretoras associadas e, por isso, pode ser excluído do lucro real destas desde que não seja distribuído e constitua reserva para oportuna e compulsória incorporação ao capital."

Não se pode falar em realização de qualquer ganho por parte da recorrente, uma vez que inexistiu pagamento em dinheiro por ocasião da desmutualização. Foram recebidas ações de valor total idêntico ao do título, que já estava contabilizado na conta *títulos patrimoniais*, não havendo ganho tributável.

Ainda que se entenda que, no momento da transformação em ações, a atualização do valor dos títulos pelo regime jurídico da equivalência patrimonial representasse ganho de capital, certo é que o ganho não foi realizado, uma vez que não ocorreu a disponibilidade econômica do valor, passível de ser tributada.

Portanto, mesmo que a atualização do título representasse acréscimo patrimonial, o momento de incidência tributária ocorreria apenas quando o acréscimo se mostrasse disponível, e não quando fosse quantificado. A quantificação é relevante para mensurar a dívida, jamais para indicar o momento em que o tributo é devido.

A ausência de disponibilidade econômica impede o surgimento do fato gerador, que só ocorreria quando da venda dos títulos.

Acresce ainda o fato de que as atualizações efetuadas até o ano de 2006 já não poderiam ser alcançadas pelo IRPJ e pela CSLL, pois teria ocorrido decadência do direito de constituir os respectivos créditos tributários, nos termos do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional - CTN.

No caso, o auto de infração foi lavrado em 16/08/2012, mas parte das atualizações do título patrimonial (que seriam, segundo a autoridade lançadora, o *fato gerador*), ocorreu entre os anos de 2001 e 2006, de onde se conclui que, relativamente a tal período, o lançamento foi realizado após o transcurso do prazo decadencial.

A recorrente alegou ainda erro na apuração da base de cálculo. É que, entre a data do balanço, 31/03/2008, e a efetiva cisão, 01/07/2008, o patrimônio líquido da CETIP

Associação sofrera variação positiva, de modo que no momento da desmutualização o valor atualizado do título era R\$ 446.474,58, e não R\$ 406.650,00.

Isso fez com que a Fiscalização tributasse o montante de R\$ 434.974,17, correspondente à diferença entre o custo de aquisição do título (R\$ 11.500,41) e o valor total das ações nas quais o título fora transformado (R\$ 446.474,58), considerado em 01/07/2008.

Ocorre que, em 01/07/2008, o título e depois as ações permaneceram registradas na contabilidade da recorrente pelo montante de R\$ 406.650,00, motivo pelo qual a Fiscalização deveria ter considerado este valor, efetivamente contabilizado, e não R\$ 446.474,58.

As ações permaneceram registradas contabilmente pelo valor de R\$ 406.650,00 até novembro de 2011, quando foram vendidas. Porém, ao apurar o ganho de capital, oferecido à tributação no momento da venda das ações, considerou-se como custo o valor de R\$ 406.650,00, e não o de R\$ 446.474,58.

Portanto, caso se mantenha o valor de R\$ 446.474,58 como base para cálculo do crédito tributário, haverá tributação em duplicidade, pois a diferença, no valor de R\$ 39.824,58 (R\$ 446.474,58 - R\$ 406.650,00), já compôs a base de cálculo do ganho de capital submetido à tributação no momento da venda das ações.

Quanto à multa isolada, alegou ser descabida. Primeiro, porque seria inaplicável após o encerramento do ano base a que se referem as estimativas não recolhidas. O fato gerador do IRPJ e o da CSLL são apurados no final do ano, quando se conhece o *quantum* definitivo de ambos os tributos, pois, a despeito de as estimativas serem mensais, os fatos geradores permanecem sendo anuais, consumando-se somente em 31 de dezembro. Os recolhimentos efetuados com base em estimativa nada mais são do que antecipação do tributo devido no encerramento do período anual. Assim, a multa isolada somente poderia ser exigida caso o Fisco verificasse a falta de recolhimento ou o recolhimento insuficiente das estimativas mensais, antes do término do respectivo ano base. Verificado o fato após o encerramento do período, já não será possível a imposição de multa isolada, a qual só caberia se a irregularidade fosse constatada no curso do ano base.

Além disso, ainda que a recorrente tivesse recolhido valor inferior ao devido a título de estimativa de IRPJ e de CSLL, não poderia haver, sobre a mesma base de cálculo, a cumulação da multa isolada com qualquer outra penalidade. No caso, verifica-se que há cobrança cumulativa da multa isolada com a multa de ofício, sobre os mesmos valores exigidos a título de IRPJ e de CSLL, caracterizando dupla incidência sobre a mesma materialidade, uma vez que o valor da estimativa mensal é a totalidade ou diferença do tributo, apurada quando da inclusão no cálculo do ajuste anual, do suposto ganho obtido em outubro de 2008.

A recorrente, por fim, se insurgiu contra a incidência de juros de mora sobre a multa, alegando inexistência de amparo legal para tal exigência.

Firme nessas razões, pugnou pelo provimento integral do recurso.

A Procuradoria da Fazenda Nacional - PFN ofereceu contrarrazões, com base em que requereu o não provimento do recurso.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Roberto Silva Junior, Relator

Admissibilidade

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele se deve conhecer.

Indedutibilidade da amortização de ágio

Quanto à glosa das deduções de ágio, a recorrente arguiu, preliminarmente, decadência do direito de constituir o crédito tributário; e contra o acórdão da DRJ, alegou nulidade, por inovar os fundamentos da autuação.

Decadência

A recorrente alegou a perda do direito de reexaminar e questionar os registros contábeis relativos ao ágio; ágio esse que teve origem em 2002.

Sobre questão semelhante, tive oportunidade de discorrer em outro processo da seguinte forma:

A decadência prevista no art. 173 do CTN é fato extintivo do direito de constituir o crédito tributário mediante lançamento. E tem por pressuposto a inércia do titular do direito. Por isso, para que se pronuncie a decadência, é preciso verificar, primeiro, se havia crédito tributário a ser constituído; depois, na hipótese de existir o direito, se transcorreu o prazo legal, sem que a autoridade competente tivesse realizado o ato que lhe cabia.

No caso de ágio indevidamente contabilizado e da posterior dedução, também indevida, de quotas de amortização desse mesmo ágio, só se pode cogitar de decadência, à luz do art. 173 do CTN, a partir do momento em que o crédito tributário seja, no todo ou em parte, afetado.

Nesse linha de raciocínio, pode-se afirmar que o mero registro contábil do ágio, mesmo que oriundo de atos fraudulentos, não produz qualquer efeito sobre a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. E se, desse registro contábil incorreto, não decorrer diretamente efeito tributário, a Fiscalização nada poderá fazer. Tal situação se prolonga no tempo, a despeito da gravidade da fraude, enquanto perdurar a ausência de repercussão no plano tributário.

Não importa se o erro contábil vem em detrimento de investidores, de acionistas minoritários, da veracidade dos balanços ou das demonstrações financeiras. Nenhuma dessas situações autoriza lançamento de IRPJ e de CSLL, porque de nenhuma delas, em princípio, decorre obrigação de pagar tributo.

A repercussão no âmbito do IRPJ e da CSLL do ágio inexistente só ocorrerá no momento em que se proceder à sua amortização. Porque o que reduz o tributo não é o registro do ágio, mas a dedução como despesa dos valores amortizados.

A par dessas razões, no caso em exame, o erro não estaria no registro do ágio, mas na sua amortização e, na consequente redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Portanto, a cada amortização que interfira na apuração do *quantum* devido surge uma nova infração, que deflagra a contagem do prazo decadencial, sendo irrelevante se períodos anteriores não foram objeto de fiscalização e lançamento.

Indefere-se, portanto, a preliminar.

Inovação dos argumentos pelo Acórdão recorrido

Contra o acórdão recorrido, foi alegada a existência de inovação nos fundamentos do auto de infração. O órgão julgador de primeira instância teria acrescido, como motivo para glosa das deduções de ágio, o "*abuso de direito*" nas operações societárias envolvendo a compra do Deutsche Bank Investimento (DBI); e a desqualificação do laudo de avaliação econômico-financeira que indicava como causa do ágio a rentabilidade futura.

No termo de verificação, a autoridade lançadora afirmou que a compra do DBI pela empresa Alvorada Participações Ltda. (acusada de ser simples *empresa veículo*) e o caminho percorrido posteriormente (com sucessivas incorporações de empresas) até que o ágio chegasse à recorrente era um arranjo de operações desprovidas de propósito negocial, pois se buscava exclusivamente a economia de tributos.

Nesse sentido é que se empregou a expressão "*abuso de direito*".

Quanto ao laudo, é importante ressaltar que ele indicava como fundamento econômico do ágio a rentabilidade futura. A autoridade lançadora, entretanto, entendeu que a origem do ágio não era propriamente a rentabilidade futura, mas o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, e assim adotou conclusão distinta daquela estampada no laudo. Essa é a razão pela o acórdão da DRJ afirmara ter ocorrido a "*desqualificação*" do laudo.

O que ocorreu, no dois casos, foi mera imprecisão terminológica; porém, em nenhuma hipótese, tais imprecisões podem ser alçadas à condição vício por alterar a fundamentação do lançamento.

