



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16682.720832/2018-91
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1301-006.181 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de novembro de 2022
Recorrente VALE S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2013

ÁGIO. REGISTRO CONTÁBIL. QUOTAS DE AMORTIZAÇÃO. GLOSA DECADÊNCIA.

O prazo de decadência para a glosa das quotas de amortização de ágio começa a fluir do momento em que a amortização gera efeitos sobre a apuração do IRPJ e da CSLL, independentemente da data de constituição e de registro contábil do ágio.

ÁGIO. EMPRESAS DO MESMO GRUPO. AUSÊNCIA DE SUBSTÂNCIA ECONÔMICA. INDEDUTIBILIDADE.

É indedutível, por falta de substância econômica, o ágio originado de operações realizadas entre empresas do mesmo grupo econômico.

MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.

A multa isolada é cabível nos casos de falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ ou de CSLL, mas não pode ser exigida cumulativamente com a multa de ofício, aplicável aos casos de falta de pagamento do tributo, devendo subsistir, nesses casos, apenas a multa de ofício.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia-SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

IRPJ E CSLL. LANÇAMENTO. IDÊNTICA MATÉRIA FÁTICA. MESMA DECISÃO.

Quando o lançamento do IRPJ e da CSLL recaírem sobre a mesma base fática, a decisão dada a um dos lançamentos deve ser estendida ao outro, salvo aspectos específicos das respectivas legislações.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares arguidas. No mérito, acordam os conselheiros, por maioria, dar provimento parcial

ao recurso voluntário para afastar a multa isolada, vencidos Giovana Pereira de Paiva Leite, Lizandro Rodrigues de Souza e Rafael Taranto Malheiros, que foram pela possibilidade de concomitância de aplicação de multa de ofício e multa isolada; quanto à amortização do ágio, por maioria, manter a glosa da amortização, vencidos os conselheiros Marcelo José Luz de Macedo e Eduardo Monteiro Cardoso. Julgamento iniciado em março/2020. Não votou a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva (Suplente Convocada), tendo em vista que o Relator Roberto Silva Junior já havia votado na reunião de março/2020. A conselheira Giovana Pereira de Paiva Leite foi designada redatora *ad hoc*.

(documento assinado digitalmente)

Giovana Pereira de Paiva Leite – Presidente e Redatora *ad hoc*

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Roberto Silva Júnior, Lizandro Rodrigues de Sousa, Jose Eduardo Dornelas Souza, Rafael Taranto Malheiros, Marcelo Jose Luz de Macedo, Maria Carolina Maldonado Mendonca Kraljevic, Eduardo Monteiro Cardoso, Giovana Pereira de Paiva Leite (Presidente).

Relatório

Com fundamento no § 13 do art. 58 do Anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, fui designada pelo Presidente da Turma à época como Redatora *Ad Hoc*, em face da extinção do mandato do Conselheiro Relator Roberto Silva Junior.

Em dia 10 de março de 2020, quando teve início o julgamento do presente processo, durante o qual o Conselheiro Relator fez a leitura do relatório e apresentou seu voto no sentido de dar provimento parcial ao Recurso Voluntário. Na sequência, foi concedida vista ao Conselheiro Jose Eduardo Dornelas de Souza.

Dessa forma, adoto o relatório e voto elaborados e lidos pelo I. Conselheiro Relator na primeira sessão em que o recurso foi colocado em votação.

Passo, assim, à transcrição do relatório do Conselheiro Roberto Silva Junior:

VALE S.A., pessoa jurídica já qualificada nos autos, interpôs recurso contra o Acórdão nº 06-65.111, da 2ª Turma da DRJ – Curitiba (CTA), que negou provimento à impugnação da recorrente e manteve contra ela os autos de infração que glosaram a dedução de ágio, amortizado no ano base 2013, o que implicou a redução do prejuízo fiscal de IRPJ apurado naquele ano e a exigência de crédito tributário de CSLL; além disso, aplicou-se multa isolada por ausência de recolhimento de estimativa mensal de ambos os tributos.

No Termo de Verificação Fiscal – TVF, a autoridade lançadora relata que a recorrente, em resposta ao termo de início de procedimento fiscal, afirmou que em 2001 dera início ao processo de aquisição Caemi Mineração Metalurgia S.A. (CAEMI). Disse que a

operação se processou em duas etapas distintas, que resultaram na aquisição de 100% do capital daquela empresa.

Em fevereiro de 2006, deu-se a aquisição de parte das ações da CAEMI em decorrência de operação de resgate de ações da empresa estrangeira Amazon Iron Ore Overseas Co. Ltd (AMAZON), que detinha 60% do capital da CAEMI. A aquisição foi feita pelo valor aproximado de R\$ 2.701,08 MM sendo o valor patrimonial do ativo de R\$ 1.732,09 MM, resultando em um ágio de R\$ 968,98 MM.

Em março de 2006, ocorreu uma operação de incorporação de ações de emissão da CAEMI e que estavam em circulação no mercado (40% do capital), que eram detidas por terceiros. As ações foram pagas mediante a emissão de ações da recorrente, a VALE, em operação realizada em mercado de bolsa de valores. A aquisição foi feita pelo valor aproximado de R\$ 5.492,40 MM, sendo o valor patrimonial do ativo de R\$ 1.265,62 MM, o que gerou um ágio de R\$ 4.226,77 MM.

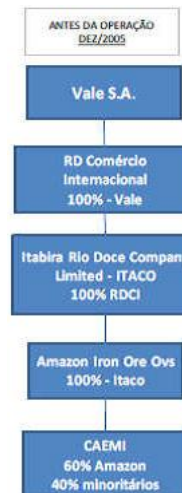
Dessa forma, a VALE passou a deter 100% do capital da CAEMI, representado pela totalidade das ações ordinárias e preferenciais por ela emitidas.

A partir de abril de 2006 a controladora passou a amortizar o ágio contabilmente à razão de 1/120 mensais. Assim, quando da incorporação da CAEMI, a recorrente já havia amortizado contabilmente parte do ágio pago na sua aquisição, o qual fora tratado como indedutível naquele momento, sendo controlado no Livro de Apuração do Lucro Real - LALUR.

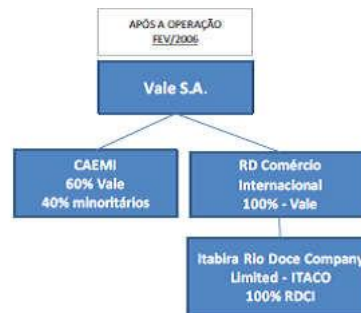
Em novembro do mesmo ano, a recorrente deliberou a absorção do acervo líquido da CAEMI mediante incorporação, sem emissão de novas ações, o que possibilitou o início da amortização fiscal dos ágios anteriormente registrados. O ágio foi amortizado em dez anos.

O TVF reproduziu as explicações fornecidas pela recorrente:

Em relação ao solicitado acima, a Vale esclarece que, anteriormente a fevereiro de 2006, a Vale S.A. ("CVRD") era controladora indireta da Caemi, companhia aberta com ações listadas em Bolsa de Valores. À época, a CVRD detinha 60% do capital total da Caemi (100% do capital votante), sendo a parcela remanescente detida por acionistas minoritários. O investimento da CVRD na Caemi era detido por meio das controladas RD Comércio Internacional ("RDCI"), Itabira Rio Doce Company Limited ("ITACO") e Amazon Iron Ore Overseas Company Limited ("Amazon"), tal como descrito no organograma abaixo. Cumpre esclarecer que o investimento da CVRD na Caemi fora adquirido junto aos antigos controladores da Caemi, em transações realizadas nos anos-calendário 2001 e 2003.