Fundamento econômico do ágio

A glosa das deduções do ágio se fez com fulcro em dois motivos distintos e autônomos. O primeiro se refere à utilização de *empresa veículo* e à falta de *propósito negocial* das diversas operações que, em curto lapso de tempo, se seguiram à aquisição das ações do Deutsche Bank Investimentos - DBI.

O segundo motivo consiste no fundamento econômico do ágio, que, ao contrário do que afirma a recorrente, não seria a expectativa de rentabilidade do investimento, mas o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

A utilização de *empresa veículo* e a transferência de ágio entre empresas do mesmo grupo econômico, desde que não haja vício na formação e no registro do ágio, são práticas que vêm sendo aceitas como válidas por esta Turma; e, assim, não justificariam a glosa dos valores deduzidos e o subsequente lançamento de crédito tributário.

A autoridade fiscal não questionou a existência, nem a validade do negócio jurídico de que decorreu o ágio. A transação envolveu partes independentes, não foi levantada qualquer dúvida acerca do efetivo pagamento do preço, nem quanto à ausência de confusão patrimonial.

Em situações semelhantes esta 1ª Turma Ordinária já se posicionou pela dedutibilidade do ágio, como se verificou no Acórdão nº 1301-002.239. Do voto condutor da decisão se pode transcrever o seguinte trecho:

A autoridade fiscal reconhece que a lei não proíbe, de forma expressa, a transferência do ágio por meio de *empresa-veículo*. É verdade. A lei não contém nenhum dispositivo que expressamente proíba ou autorize a transferência do ágio entre entidades empresariais do mesmo grupo econômico. A questão, pois, é saber se o silêncio da lei deve ser interpretado como uma proibição ou como autorização.

Diante dos princípios da livre iniciativa, da liberdade contratual, da liberdade de contratar e da liberdade de organização que se confere às entidades empresariais, o correto talvez seja reconhecer que, diante do silêncio da lei, permite-se a transferência do ágio entre entidades integrantes do mesmo grupo empresarial, ainda que o seja com uso daquilo que se convencionou chamar *empresa-veículo*.

A validade dessa transferência e da posterior dedutibilidade das quotas de amortização do ágio têm como pressuposto a existência e a validade do próprio ágio, que deve ter origem em negócio celebrado entre partes independentes, com efetivo pagamento do preço, ausência de simulação e confusão patrimonial. Ademais, o ágio deve ter por fundamento econômico a expectativa de rentabilidade do investimento adquirido. Essa estimativa de lucros futuros, por sua vez, há de estar respaldada em elementos objetivos reunidos em documento (que poderia assumir a forma de laudo) contemporâneo à transação, o qual dará suporte ao registro do ágio.

No caso em exame, nenhum desses requisitos foi questionado pela Fiscalização, nem mesmo o laudo, que é posterior à data de aquisição da empresa Indiana Seguros S/A (janeiro de 2008), com bem anotou a PFN. A Fiscalização considerou que não havia problemas com ágio. A preocupação da autoridade fiscal foi exclusivamente com a transferência desse ágio entre duas empresas do grupo econômico.

A transferência do ágio entre empresas do mesmo grupo, desde que não haja acréscimo do valor, deve ser considerada como um comportamento lícito, que, dentre tantos outros, pode ser adotado, inclusive como forma de economia de tributo.

Com fulcro nessas mesmas razões, afasta-se o primeiro motivo indicado pela autoridade fiscal para glosar as deduções.

O segundo motivo foi o fundamento econômico do ágio. A Fiscalização entendeu que a origem do ágio não era a expectativa dos lucros a serem apurados em exercícios futuros, mas fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

O Regulamento do Imposto de Renda – RIR, no art. 385 (cuja matriz legal é o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977), assim conceitua ágio, dispondo também sobre seu registro:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ágio, segundo os dispositivos transcritos, é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição. Pode ter sua origem vinculada a um dos três fundamentos:

- a) valor de mercado de bens do ativo superior ao custo registrado na contabilidade da empresa adquirida;
- b) expectativa de rentabilidade da empresa adquirida; e
- c) fundo de comércio e intangíveis da empresa adquirida e outras razões econômicas.

O tratamento tributário conferido ao ágio depende de seu fundamento econômico. Daí a relevância de definir, em cada caso, a origem do ágio. A definição do fundamento econômico, por gerar efeitos tributários, não pode ficar ao talante nem do Fisco, nem do contribuinte. Embora cabendo a este último eleger o respectivo fundamento, essa escolha longe está de ser arbitrária. Precisa ser feita em conformidade com as circunstâncias do caso concreto, de modo a refletir a realidade econômica subjacente aos fatos. A liberdade que é

deferida ao contribuinte não lhe permite fazer escolhas despregadas da realidade apenas para obter economia de tributos.

A lei, sem estabelecer hierarquia ou ordem de preferência, define três fundamentos econômicos inconfundíveis entre si, a despeito de estar presente em todos eles a expectativa de um ganho, que, no fundo, é o que impele o comprador a pagar preço mais elevado do que o valor patrimonial do investimento, registrado na contabilidade. Apesar de o ganho ser um dado comum, os fundamentos são diferentes.

Sobre a distinção entre os diversos fundamentos do ágio, o termo de verificação fiscal traz um comentário do Professor Luis Eduardo Schoueri, que é oportuno reproduzir:

Segundo Luis Eduardo Schoueri, em sua obra "*Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*":

A pedra de toque para distinguir o inciso II (rentabilidade futura) dos demais é o enfoque no resultado.

A hipótese do inciso I considera ativos tangíveis. A avaliação se faz de modo individual, considerando cada item e seu valor de mercado.

A hipótese do item III (fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas) considera os intangíveis. Ainda assim eles são individualizados e valorados. Tem-se a ideia de que se adquiriu algo que permanecerá indefinidamente nas mãos do adquirente; a perspectiva já não é mais o retomo do investimento em determinado período, já que esse continuará com o mesmo valor. Descrever-se-á o investimento adquirido. Tecer-se-ão considerações sobre a clientela, seu potencial de compra e sua capacidade de honrar compromissos, mostrando sua fidelidade à empresa e evidenciando que ela não desaparecerá por conta de sua aquisição...

Em síntese, enquanto nas hipóteses I e III se procura avaliar, exclusivamente, o investimento, por conta de seus ativos (contabilizados ou não), o inciso II busca antecipar os lucros a serem gerados...

Nos primeiros (incisos I e III), o comprador paga o preço por algo que ele recebe, no ato, no último caso, o preço contempla algo que ele espera venha a ser concretizado. (fl. 1.542 e 1.543)

Essa perspectiva deixa evidente a diferença entre os fundamentos *rentabilidade futura* de um lado, e *fundo de comércio e intangíveis* de outro. Quando o ágio é baseado em *fundo de comércio e intangíveis* a coisa pela qual o investidor se dispõe a pagar o ágio existe e é recebida de imediato. Quando o fundamento é a rentabilidade futura, o ágio é pago por algo que ainda não existe de forma concreta e não é (nem poderia ser) entregue ao investidor no ato da compra, mas que ele espera receber no futuro.

Em suma, no primeiro caso, o investidor paga o ágio pelo que ele efetivamente recebe; no outro, pelo que espera receber.

No que concerne ágio lastreado em fundo de comércio e intangíveis existe o problema de mensurar o valor dos respectivos elementos, que não se refletem nos registros contábeis da empresa. O critério de mensuração do fundo de comércio e dos intangíveis pode ser a rentabilidade futura.

Essa é a linha de argumentação do Professor Marco Aurélio Greco, citado também no termo de verificação fiscal, no trecho abaixo reproduzido:

Socorrendo-se ainda ao artigo (sic) "*Ágio por expectativa de rentabilidade futura: Algumas Observações*", de Marco Aurélio Greco temos que:

"Um dos pontos complexos referentes ao fundo de comércio e intangíveis é determinar quanto eles valem para fins de aquisição. Ou seja, novamente identificar critérios que permitam aportar a um determinado "preço" da "compra". No caso do fundo de comércio, um dos critérios possíveis para aferir o seu valor para fins de determinação do preço de aquisição é através da previsão do seu desempenho econômico num horizonte de tempo.

Vale dizer, o valor do intangível ou do fundo de comércio pode ser determinado também pela previsão de resultados futuros.

Nestes casos, a expectativa de rentabilidade futura surge como um dos critérios possíveis para aferição do preço relativo à aquisição do fundo de comércio ou dos intangíveis e corresponde a elemento que também serve para determinar o respectivo valor atual em certa data." (g.n.) (fl. 1.542)

Segundo tal linha de interpretação, a expectativa de rentabilidade comparece tanto no inciso II do § 2º do art. 385 do RIR, quanto no inciso III do mesmo parágrafo. A diferença, entretanto, é que no inciso II a expectativa de rentabilidade é a própria causa do ágio, enquanto no inciso III, é critério de mensuração do fundo de comércio e dos intangíveis, cujos valores não se refletem nos registros contábeis.