“Em fevereiro de 2006, a CVRD aumentou o capital da Amazon por meio de aporte de recursos e, ainda, adquiriu junto à ITACO as ações remanescentes de emissão da Amazon detidas pela ITACO. Como resultado das referidas transações, a Amazon tornou-se controlada direta da CVRD. Ainda em fevereiro de 2006, as ações detidas pela CVRD na Amazon foram resgatadas, sendo o resgate pago mediante dação da totalidade das ações detidas pela Amazon na Caemi e a consequente transferência da titularidade das referidas ações para a CVRD. A estrutura de controle após as referidas transações está descrita no organograma abaixo.”



A Fiscalização, em vista desses fatos, concluiu que houve uma sequência de eventos societários, com a finalidade de gerar ágio a ser aproveitado em momento futuro; pois não haveria, no entender da autoridade fiscal, outro motivo para a aquisição dos 40% de ações detidas pelos acionistas minoritários, salvo a incorporação da empresa, visto que a recorrente já detinha, àquela época, 100% do capital votante da CAEMI e, portanto, o comando da administração da empresa.

Afirmou a autoridade lançadora que o ágio gerado nessa operação é o que se convencionou chamar de *ágio interno*, o qual não é dedutível para fins tributários. As ações da CAEMI já pertenciam indiretamente à VALE (controladora), não ocorrendo alteração real de propriedade. Ademais, toda a movimentação financeira ficou confinada dentro do mesmo grupo societário, sem aumento de riqueza ou dispêndio.

Com relação ao segundo ágio, diz o TVF:

Após as operações de fevereiro de 2006 descritas acima, ainda restaram 59,94% das ações preferenciais da Caemi nas mãos de terceiros, correspondentes a 40% do capital societário.

Diante disso, a Vale, detentora de 100% das ações da Caemi com direito a voto, efetuou uma operação de troca de todas as 1.558.963.806 ações preferenciais da Caemi em circulação no mercado - negociadas na Bovespa sob o código CMET4 - por novas ações preferenciais (PNA) a serem emitidas por ela.

A relação de substituição de ações preferenciais de emissão da CAEMI por ações preferenciais Classe A de emissão da Vale foi feita com base no valor de mercado das referidas ações, conforme a média aritmética das cotações de fechamento dos 90 dias que antecederam o primeiro fato relevante a respeito da operação. Nesse sentido, foram consideradas as cotações de fechamento dos pregões realizados entre 26 de outubro de 2005, inclusive, e 23 de janeiro de 2006, inclusive, tendo sido obtida uma cotação média aritmética de R\$ 85,61640 por ação preferencial Classe A de emissão da Vale e R\$ 3,52311 por ação preferencial de emissão da CAEMI.

Assim, os acionistas minoritários da Caemi receberam 0,04115 ações preferenciais Classe A de emissão da Vale por cada ação preferencial de emissão da Caemi de sua propriedade, conforme consta no “Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações de Emissão da Caemi Mineração e Metalurgia S.A. pela Companhia Vale do Rio Doce” (DOC. 3).

Nessa operação, ao "pagar" R\$ 3,52311 por ação da Caemi (na verdade não existiu um pagamento formal de ágio, mas uma troca de ações, em que os acionistas minoritários receberam ações de emissão da Vale em troca da sua participação na Caemi) foi gerado um ágio de R\$ 4.226.774 M, conforme demonstrado pela empresa na resposta ao Termo de Início de Procedimento Fiscal (DOC. 1).

Corroborando a questão de que a operação foi toda orquestrada para gerar esse ágio, temos o fato de que, os titulares de ações ordinárias de emissão da Vale, que dissentessem da deliberação relativa à Incorporação de ações da Caemi, tiveram o direito de retirar-se do capital da Incorporadora, mediante o reembolso das ações de que comprovadamente eram titulares em 23 de janeiro de 2006, pelo valor patrimonial da ação conforme balanço levantado em 31 de dezembro de 2005, correspondendo a R\$ 20,89 (vinte reais e oitenta e nove centavos), por ação em circulação, (item 8 do DOC. 3), mas para efeitos de troca de ações, a Vale utilizou a cotação média aritmética de R\$ 85,61640, muito superior ao que se propôs a pagar aos acionistas insatisfeitos que quisessem se retirar, ou seja, utilizou dois pesos e duas medidas, de acordo com seus interesses.