Embora imbricada nos dois incisos, a expectativa de rentabilidade só pode ser tomada como fundamento do ágio, no inciso II. Não sendo assim, o inciso III tornar-se-ia letra morta, inaplicável na prática; e os fundamentos do ágio estariam reduzidos a apenas dois: valor dos bens do ativo e rentabilidade futura. Entretanto, essa interpretação, que reduz a dois os fundamentos econômicos do ágio, deve ser rechaçada por ser contrária à lei.

Estabelecidos esses marcos, examine-se o caso concreto.

O Banco Bradesco S.A., em 14 de novembro de 2011, respondendo a um comunicado do Deutsche Bank S.A., manifestou interesse em participar do processo de alienação de ativos (fundos de investimentos e carteiras administradas) do Deutsche Bank Investimentos - DBI. Observe-se o conteúdo da carta enviada pelo Banco Bradesco ao Deutsche Bank.

Em atenção à correspondência que recebeu de V.Sas em 10/10/2001, o Banco Bradesco SA, doravante "Bradesco", vem manifestar seu interesse em participar do processo de **alienação de ativos** (fundos de investimento e carteiras administradas) da Deutsche Bank Investimentos Distribuidora de Valores e Títulos Mobiliários S.A., doravante denominada "DBI".

Com base e fundamento nas informações econômico-financeiras fornecidas por V.Sas, foi procedida análise e avaliação das posições transmitidas, o que está ensejando a apresentação de **proposta** firme para **aquisição dos ativos administrados pela "DBI"**, conforme segue:

1. Descrição dos ativos a serem adquiridos:

1.1 Inicialmente o objeto da aquisição pretendida pelo Bradesco, compreende somente os ativos administrados pela DBI (base 31.07.2001), doravante denominados "Ativos", que abrangem todos os fundos de investimento e a totalidade das carteiras administradas, inclusive aos clientes private e de intermediários;

1.2 O Bradesco poderá incluir na proposta final de compra, após análises fiscal e societária, a serem efetuadas em *due diligence* e em comum acordo com Deutsche Bank S.A., a absorção do controle acionário da DBI na sua figura jurídica atual.

2. Valor Econômico para os Ativos:

2.1 Baseado nos dados recebidos de V.Sas, deliberamos apresentar a seguinte proposta, que consiste num intervalo caracterizado entre:

a) Valor Máximo: R\$ 37.700.000,00 (trinta e sete milhões e setecentos mil reais), equivalente a US\$ 14.500.000,00 (quatorze milhões e quinhentos mil dólares dos Estados Unidos) e o

b) Valor Mínimo: R\$ 31.200.000,00 (trinta e um milhões e duzentos mil reais) equivalente a US\$ 12.000.000,00 (doze milhões de dólares dos Estados Unidos), respeitadas as seguintes condições:

A negociação, como se vê, estava direcionada à aquisição de ativos do DBI, a saber, fundos e carteiras de clientes.

O DBI, conforme consta do documento intitulado Avaliação Econômico-Financeira, produzido pelo próprio Bradesco, tinha apenas vinte "*funcionários*", e utilizava a infraestrutura do Deutsche Bank, nela incluídas as atividades de suporte, tais como, controles operacionais, informática, assessoria fiscal e jurídica, administração de riscos de crédito e recursos humanos (fl. 369). Vale dizer, o DBI se resumia àqueles ativos (carteira de clientes, fundos e contratos), pois nem estrutura física possuía.

Note-se que a proposta formalizada pelo Bradesco se reportava aos ativos, ou seja, fundos de investimento e a totalidade das carteiras administradas, inclusive as referentes aos clientes *private* e intermediários. O limite máximo de R\$ 37.700.000,00 e o mínimo de R\$ 31.200.000,00, fixados pelo Bradesco, se referiam àqueles ativos e não às ações do DBI.

Uma vez definido que a venda dos ativos seria feita para o Bradesco, a decisão de concretizar o negócio mediante aquisição da totalidade das ações do DBI foi uma escolha meramente formal, explicada pelos efeitos tributários que o comprador poderia obter dessa forma jurídica.

O valor efetivamente pago (R\$ 33.647.910,03), fixado dentro do intervalo que tinha como limites trinta e sete e trinta e um milhões de reais, foi a contrapartida pela transferência dos ativos para o Grupo Bradesco.

O montante pago tem como causa a existência e o conteúdo da carteira de clientes, dos fundos e dos contratos. Então, se ágio existiu, ele só pode ter por fundamento econômico os fatos previstos no inciso III do § 2º do art. 385 do RIR.

Na peça recursal, existe alusão a um comentário do Professor Luis Eduardo Schoueri acerca do ágio lastreado em fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. Eis o texto:

De modo geral, o ágio fundamentado no **fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas** busca **representar situações** que **não** estão adequadamente **refletidas na contabilidade** da investida, tais como nome comercial, marcas de indústria e comércio, **lista de clientes**, know-how, expressão ou sinal de propaganda - entre outras." (g.n.) (fls. 1.967)

Aqui a expressão *lista de clientes*, se não tem o mesmo sentido, tem sentido próximo ao de *carteira de clientes*. E, ao rol exemplificativo do Professor Schoueri, podem ser acrescidos fundos de investimentos e contratos.

De tudo quanto se disse, é possível inferir que, no caso concreto, o ágio não teve por fundamento econômico a rentabilidade futura, não obstante ela possa ter sido o critério adotado para fixar o preço dos ativos.

Cabe ainda uma última ponderação a propósito do tema. O inciso III do § 2º do art. 385 do RIR cita as seguintes situações como fundamento do ágio: 1) *fundo de comércio*, 2) *intangíveis* e 3) *outras razões econômicas*.

É vago o sentido da expressão *outras razões econômicas*. O grau de indeterminação é alto. Várias situações cabem nessa moldura. Cabe, por exemplo, a hipótese de aquisição, com ágio, de uma empresa, cujo valor intrínseco seja pequeno, mas que se mostre importante para o investidor viabilizar o ingresso em determinado mercado, ou para impedir que um concorrente ingresse nele, ou para assegurar o fornecimento de insumos utilizados na produção de certo bem. Enfim, são inúmeras as hipóteses, que só diante do caso concreto podem ser identificadas.

No caso dos autos, chama a atenção, no laudo de avaliação econômico-financeira (fls. 368 a 384), elaborado pelo próprio Bradesco, a advertência contida na fl. 379, assim exposta:

Não foram consideradas (no laudo) instituições estatais (Banco do Brasil e CEF) como potenciais compradoras.

Na hipótese de o Itaú absorver a DBI a diferença no mercado total entre Itaú e Bradesco avançaria para R\$ 2,6 bilhões. (g.n.) (fl. 379)

Instituição	Atual	Instituições Vencedoras					
		Bradesco	Itaú	HSBC	Citibank	Unibanco	Santander
B. do Brasil	1º	1º	1º	1º	1º	1º	1º
Itaú	2º	3º	2º	2º	2º	2º	2º
Bradesco	3º	2º	3º	3º	3º	3º	3º
CEF	4º	4º	4º	5º	4º	4º	4º
HSBC	5º	5º	5º	4º	5º	5º	5º
Citibank	6º	6º	6º	6º	4º	6º	6º
Unibanco	7º	7º	7º	7º	7º	7º	7º
Santander	8º	8º	8º	8º	8º	8º	8º

Não apenas a advertência, mas também o quadro acima, demonstram a importância estratégica, para o Bradesco, de adquirir os ativos oferecidos ao mercado pelo Deutsche Bank.

O quadro mostra os diversos cenários, considerando os possíveis adquirentes dos ativos. A maior preocupação do Bradesco, entretanto, era impedir que o concorrente direto (Banco Itaú), mediante aquisição dos ativos do Deutsche Bank, ampliasse a vantagem que, naquela época, já existia.

Não há dúvida de que a disputa por fatias de mercado impeliu a recorrente ao pagamento do ágio.

Em suma, o fundamento econômico do ágio está no inciso III, do § 2º do art. 385 do RIR. Entretanto, mais importante do que essa conclusão é constatar, como fez a autoridade lançadora, que o ágio não está baseado em rentabilidade futura e, portanto, não comporta amortização dedutível das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Adição à base de cálculo da CSLL

A recorrente sustenta que, mesmo na hipótese de o ágio ser não dedutível da base de cálculo do IRPJ, essa regra não se aplicaria à CSLL dada a falta de previsão legal expressa. Não haveria norma determinando a adição do ágio amortizado à base de cálculo da contribuição.

Várias são as razões a respaldar entendimento contrário ao da recorrente. A primeira delas é a identidade de bases de cálculo do IRPJ e da CSLL; regra geral afastada apenas nas hipóteses expressamente ressalvadas na lei. Aqui se adotam os fundamentos retirados do voto do ilustre Conselheiro Roberto Caparroz de Almeida, no Acórdão nº 1201-001.462:

A CSLL é originalmente prevista pela Lei nº 7.689/88, que em seu artigo 2º estabelece que a base de cálculo da contribuição será o resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda:

Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;

O comando acima aproxima a estrutura da CSLL à do IRPJ, tema bastante discutido desde a criação da contribuição e que, de forma majoritária, tem receptividade na doutrina e na jurisprudência dos tribunais superiores.

Na esteira de tais manifestações não podemos olvidar, ainda no plano normativo, o comando exarado pelo artigo 57 da Lei nº 8.981/95, com a redação dada pela Lei nº 9.065/95:

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38,

mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei.

A leitura do dispositivo nos leva a concluir que a metodologia e as regras de apuração para o imposto de renda são aplicáveis ao cálculo da CSLL (o que se infere da dicção "mesmas normas de apuração") e que o preceptivo só perderia eficácia se houvesse norma específica, relativa à contribuição, em sentido diverso.

Aliás, os demais parágrafos do artigo 57 corroboram a tese de semelhança entre as duas figuras:

§ 3º A pessoa jurídica que determinar o Imposto de Renda a ser pago em cada mês com base no lucro real (art. 35), deverá efetuar o pagamento da contribuição social sobre o lucro, calculando-a com base no lucro líquido ajustado apurado em cada mês.

§ 4º No caso de pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro real, a contribuição determinada na forma dos §§ 1º a 3º será deduzida da contribuição apurada no encerramento do período de apuração.

Igual raciocínio se aplica, ainda, para fins de compensação, conforme dispõe o artigo 58 do mesmo diploma legal:

Art. 58. Para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro, o lucro líquido ajustado poderá ser reduzido por compensação da base de cálculo negativa, apurada em períodos-base anteriores em, no máximo, trinta por cento.

Além de fixar idêntica trava para a compensação das bases negativas (em relação ao IRPJ), o comando expressamente menciona que a base de cálculo será o lucro líquido ajustado, ou seja, o legislador estabelece para a CSLL o mesmo ponto de partida previsto para o cálculo do lucro real, afinal o lucro é "ajustado" pelas adições e exclusões previstas na legislação do Imposto de Renda (artigos 250 e 510 do Decreto nº 3.000/99).

Não se trata, portanto, de integração por analogia, figura vedada pelo artigo 108 do CTN no que se refere à exigência de tributos. O que se tem, de fato, é a identidade, prevista em lei, quanto às sistemáticas de apuração da base de cálculo das duas figuras.

Também não se cuida de omissão, pois a lei expressamente configura a base de cálculo do tributo e a aproxima, por equivalência, às regras do IRPJ.

Além dos dispositivos já mencionados não podemos olvidar a regra veiculada pelo artigo 28 da Lei n. 9.430/96:

Art. 28. Aplicam-se à apuração da base de cálculo e ao pagamento da contribuição social sobre o lucro líquido as normas da legislação vigente e as correspondentes aos arts. 1º a 3º, 5º a 14, 17 a 24-B, 26, 55 e 71. (Redação dada pela Lei nº 12.715, de 2012)

A pertinência dos comandos normativos ao caso sob análise foi bem delineada pela Fazenda Nacional (grifado no original):

E cumpre ressaltar que, contrariamente ao defendido pela recorrente, tal disposição importa vedação à dedutibilidade das despesas com pagamento de royalties, na medida em que determina aplicação do art. 1º da Lei n. 9.430/96 à

CSLL, que dispõe sobre a apuração do IRPF, estabelecendo que "a partir do ano-calendário de 1997", o tributo será determinado com observância da "legislação vigente", com as alterações introduzidas pela Lei.

Não há dúvida de que o art. 71 da Lei n. 4.506/64 era norma vigente ao tempo da edição da Lei n. 9.430/96 e, pois, pela disposição dos artigos 28 e 1º da Lei nº 9.430/96, tornou-se aplicável à CSLL.

Ante o exposto, resta claro que as regras de dedutibilidade da legislação do IRPJ são integralmente aplicáveis na apuração da base de cálculo da CSLL.

(...)

Em nome da coerência e de postulados lógicos fundamentais, ou um objeto guarda identidade com outro ou não guarda. Não existe espaço para manobras ou variações ao sabor do intérprete, vale dizer, a CSLL não pode ser suficientemente parecida com o IRPJ para que se aplique as regras dos tratados e, ao mesmo tempo, suficientemente diferente para que as regras de dedutibilidade sejam distintas.

O valor do raciocínio está na pertinência e coerência com o sistema e não em modulações de acordo com o interesse em jogo e a vontade do intérprete.

O segundo argumento vem de recente decisão da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF, no Acórdão nº 9101-002.549, cuja ementa está abaixo transcrita:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. ADIÇÃO A BASE DE CÁLCULO DA CSLL.

Com fundamento no art. 13 da Lei nº 9.249/95, as despesas de amortização de ágio devem ser adicionadas à base de cálculo da CSLL.

Este é o dispositivo legal citado na ementa:

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

(...)

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

No voto vencedor, da lavra do ilustre Conselheiro Luís Flávio Neto, entendeu-se que, *"conforme a interpretação explicitada pelo RIR/99, a norma do art. 13, III, da Lei nº 9.249/95, é ampla o suficiente para tutelar a dedutibilidade (sic) da amortização de "bens e direitos", tanto em relação à base de cálculo do IRPJ quanto da CSLL".*

O terceiro argumento está nas contrarrazões da PFN, em que se defende a tese da inexistência de norma autorizando deduzir da base de cálculo da CSLL a amortização

de ágio. Vale dizer, o ponto a ser examinado não deve estar na regra que determina a adição do ágio, mas sim na regra autoriza a sua dedução.

Estas as razões da PFN:

No caso da apuração da base de cálculo da CSLL, **como não há norma expressa que autoriza a dedução da despesa com amortização de ágio, não há que se falar nessa renúncia fiscal.**

Assim, ao contrário do que defende o recorrente, a dedutibilidade na CSLL da despesa com a amortização de um ágio não é assegurada em face da ausência de norma que preveja a adição dessa rubrica, **a despesa com a amortização de um ágio, mesmo dedutível para fins de IRPJ, não é dedutível para a CSLL porque não há previsão legal a autorizando.**

A premissa levanta pelo recorrente aqui tratada, e com a qual se concorda, na verdade **não é subsidiária do pleito do contribuinte, mas sim da União.** Destarte, a autonomia legislativa entre o IRPJ e a CSLL não impede a glosa na apuração da CSLL do ágio considerado indedutível para fins do IRPJ, mas **impede o aproveitamento fiscal na apuração da CSLL do ágio considerado dedutível para o IRPJ.**

Deve-se se ter em mente que, uma vez que a dedução de uma despesa na base de cálculo da CSLL **importa renúncia de receita do Estado**, seu cálculo pelo sujeito passivo se encontra **condicionado a expressa previsão legal**. Em suma, uma dedução na apuração da base de cálculo de um tributo não pode ser autorizada em face do silêncio da lei, mas sim em decorrência de norma autorizativa expressa. **A regra é a indedutibilidade das despesas, a sua dedutibilidade é a exceção que deve vir expressamente prevista.** (grifos do original) (fl. 2.093)

Observe-se, no caso em exame, que os valores deduzidos da base de cálculo da CSLL a título de amortização de ágio são idênticos aos deduzidos da base de cálculo do IRPJ. A recorrente, sem hesitar, se valeu das mesmas regras destinadas ao IRPJ, para, com suporte nelas, deduzir o ágio da base de cálculo da CSLL. A evidência desse fato está nos valores constantes do auto de infração. São idênticos para ambos os tributos: R\$ 284.632,24 por mês, como se constata examinando as fls. 1.574 a 1.576 e 1.592 a 1.594 dos autos de infração.

Isso revela que, em relação à CSLL, a dedução do ágio se deu segundo normas tributárias que a própria recorrente sustenta terem aplicação restrita ao IRPJ. Assim, também por esse motivo, o lançamento nesse ponto deve ser mantido.

Em resumo, qualquer uma das razões acima expostas, individualmente consideradas, conduz à mesma conclusão de indedutibilidade do ágio da base de cálculo da CSLL.

Desmutualização

Acerca da incidência de IRPJ e de CSLL sobre o patrimônio devolvido em decorrência do processo conhecido por desmutualização, a Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF, em recente decisão, formalizada no Acórdão nº 9101-002.462, se manifestou pelo cabimento da tributação.

Naquele oportunidade, prevaleceu o voto do relator, o ilustre Conselheiro André Mendes de Moura, cujos fundamentos são aqui adotados como razão de decidir.

A matéria devolvida encontra-se no contexto do evento denominado "desmutualização". A BOVESPA e a BOLSA DE MERCADORIAS E FUTUROS (BM&F) eram entidades do mercado de capitais constituídas sob forma de associações civis, sem finalidade lucrativa. A captação de recursos, desde a criação da instituição mutualizada Bolsa de Valores de São Paulo, em 1960, deu-se por meio da emissão de títulos patrimoniais, que legitimava os adquirentes, pessoas jurídicas e físicas, a atuar nas operações intermediadas do mercado.

Seguindo uma tendência internacional, em 2007, as bolsas de valores empreenderam um processo de mudança, deixando de operar na forma de associação civil sem fins lucrativos, para uma sociedade por ações. Transcorreram-se reorganizações, com a cisão parcial da BOVESPA e da BM&F, criando-se novas sociedades por ações. Ao final, consumou-se a integração das sociedades Bolsa de Mercadorias & Futuros (BM&F) e a Bolsa de Valores de São Paulo, resultando na criação da BM&FBovespa S.A. Bolsa de Valores Mercadorias e Futuros. Fato é que as entidades que detinham títulos patrimoniais da BOVESPA e BM&F foram transformadas em acionistas da nova sociedade por ações criada.