No caso em tela, não haveria o menor motivo para se aplicar o valor médio da bolsa, ou ainda considerar a possibilidade de rentabilidade futura para o pagamento de ágio, visto que a Vale detinha 100% das ações ordinárias da Caemi, não havendo opção de deliberação aos detentores das ações preferenciais, e, além disso, esses acionistas minoritários da Caemi continuaram participando da rentabilidade futura daquela empresa, e melhor ainda, da Vale como um todo, tendo apenas substituído suas ações naquela pelas ações da sua controladora - Vale S.A., e desta forma continuaram participando de todos os lucros futuros da Caemi, ainda que indiretamente, com excelente benefício, conforme a própria Vale esclarece no “Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações de Emissão da Caemi Mineração e Metalurgia S.A. pela Companhia Vale do Rio Doce”, que está replicado a seguir com fins de ilustrar os fatos descritos:

(...)

Outro ponto importante a observar é que o laudo de avaliação a valor de mercado (DOC 14), utilizando o método de fluxo de caixa descontado, isto é, considerando a expectativa de rentabilidade futura, obteve um valor para Caemi bem inferior ao que foi adotado para o cálculo do “ágio”.

De acordo com o citado laudo, o valor de mercado integral (100%) da Caemi era R\$ 7.468.006 mil, mas apesar disso, a Vale se dispôs a pagar R\$ 5.492.400 mil, (valor equivalente à 73,55% do valor de mercado da empresa), por uma participação equivalente à apenas 39,77% do total de ações. Evidentemente, que se a aquisição tivesse se operado mediante desembolso efetivo de ativos, não teria se concretizado neste absurdo patamar.

Reforçando este entendimento, temos que o ágio que foi apurado na incorporação das ações preferenciais da Caemi, que foram substituídas pelas da Vale, teve contrapartida no aumento do capital social desta última, conforme o item 6 do “Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações de Emissão da Caemi Mineração e Metalurgia S.A. pela Companhia Vale do Rio Doce”, com a emissão de 64.151.361 ações preferenciais classe A da Vale SA equivalentes a R\$ 5.492.400.974,56, ficando mais uma vez evidenciado o fato de que a Vale não pagou pelo ágio, não havendo desembolso monetário algum nesta operação.

É interessante ainda atentar para o fato de que a Caemi foi incorporada pela Vale em 28/12/2006, sendo que em 19/10/2006 as empresas já haviam divulgado o “Protocolo e Justificação de Incorporação da Caemi Mineração e Metalurgia S.A. pela Companhia Vale do Rio Doce” (DOC 12). Isso deixa claro que, desde que a Vale iniciou o processo de reorganização societária envolvendo a incorporação de ações da Caemi, já visava de fato à incorporação da empresa, de maneira que, qualquer ágio “pago” nessa operação seria passível de amortização futuramente, diminuindo o resultado tributário dos próximos anos.

É possível concluir, portanto, que o ágio apurado nesta 2ª etapa da operação, equivalente a R\$ 4.226.774 M (DOC. 1) é totalmente fictício, pois não houve desembolso, ou se preferir, sacrifício monetário algum por parte da Vale. O que ocorreu foi uma mera substituição proporcional de ações da companhia controlada pelas ações da controladora, onde os sócios minoritários que tiveram suas ações da controlada substituídas pelas da controladora continuaram usufruindo da mesma perspectiva de rentabilidade futura, e ainda saíram ganhando, conforme muito bem demonstrado pela própria Vale. (fls. 698 a 702)

Não resignada, a recorrente impugnou o lançamento. Preliminarmente arguiu decadência. No mérito, contestou a qualificação de *ágio interno* dada pela autoridade fiscal ao primeiro ágio.

Quanto ao segundo ágio, afirmou que houve efetivo pagamento, o qual se deu mediante subscrição de novas ações. Negou que o preço tenha sido fixado acima do estabelecido no laudo de avaliação. No que tange à CSLL, disse que não existe lei restringindo a dedutibilidade do ágio. Questionou ainda a exigência de multa isolada após o encerramento do ano base; bem como a incidência de juros sobre a multa ante a ausência de previsão legal para tanto.