E a Contribuinte era detentora de títulos patrimoniais das associações civis BOLSA DE MERCADORIAS E FUTUROS (BM&F) nas modalidades Membro de Compensação (MC), Corretora de Mercadorias (CM) e Sócio Efetivo (SE), e Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA). No decorrer do ano de 2007, em razão da desmutualização de títulos da BM&F e da BOVESPA, efetuou-se a substituição dos títulos das entidades por ações da nova companhia.

Entendeu a autoridade autuante que, a partir da cisão da BOVESPA e BM&F (associações civis sem fins lucrativos), teria ocorrido a devolução dos títulos patrimoniais aos associados, e, por isso, caberia a tributação da devolução do patrimônio de entidade isenta (art. 17 da Lei nº 9.532, de 1997):

*Art. 17. Sujeita-se à incidência do imposto de renda à alíquota de quinze por cento a diferença entre o **valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta**, por pessoa física, a título de devolução de patrimônio, e o **valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver entregue para a formação do referido patrimônio**.*

(...)

*§ 3º Quando a **destinatária dos valores em dinheiro ou dos bens e direitos devolvidos for pessoa jurídica**, a diferença a que se refere o caput será computada na determinação do lucro real ou adicionada ao lucro presumido ou arbitrado, conforme seja a forma de tributação a que estiver sujeita.*

Contesta a Contribuinte a interpretação dada pela Fiscalização, fundamentando sua divergência nos dois pontos devolvidos para apreciação do Colegiado: (1) possibilidade de aplicação do instituto de cisão para as associações civis, e (2) atualização no valor dos títulos patrimoniais decorrentes de valorização do patrimônio social das bolsas de valores constituídas sob a forma de associações civis sem fins lucrativos nos moldes do MEP fora da incidência de tributação.

Entendo que a interpretação dada pela recorrente não merece acolhida.

Na realidade, pretende a Recorrente que a legislação empresarial destinada às sociedades com fins lucrativos seja estendida para as associações sem fins lucrativos nas situações em que lhe parecer mais conveniente.

Não se pode desconsiderar as bases que sustentam a formação das diferentes espécies de pessoas jurídicas.

Vale recorrer à abalizada doutrina de (Orlando) GOMES:

Caracterizam-se pela qualidade da iniciativa de sua criação. Tanto faz que se constituam para a realização de obra de interesse coletivo como para a consecução de fins particulares. Importa que sejam fruto da iniciativa privada.

A distinção é importante porque se diferenciam, conforme o modelo adotado, a posição jurídica dos membros, seus direitos e obrigações, sua responsabilidade e a vinculação entre eles. A própria estrutura de cada qual ostenta traços inconfundíveis. É, no entanto, mais fácil distingui-las pelo fim para que se constituem e pela vinculação entre as pessoas agrupadas ou incorporadas. Na sociedade, o fim colimado é o proveito comum dos sócios, na associação, o fim é ideal (religioso, cultural, político, assistencial, esportivo) e na fundação, é o propósito de atender a interesses de caráter geral ou de uma categoria particular de indivíduos.

Quanto à vinculação, somente a sociedade estabelece, entre os sócios, direitos e obrigações recíprocas. Na associação, os sócios não se encontram nessa relação de prestações correlatas e a fundação é antes um conjunto de bens do que de pessoas.

As realidades diferentes entre associações e sociedades, naturalmente, são reproduzidas no Código Civil.

Logo no art. 53, delimitam-se com clareza as distinções apresentadas pelo inolvidável doutrinador.

Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.

Diante de tais premissas, em que o fim colimado é o ideal da entidade (religioso, cultural, político, assistencial, esportivo, dentre outros), tanto que não há entre os associados direitos e obrigações recíprocos, e que é organizada para fins não econômicos, ou seja, não lucrativos, a associação, para a consecução dos seus objetivos, recebeu tratamento especial do ramo tributário, gozando de isenção de tributos.

Nesse contexto, a própria dissolução de uma associação rege-se por regras próprias, conforme art. 61 do Código Civil.

Art. 61. Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissa esta, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

§ 1º Por cláusula do estatuto ou, no seu silêncio, por deliberação dos associados, podem estes, antes da destinação do remanescente referida neste artigo, receber em restituição, atualizado o respectivo valor, as contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação.

§ 2º Não existindo no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território, em que a associação tiver sede, instituição nas condições indicadas neste artigo, o que remanescer do seu patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União.

Observa-se que o remanescente do patrimônio da associação é destinado para (1) entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou (2) para instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

E, no caso de associação, a previsão é de que, caso tenha sua atividade descontinuada, que seja dada baixa de seus atos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Não se fala em "transformação" da associação. Se resolver descontinuar suas atividades, o caminho é a sua dissolução. E o seu patrimônio, acumulado em razão da consecução da sua finalidade, com eventual superávit blindado da tributação, não por acaso deve ser destinado para entidades da mesma natureza, ou seja, sem fins econômicos. Não há como ignorar a lógica do sistema.

Por sua vez, o fim colimado pela sociedade é o proveito comum dos sócios, razão pela qual entre eles existem direitos e obrigações recíprocas.

Nesse contexto, o art. 981 do Código Civil não poderia ser mais didático:

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

Na sociedade, sendo de proveito comum dos sócios, e com fins lucrativos, há a partilha dos resultados. Cenário completamente diferente da associação, cujo patrimônio e resultados obrigatoriamente não podem ser partilhados e caso extinta, devem ser direcionados para uma outra entidade sem fins lucrativos.

Por isso que, no escopo de uma sociedade empresária, são permitidos os efeitos de metamorfose societária. Não interessa se o resultado positivo será destinado aos sócios ou para aumentar o capital da própria sociedade. Trata-se de decisão dos sócios, vez que o fim colimado da sociedade é o proveito comum deles. A transformação (a sociedade muda o seu tipo societário), a incorporação, a fusão e a cisão não alteram a finalidade de auferir lucro, pelo contrário, são reorganizações que visam, em tese, otimizar a operacionalização das atividades.

Não por acaso, os eventos de transformação, incorporação, fusão e cisão são tratados pelo Código Civil como exclusivos de sociedades.

CAPITULO X

Da Transformação, da Incorporação, da Fusão e da Cisão das Sociedades

Art. 1.113. O ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se.

Portanto, resta evidenciada situação completamente desvirtuada a defendida pela Contribuinte, para que se admita que, em uma cisão, parcela de uma associação sem fins lucrativos, possa ser transformada em uma sociedade empresária, cuja finalidade essencial seria o lucro, sem nenhuma prestação de contas de todo o patrimônio que foi acumulado no decorrer de anos sob a premissa de uma finalidade social, isenta de tributação.

É precisamente nesse contexto que se insere o art. 17 da Lei nº 9.532, de 1997, situação que prevê a tributação em razão da devolução do patrimônio de entidade isenta.

E o art. 2.033 do código não estende para as associações civis o mesmo tratamento dado às sociedades.

Art. 2.033. Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código.

Ora, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas do art. 44 (associações, sociedades, fundações, organizações religiosas, partidos políticos e empresas individuais de responsabilidade limitada) e sua transformação, incorporação, cisão ou fusão regem-se pelo disposto no Código Civil. E o que dispõe o código? Restringe os institutos da transformação, incorporação, cisão ou fusão às sociedades empresárias, conforme arts. 1.113 a 1.122. E a exceção disposta em lei especial é precisamente a Lei nº 6.404, de 1976 (Lei da S.A.), aplicada às sociedades anônimas de capital aberto ou fechado.

Portanto, considerando que o caso concreto trata, na realidade, de uma extinção de associações sem fins lucrativos, e a criação de outras pessoas jurídicas com fins lucrativos, aplica-se o disposto no art. 17 da Lei nº 9.532, de 1997, vez que se consumou a devolução do patrimônio de entidade isenta à recorrente por meio de ações de sociedades empresárias.

Resta apreciar, na sequência, qual o valor do custo de aquisição do título patrimonial.

Defende a Contribuinte que cabe a atualização no valor dos títulos patrimoniais decorrentes de valorização do patrimônio social das bolsas de valores constituídas sob a forma de associações civis sem fins lucrativos nos moldes do MEP, conforme metodologia imposta pelos princípios contábeis e pelo BACEN e a CVM, e o tratamento disciplinado na área fiscal pela Portaria MF nº 758/77.

Ocorre que o MEP é instituto previsto na mencionada Lei nº 6.404, de 1976, que não trata de associações, mas sim de sociedade por ações que visam o lucro. É método de atualização de investimentos da controladora em controladas e coligadas. Ou seja, a investidora reflete, no seu patrimônio líquido, as variações positivas ou negativas do patrimônio líquido de suas investidas. Eventual variação positiva no investimento da investidora não é submetida à tributação, porque se trata de reflexo dos lucros das investidas destinados ao aumento do seu capital social, que já foram tributados nas próprias investidas (coligadas ou controladas).

Por outro lado, as associações civis, enquanto se mantiverem nessa condição, e a quem pretende a recorrente equiparar às controladas ou coligadas, são isentas de tributação. Ou seja, não se tributa nem a investida (associação sem fins lucrativos), nem o investidor (detentor do título patrimonial).

Por isso, o contexto em que insere a Portaria MF nº 785, de 1977 é o de conferir transparência à evolução patrimonial das bolsas, que eram associações sem fins lucrativos.

Resta evidente, portanto, a distorção ao se pretender equiparar a variação de investimento prevista por meio do MEP à atualização de títulos patrimoniais decorrentes de variações no patrimônio das bolsas de valores prevista na mencionada portaria ministerial.

Ademais, analisando-se como a lei societária conceitua as sociedades controladas e coligadas (art. 243 da Lei nº 6.404, de 1976), torna-se ainda mais improvável compreender que os detentores dos títulos patrimoniais de uma associação sem fins lucrativos possam ser assemelhados a investidores com poder de decisão sobre a administração da investida, vez que não são detentores de um investimento relevante e tampouco exercem influência significativa.

Os arts. 116 e 243 da Lei nº 6.404, de 1976, deixam claro o vetor que direciona a relação entre as empresas do grupo: o poder de deliberar sobre o destino da empresa.

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício. (...)

§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

Vale transcrever a parte da Exposição de Motivos que versa sobre o § 2º do art. 243:

"(...) O conceito de sociedade controladora corresponde ao de acionista controlador, do parágrafo único do art. 116, com as adaptações necessárias para

compreender quaisquer formas de sociedades controladas (e não apenas a de companhia) e a possibilidade de controle indireto, através de cadeia ou pirâmide de sociedades. Além disso, não se requer, no caso de sociedades, o efetivo exercício do poder de dirigir as atividades das sociedades controladas, que se presume nas relações intersocietárias."

Como não poderia deixar de ser, o Código Civil de 2002 ratifica o entendimento:

Art. 1.098. É controlada:

I - a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores;

II - a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas.

Martins (Eliseu Martins), no Manual de Contabilidade Societária, ao tratar da consolidação das demonstrações contábeis, discorre sobre os aspectos relevantes para se caracterizar o controle.

Dessa forma, os aspectos relevantes para se caracterizar o controle são:

- Poder sobre a investida: provém de direitos que conferem ao investidor a capacidade para dirigir as atividades relevantes da investida (aquelas que afetam significativamente seu desempenho). Um investidor pode ter poder sobre uma investida mesmo que outra entidade tenha direitos que lhe garanta a capacidade de participar da gestão de atividades relevantes, como é o caso da influência significativa. Contudo, um investidor que tenha somente direitos de proteção sobre uma investida não tem poder sobre a investida e, portanto, não controla sua investida.

- Exposição (ou direitos) a retornos variáveis em razão de seu envolvimento com a investida: o que ocorre na medida em que os retornos do investidor provenientes do seu envolvimento com a investida variam em função do desempenho da investida e da participação da investidora no capital da investida.

- Capacidade para utilizar seu poder sobre a investida para afetar seus rendimentos sobre o investimento: o que implica que o investidor tem poder sobre a investida e usa esse poder para influenciar o retorno sobre o seu investimento por meio do seu envolvimento com a investida.

Como se pode observar, a determinação do controle baseia-se no poder (sobre as atividades relevantes da investida), nos retornos (para o investidor) e na relação entre eles (o uso desse poder para obter retornos sobre o investimento),

Como se pode observar, a equiparação entre os proprietários de títulos patrimoniais de associação sem fins lucrativos a controladoras de uma sociedade empresária por ações, com fins lucrativos (controlada ou coligada) não encontra nenhuma sustentação jurídica. A propriedade de títulos patrimoniais não confere nenhum poder sobre os destinos da associação, os associados não tem direitos e obrigações recíprocos, o fim colimado não é o proveito comum dos sócios, mas sim o ideal da associação. Por outro lado, o MEP reflete a valorização de ações que a empresa possui, de participações societárias de empresas controladas ou coligadas, sobre as quais exerce poder de decisão.

Propriedade de títulos patrimoniais X propriedade de ações de empresas controladas e coligadas são situações que não se comunicam, sob qualquer enfoque que se analise a questão, tanto no direito empresarial (Código Civil), quanto no direito contábil (Lei nº 6.404, de 1976) ou no direito tributário.

E, não havendo de se falar em MEP, não se aplica o disposto no art. 418, § 1º do RIR/99. Como se considerar como valor contábil do bem aquele que estiver registrado na escrituração do contribuinte, se a atualização do valor deu-se em desacordo com as normas de vigência? O caso tratado nos autos é de devolução de patrimônio de entidade isenta, tratada pelo art. 17 da Lei nº 9.532, de 1997.

A PGFN, em contrarrazões, enfrenta com lucidez a questão (e-fls. 771/773), inclusive esclarecendo o contexto da edição da Portaria MF nº 785, de 1977:

Nesse teor, cabe refutar o entendimento no sentido de que seria aplicável o método da equivalência patrimonial (MEP) para a avaliação do título patrimonial das bolsas de valores. Ora, o MEP foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 6.404, de 1976, e deve ser aplicado de acordo com os preceitos firmados por este diploma legal. Assim, o primeiro aspecto que deve ser ressaltado é que a Lei nº 6.404, de 1976, tem como destinatárias as sociedades por ações, que possuem natureza jurídica totalmente diversa das associações. Com efeito, basta lembrar que a BOVESPA e a BMF foram instituídas como associações sem fins lucrativos, enquanto as sociedades por ações servem para o desenvolvimento de atividades empresariais - cujo objetivo é proporcionar lucro aos seus sócios. Desse modo, fica evidente a incompatibilidade da Lei nº 6.404, de 1976, com o regime jurídico das associações.

Não obstante, nada impede que uma lei possa autorizar que as associações civis utilizem as regras previstas para as sociedades empresárias. Apesar das inúmeras disparidades entre as sociedades empresárias e as associações civis sem fins lucrativos, se a lei previsse que estas poderiam ser regidas pelas normas da Lei nº 6.404, de 1976, caberia apenas obedecer ao comando legal. Entretanto, não existe tal suporte - pois os dispositivos do Código Civil que regulamentam as associações não trouxeram norma com este conteúdo, tampouco a Lei nº 6.404, de 1976.

Por sua vez, cumpre destacar que a Portaria nº 785/1977, do Ministro de Estado da Fazenda, regulamentou a tributação dos acréscimos patrimoniais auferidos pela BOVESPA e pela BMF. Ocorre que a mencionada Portaria em momento algum determinou a utilização da Lei das Sociedades por Ações para contabilização dos acréscimos de valor dos títulos patrimoniais das Bolsas. Confira-se:

Portaria nº 785, de 20 de dezembro de 1977

O Ministro de Estado da Fazenda, no uso de suas atribuições e, com, fundamento no que dispõe o art. 223, "m", do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 76.186/75:

Resolve:

I. Os acréscimos do valor nominal dos títulos patrimoniais das Bolsas de Valores, em decorrência de alteração do seu patrimônio social, não constitui receita nem ganho de capital das sociedades corretoras associadas e, por isso, pode ser excluído do lucro real destas desde que não seja distribuído e constitua reserva para oportuna e compulsória incorporação ao capital.

II. Aos aumentos de capital assim procedidos aplica-se o disposto no Decreto-Lei nº 1.109/70, art. 3º, § 3º (RIR, art. 237).

Inicialmente, chama a atenção que a citada Portaria foi editada para regulamentar a alínea "m" do art. 223 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 76.186/75. Significa dizer que o Portaria nº 785, de 1977, retirou fundamento de validade de uma norma anterior ao próprio surgimento do MEP - que passou a vigorar apenas a partir da Lei nº 6.404, de 1976. Dessa forma, fica patente que a interpretação ministerial explicitada na mencionada Portaria não se referia ao MEP. Para confirmar essa constatação, vejamos o que dispunha a alínea "m" do art. 223 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 76.186/75:

Art. 223. - Serão excluídos do lucro real para os efeitos de tributação:

(...)

m) o valor das ações, quotas ou quinhões de capital, recebidos em decorrência dos aumentos de capital efetuados nos termos e condições dos artigos 197, §§ 6º e 9º, 223, alínea l, 223, § 31, 236, 243, alínea d, 250, 254, § 3º, 283, 297, 577, 578 e 583 (Decreto-lei nº 1.096/70, art. 1º, §§ 6º e 7º, Lei nº 4.862/65, art. 49, Decreto-lei nº 1.260/73, art. 4º, Decreto-lei nº 1.109/70, art. 3º e § 1º, Lei nº 4.357/64, art. 3º, § 6º, Decreto-lei nº 756/69, art. 25, Decreto-lei nº 1.338/74, art. 15, § 4º, Decreto-lei nº 1.191/71, art. 9º, § único, Decreto-lei nº 221/67, art. 80, § 4º, Lei nº 5.508/68, art. 36, Decreto-lei nº 756/69, art. 24, § 4º, Decreto-lei nº 1.346/74, arts. 6º, § 3º, e 11, e Decreto-lei nº 1.370/74, art. 2º, § 3º);

Dessa forma, percebe-se que a norma acima tratava dos quinhões ou frações ideais recebidas pelos associados em decorrência de meros aumentos de capital da bolsa de valores. Assim, não há que se confundir a situação tratada nos referidos atos normativos com o MEP.