A DRJ – CTA negou provimento à impugnação em acórdão assim ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2013

SUSTENTAÇÃO ORAL. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

Nos termos da legislação do PAF, não há previsão para produção de prova oral.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2013

ÁGIO. LEI Nº 9.532/97. ARTS. 7º e 8º. INCORPORAÇÃO, FUSÃO, CISÃO, ÁGIO INTERNO OU ÁGIO DE SI MESMO. GLOSA DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO.

As operações de reestruturação societária de grupos econômicos com incorporação de empresas ou incorporação de ações, em que há transação dos acionistas com eles próprios, sem a presença de terceiros independentes, resultam na geração artificial de ágio, não podendo ser oponível ao fisco, o que autoriza a glosa da amortização do ágio, supostamente amparada pelos artigos 7º e 3º da Lei nº 9.532/97.

ÁGIO INTERNO OU ÁGIO DE SI MESMO. VALIDADE DA PROIBIÇÃO ANTES DA MP Nº 627/2013 OU LEI Nº 12.973.2014.

Não procede a alegação de que a proibição da figura do ágio interno somente valeria para fatos posteriores à vigência da MP nº 627/2013, convertida na Lei nº 12.973/2014, cuja vedação expressa somente veio a confirmar o espírito da legislação anterior.

CSLL. DECORRÊNCIA. LANÇAMENTO REFLEXO.

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

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2013

DECADÊNCIA. ANÁLISE DE FATOS OCORRIDOS HÁ MAIS DE CINCO ANOS. NATUREZA PROBATÓRIA POSSIBILIDADE.

A análise da formação do ágio tem natureza de prova, a qual pode ser idoneamente carregada aos autos, independentemente da data de sua criação, ou da data do fato a que ele se reporte, estando sujeita à livre apreciação pelo fisco, que pode, com base nela, efetuar o lançamento, desde que o fato gerador esteja dentro do prazo decadencial.

MULTA DE OFÍCIO ISOLADA. FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO MENSAL DEVIDO POR ESTIMATIVA.

A falta ou insuficiência de recolhimento do imposto mensal devido por estimativa, por pessoa jurídica que optou pela tributação com base no lucro real anual, enseja a aplicação da multa de ofício isolada de 50%.

MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO INCIDENTE SOBRE O TRIBUTO APURADO COM BASE NO LUCRO REAL ANUAL. COMPATIBILIDADE.

Tratando-se de infrações distintas, é perfeitamente possível a exigência concomitante da multa de ofício isolada sobre estimativa obrigatória não recolhida ou recolhida a menor com a multa de ofício incidente sobre o tributo apurado, ao final do ano-calendário, com base no lucro real anual.

JUROS SOBRE MULTA. CABIMENTO. ART. 161 DO CTN. ART. 61 DA LEI Nº 9.430.96.

A incidência de juros sobre multa tem amparo legal, pois o art. 161 do CTN prevê sua aplicação para "o crédito" e o art. 61 da Lei nº 9.430/96 o faz para "os débitos", sendo que ambos os termos alcançam o tributo e a multa, e esta não foi ressalvada pelo legislador.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Contra a decisão da DRJ foi interposto recurso.

Quanto aos fatos, recorrente afirmou que, em 2001 e 2003, por meio de empresas por ela controladas no exterior, adquiriu 60% de participação societária na CAEMI. O custo da compra das ações teria sido integralmente suportado pela própria recorrente, que havia fornecido os recursos necessários às suas controladas, para que realizassem a aquisição do investimento.

Em 2006, a recorrente resolveu ter o controle direto da CAEMI, e adquirir a parcela das ações detidas por acionistas minoritários, passando a ter 100% do capital da CAEMI, o que se processou em duas etapas.

A primeira etapa foi proceder ao resgate das ações da AMAZON, empresa sediada nas Ilhas Cayman e que detinha as ações da CAEMI. O resgate das ações da AMAZON se fez com a entrega das ações da CAEMI. Ao final dessa etapa, a recorrente era detentora direta de 100% das ações com direito a voto e a 60% das ações preferenciais.