Não merecem prosperar, igualmente, alegações no sentido de que o Ofício Circular CVM nº 325/1979, e a Circular do Banco Central do Brasil nº 1.273/1987 teriam obrigado as sociedades corretoras de valores a avaliarem seus títulos patrimoniais das bolsas de valores (associações) pelo MEP. Com efeito, infere-se da leitura do art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976, que o MEP só se aplica aos investimentos em sociedades controladas ou coligadas. Diante disso, não se pode admitir que o Poder Regulamentar conferido à CVM, pela Lei nº 6.404 de 1976, possa servir para autorizar a extensão do MEP para as Bolsas de Valores constituídas sob a forma de associação civil. Isso porque o art. 4º da referida lei evidencia que as normas expedidas pela CVM sujeitam apenas as companhias abertas.

Por outro lado, se o Ofício Circular CVM nº 325/1979, e a Circular do Banco Central do Brasil nº 1.273/1987 conferiram tal prerrogativa às corretoras, o fizeram desrespeitando o art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976. Isso porque o citado dispositivo legal restringe a aplicação do MEP para avaliação de investimentos em sociedades coligadas ou controladas. Ora, Srs. Conselheiros, é possível conceber que as corretoras eram coligadas ou controladoras das Bolsas de Valores? Se prevalecer o entendimento de que as corretoras poderiam avaliar seus títulos patrimoniais nas Bolsas de Valores pelo MEP, restaria desconfigurada ou simplesmente ignorada a natureza jurídica das próprias Bolsas de Valores. Significa dizer que o MEP serviria para associados avaliarem sua participação no patrimônio da associação - o que é totalmente incompatível com a finalidade e a estrutura de uma associação sem fins lucrativos.

Observa-se que é inevitável constatar a natureza jurídica das sociedades por ações e os institutos decorrentes, dentre os quais o MEP. Não há que se falar em modificação societária (transformação, cisão, fusão ou incorporação) entre entidades cuja finalidade social é completamente diferente, de um lado, associação civil sem fim lucrativo, e de outro, sociedade empresária que visa o lucro. Qualquer caminho diferente da extinção da associação civil e da devolução do patrimônio da entidade mostra-se completamente dissociado da legislação empresarial e tributária. Da mesma maneira, tampouco se aplica a atualização do valor dos títulos patrimoniais nos moldes do MEP, instituto próprio das sociedades anônimas. Correto, nesse sentido, o entendimento da autoridade fiscal, ao adotar o custo de aquisição do título como referência para apuração da base de cálculo tributável.

Enfim, mostra-se imprescindível comentar a respeito da Solução de Consulta Cosit nº 10, de 26/10/2007, formulada pela Comissão Nacional de Bolsa de Valores, e respondida pela Receita Federal antes de se consumar a desmutualização, no qual esclareceu que a cisão é instituto aplicável apenas às pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob a forma de sociedade, e que as bolsas de valores, na condição de associações, sujeitam-se ao regime jurídico estatuído pelos arts. 53 a 61 do Código Civil. Ainda, predicou que as corretoras nunca estiveram autorizadas a avaliar as cotas ou frações ideais dos seus títulos patrimoniais pelo MEP, mas, sim a postergar a tributação sobre o valor dos acréscimos efetuados ao valor nominal das cotas ou frações ideais recebidas, que se consumaria, dentre outras situações, a partir da extinção das associações sem fins lucrativos. Verifica-se, portanto, que as conclusões apresentadas foram solenemente ignoradas pela Contribuinte.

Em relação à incidência da CSLL, o § 4º do art. 17 da Lei nº 9.532, de 1997, dispõe expressamente sobre a tributação da contribuição social.

Com base nesses argumentos, afastam-se as alegações contra o lançamento, na parte relativa ao ganho oriundo do processo de desmutualização da CETIP.

Ainda sobre essa infração, a recorrente acusou a existência de erro de cálculo. Entretanto, se erro existiu, não foi no lançamento, nem pode ele ser imputado à Fiscalização.

A recorrente afirmou que as ações da CETIP S.A. permaneceram em seu patrimônio, registradas contabilmente por R\$ 406.650,00, pois não teria sido acrescentada a esse valor a variação positiva de R\$ 39.824,58, verificada entre 31 de maio a 1º de julho de 2008. A diferença, entretanto, teria sido tributada quando da alienação das ações em 2011.

O fato aludido pela recorrente está fora do período coberto pela verificação fiscal. A alegada venda das ações se deu em momento posterior, mais precisamente, no ano de 2011.

Não se pode exigir da autoridade lançadora que examine fatos ocorridos depois do período compreendido no mandado de procedimento fiscal. O lançamento deve estar em conformidade com as circunstâncias existentes no tempo do fato gerador. Nessa linha de raciocínio se conclui que o lançamento é válido. Se existiu erro, ele ocorreu em 2011, quando a recorrente deixou de computar um custo ao direito alienado.

Portanto, a correção se tiver de ser feita, o será pelos meios adequados, perante a autoridade tributária do domicílio fiscal da recorrente, e não neste processo, que não foi afetado pelo suposto erro.

Por fim, não procede a alegação de decadência. Isso porque, para haver decadência, é preciso que se materialize o fato gerador do tributo, associado à possibilidade de efetuar lançamento, pois só a partir desse instante é que se pode cogitar de inércia do Fisco, pressuposto indispensável para que se consume o referido fato extintivo.

Os valores correspondentes à atualização de títulos patrimoniais da Bolsa de Valores e de entidades assemelhadas só poderia ser tributado quando da devolução do patrimônio vertido pelo sócio para uma daquelas entidades isentas.

No caso em exame, a devolução de patrimônio só ocorreu em 2008. O lançamento é de 2012. Por conseguinte, é forçoso concluir que decadência não houve.

Concomitância da multa isolada com a multa vinculada ao tributo

Várias vezes examinei essa matéria, votando sempre pelo cabimento das duas multas concomitantemente, por entender que as infrações eram autônomas, cada qual ensejando sanção distinta. Mas, revi esse entendimento.

A multa isolada não se destina a apenar casos de omissão de receita, deduções indevidas de despesas, exclusões não autorizadas do ou falta de adição ao lucro líquido. Para essas infrações, aplica-se a multa que é cobrada juntamente com o tributo, do qual ela (a multa) é um acessório, pois só tem existência se houver também tributo devido (principal). Por isso alguns denominam essa multa de "*vinculada*", em oposição à outra que é "*isolada*".

A multa isolada foi instituída para punir os contribuintes que, tendo optado pelo lucro real anual para cálculo do IRPJ e da CSLL, deixavam de recolher as estimativas mensais. É que, findo o ano base, já não era juridicamente possível exigir as estimativas, pois elas tinham natureza de antecipação do tributo a ser apurado no final do período. Se o período já estava encerrado, o Fisco só podia exigir o valor devido e não as antecipações. Vale dizer, as estimativas só poderiam ser exigidas no curso do respectivo período de apuração.

A norma que determinava o recolhimento do IRPJ e da CSLL por estimativa, aos que optassem pelo lucro real anual, na prática, não tinha imperatividade, pois destituída de sanção para o seu descumprimento. Enfim, recolher estimativa reduziu-se a mera recomendação, a que o contribuinte atendia se quisesse.

É nesse contexto que surge a figura da multa isolada, com o propósito específico de punir o descumprimento da norma que impõe, aos que optaram pelo lucro real anual, o recolhimento mensal por estimativa ou, opcionalmente, o levantamento de balancete de verificação, visando a suspender ou reduzir a estimativa do mês.

Essa, em linhas gerais, é a finalidade da multa isolada. Para tais situações foi concebida. Aplicá-la a casos de omissão de receita ou de glosa de despesas, como ocorre no processo em exame, é uma forma de exacerbar a penalidade sem previsão legal.

Ademais, existe entendimento de que a aplicação da multa vinculada afastaria, pelo princípio da consunção, a multa isolada. O E. STJ tem decisões nesse sentido, das quais é exemplo a proferida no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.576.289/RS.

Do voto condutor da decisão, da lavra do eminente Ministro Herman Benjamin, se pode extrair o trecho abaixo:

Conforme assentado na decisão agravada, a Segunda Turma do STJ tem posição firmada pela impossibilidade de aplicação concomitante das multas isolada e de ofício previstas nos incisos I e II do art. 44 da Lei 9.430/1996. Confirmam-se:

TRIBUTÁRIO. MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO. ART. 44 DA LEI N. 9.430/96 (REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.488/07). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO. PRECEDENTE.

1. A Segunda Turma desta Corte, quando do julgamento do REsp nº 1.496.354/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, DJe 24.3.2015, adotou entendimento no sentido de que a multa do inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/96 somente poderá ser aplicada quando não for possível a aplicação da multa do inciso I do referido dispositivo.

2. Na ocasião, aplicou-se a lógica do princípio penal da consunção, em que a infração mais grave abrange aquela menor que lhe é preparatória ou subjacente, de forma que não se pode exigir concomitantemente a multa isolada e a multa de ofício por falta de recolhimento de tributo apurado ao final do exercício e também por falta de antecipação sob a forma estimada. Cobra-se apenas a multa de ofício pela falta de recolhimento de tributo.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.499.389/PB, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 28/9/2015).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. MULTA ISOLADA E DE OFÍCIO. ART. 44 DA LEI N. 9.430/96 (REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.488/07). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO.

1. Recurso especial em que se discute a possibilidade de cumulação das multas dos incisos I e II do art. 44 da Lei n. 9.430/96 no caso de ausência do recolhimento do tributo.

2. Alegação genérica de violação do art. 535 do CPC. Incidência da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

3. A multa de ofício do inciso I do art. 44 da Lei n. 9.430 96 aplica-se aos casos de "totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata".

4. A multa na forma do inciso II é cobrada isoladamente sobre o valor do pagamento mensal: "a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007) e 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. (Incluída pela Lei n. 11.488, de 2007)".

5. As multas isoladas limitam-se aos casos em que não possam ser exigidas concomitantemente com o valor total do tributo devido.

6. No caso, a exigência isolada da multa (inciso II) é absorvida pela multa de ofício (inciso I). A infração mais grave absorve aquelas de menor gravidade. Princípio da consunção.

Recurso especial improvido.

(REsp 1.496.354/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 24/3/2015).

A natureza de cada uma das multas e o entendimento pela prevalência do *princípio da consunção* foram suficientemente debatidos no REsp 1.496.354/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins. Transcrevo, por oportuno, os fundamentos declinados por Sua Excelência:

Não prospera a pretensão recursal, na medida em que não reconheço a possibilidade de exigência cumulativa de tais multas.

A multa do inciso I é aplicável nos casos de "*totalidade* ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou *recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata*".

A multa do inciso II, entretanto, é cobrada isoladamente sobre o valor do pagamento mensal: "*a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007) e 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. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)*".

Sistematicamente, nota-se que a multa do inciso II do referido artigo somente poderá ser aplicada quando não possível a multa do inciso I.

Destaca-se que o inadimplemento das antecipações mensais do imposto de renda não implicam, por si só, a ilação de que haverá tributo devido.

Os recolhimentos mensais, ainda que configurem obrigações de pagar, não representam, no sentido técnico, o tributo em si. Este apenas será apurado ao final do ano calendário, quando ocorrer o fato gerador.

As hipóteses do inciso II, "a" e "b", em regra, não trazem novas hipóteses de cabimento de multa. A melhor exegese revela que não são multas distintas, mas apenas formas distintas de aplicação da multa do art. 44, em consequência de, nos caso ali descritos, não haver nada a ser cobrado a título de obrigação tributária principal.

As chamadas "multas isoladas", portanto, apenas servem aos casos em que não possam ser as multas exigidas juntamente com o tributo devido (inciso I), na medida em que são elas apenas formas de exigência das multas descritas no *caput*.

Esse entendimento é corolário da lógica do sistema normativo-tributário que pretende prevenir e sancionar o descumprimento de obrigações tributárias. De fato, a infração que se pretende repreender com a exigência isolada da multa (ausência de recolhimento mensal do IRPJ e CSLL por estimativa) é completamente abrangida por eventual infração que acarrete, ao final do ano calendário, o recolhimento a menor dos tributos, e que dê azo, assim, a cobrança da multa de forma conjunta.

Em se tratando as multas tributárias de medidas sancionatórias, aplica-se a lógica do princípio penal da consunção, em que a infração mais grave abrange aquela menor que lhe é preparatória ou subjacente.

O princípio da consunção (também conhecido como Princípio da Absorção) é aplicável nos casos em que há uma sucessão de condutas típicas com existência de um nexo de dependência entre elas. Segundo tal preceito, a infração mais grave absorve aquelas de menor gravidade.

Sob este enfoque, não pode ser exigida concomitantemente a multa isolada e a multa de ofício por falta de recolhimento de tributo apurado ao final do exercício e também por falta de antecipação sob a forma estimada. Cobra-se apenas a multa de ofício pela falta de recolhimento de tributo.

Firmado nesses fundamentos, afasta-se a exigência das multas isoladas de IRPJ e de CSLL.

Juros de mora sobre a multa

No que concerne à incidência de juros sobre a multa proporcional aplicada em lançamento de ofício, esta 1ª Turma Ordinária tem posição firmada, se inclinando pela validade dessa incidência. O fundamento legal estaria nos art. 61 da Lei nº 9.430/1996, e nos artigos 161 e 139 ambos do CTN.

Nessa linha de interpretação, empresta-se um sentido amplo à expressão "*débitos para com a União, decorrentes de tributos*", constante do art. 61 da Lei nº 9.430/1996, de modo a abarcar tanto o tributo, quanto a multa.

Nesse mesmo sentido, decidiu esta 1ª Turma Ordinária no Acórdão nº 1301-002.154, cuja ementa, naquilo que diz respeito ao ponto a aqui tratado, tem a seguinte redação:

JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC. PROCEDÊNCIA.

A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

Portanto, com base nesses fundamentos, ressalvado o meu entendimento pessoal, não acolho a pretensão da recorrente.

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido

Quando os lançamentos de IRPJ e de CSLL recaírem sobre a mesma base fática, há de ser dada a mesma decisão, ressalvados os aspectos específicos inerentes à legislação de cada tributo.

Conclusão

Pelo exposto, voto por conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe parcial provimento, excluindo as multas isoladas.

(assinado digitalmente)
Roberto Silva Junior

Voto Vencedor

Conselheiro Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro - Redator Designado

Em que pese a clareza do voto do ilustre relator, divirjo quanto a incidência de CSLL na infração de ágio.

A decisão da DRJ entendeu que há previsão legal no sentido de aplicar-se à CSLL as mesmas regras de apuração e pagamento do IRPJ, inclusive no que diz respeito à apuração da Base de Cálculo, nos termos do art. 57 da Lei nº 8.981/95, bem como do art. 28 da Lei nº 9.430/96, *in verbis*:

Lei nº 8.981/95

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

Lei nº 9.430/96

Art. 28. Aplicam-se à apuração da base de cálculo e ao pagamento da contribuição social sobre o lucro líquido as normas da legislação vigente e as correspondentes aos arts. 1º a 3º, 5º a 14, 17 a 24B, 26, 55 e 71. (Redação dada pela Lei nº 12.715, de 2012)

Corroborando este entendimento, o voto condutor entendeu que quando os lançamentos de IRPJ e de CSLL recaírem sobre a mesma base fática, há de ser dada a mesma decisão.

Desse modo, aplicariam-se as conclusões relativas ao julgamento do IRPJ, em razão da relação de causa e efeito existente entre os fatos que geraram esses lançamentos.

No entanto, a Recorrente se insurge alegando que não há previsão legal para adição das despesas com a amortização do ágio na base de cálculo da CSLL, razão pela qual não deve persistir o lançamento para a CSLL.

Nesse ponto, com a devida vênia, me posiciono diferente ao voto condutor. Vejamos.

Não obstante as regras gerais para IRPJ e CSLL serem as mesmas, tais como os períodos de apuração, de pagamento, prestação de informações, cobrança, penalidades, etc, cada qual, contudo, possuem a sua própria base de cálculo e respectiva alíquota.

Nesse caso, se a despesa afetou o resultado (lucro líquido), ela pode ser deduzida, a menos que haja vedação legal específica, o que não acontece no presente caso.

Em matéria tributária vige o princípio da estrita legalidade e, por conta de seus efeitos é que a obrigação tributária é constituída em *numerus clausus*, ou seja, as hipóteses de tributação devem vir descritas em Lei em hipóteses fechadas.

Não existe em nosso ordenamento pátrio a tributação por analogia e é justamente essa conduta que o princípio da legalidade visa coibir, até porque a falta de previsão legal geraria insegurança jurídica, vez que o contribuinte nunca saberia ao certo quando pagar ou não o tributo.

Tendo em vista que a CSLL tem regras que lhes são próprias, não deve aplicar para fins de composição de base de cálculo desta regras que são próprias do IPRJ, sob pena de afrontar o princípio da legalidade. Este Colegiado já se manifestou nesse sentido confira-se:

“(...) CSLL – LANÇAMENTO DECORRENTE. As regras de dedutibilidade de despesas, dirigidas expressamente à apuração do lucro real, não se aplicam de forma reflexa à Contribuição Social sobre o Lucro. Por isso, na inexistência de dispositivo legal que determine a adição de determinada despesa para fins de apuração da base de cálculo da CSLL, não há como exigí-la. (Ac. 1401000.962 - 10/04/2013).

Desse modo, ante a ausência de previsão de adição das despesas com a amortização do ágio na base de cálculo da CSLL, entendo, portanto, que deve ser cancelada a exação fiscal nesse ponto.

Assim, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário para cancelar a exigências fiscais no tocante à CSLL.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro

Processo nº 16327.720977/2012-46
Acórdão n.º **1301-002.432**

S1-C3T1
Fl. 2.180