A operação foi efetuada pelo valor aproximado de R\$ 2.701.000.000,00, sendo o valor patrimonial do ativo de R\$ 1.732.000.000,00, o que gerou um ágio de aproximadamente R\$ 968.000.000,00. O ágio, embora contabilizado em 2006, teria lastro nos valores suportados pela recorrente quando da aquisição das ações CAEMI em 2001 e 2003.

Na segunda etapa, a recorrente levou a cabo a incorporação das ações da CAEMI, em circulação no mercado, na posse de acionistas minoritários. A operação consistiu na troca de ações preferenciais da CAEMI por ações preferenciais da recorrente.

As ações de uma e de outra empresa foram avaliadas a valor de mercado. A aquisição de 40% das ações preferenciais da CAEMI foi feita pelo valor aproximado de R\$ 5.492.400.000,00, mas o valor patrimonial do ativo era de R\$ 1.265.620.000, resultando daí um ágio de R\$ 4.226.770.000,00.

O passo seguinte, foi a incorporação da CAEMI pela recorrente, que então passou a amortizar o ágio e deduzir da base de cálculo do IRPJ e da CSLL as respectivas quotas de amortização do ágio.

Frisou a recorrente que, em momento algum, a Fiscalização pôs em dúvida a validade jurídica das operações acima descritas.

Reiterou que a aquisição da CAEMI se deu por meio de controladas no exterior, mas que a recorrente é a real adquirente, pois a compra foi feita com recursos por ela providos. O ágio nasceu nesse momento, em operação envolvendo partes não vinculadas e, segundo a recorrente, já figurava nas demonstrações financeiras consolidadas.

No que tange ao ágio da 2ª etapa, a recorrente afirmou que houve efetivo pagamento, em condições de mercado, mediante entrega de ações de sua emissão, as quais tinham cotação em bolsa de valores. Assim, não procede a alegação da autoridade lançadora de que não houve sacrifício financeiro.

A recorrente arguiu decadência do direito de o Fisco questionar a reestruturação societária efetuada. O Decreto n.º 70.235/1972 traz expressamente a possibilidade de lavratura de auto de infração sempre que houver afronta à legislação tributária, ainda que não se faça exigência imediata de crédito tributário. Portanto, se a Fiscalização entendesse que havia irregularidade nas operações societárias, poderia ter lavrado auto de infração antes mesmo do início da amortização do ágio.

Por outro lado, a decisão recorrida foi acusada de nulidade, por ter agregar um fundamento novo que o TVF originalmente não continha. Trata-se da acusação de ágio interno contra o ágio nascido na 2ª etapa. Além disso, a decisão deixou de se manifestar sobre pontos e documentos apresentados na impugnação.

No mérito, disse que a autuação está alicerçada em dois argumentos principais: ágio interno e ausência de desembolso financeiro.

Alegou a recorrente que o ágio formado na 1ª etapa teria origem na aquisição de 60% do capital da CAEMI, ocorrida em 2001 e 2003, em operações realizadas entre partes independentes. Esse mesmo ágio é que veio a ser transferido à recorrente quando do resgate de ações da AMAZON, o que se fez com base nos mesmos valores, inexistindo nessa transação qualquer forma de ganho ou lucro. Por essa razão, concluiu que não houve ágio interno.

Entretanto, mesmo que existisse, no caso concreto, ágio interno, que envolve o reconhecimento de ganho ou lucro não realizado, ponderou a recorrente que esse tipo de ágio só é condenável em sede de demonstrações consolidadas e não nas demonstrações individuais, que são a base de apuração do lucro real.

Por outro lado, ao tempo dos fatos, não havia na legislação tributária, restrição ao ágio gerado em operações envolvendo partes vinculadas, o que só passou a existir com o advento da Medida Provisória n.º 627/2013, depois convertida na Lei n.º 12.973/2014.

Quanto ao ágio formado na 2ª etapa, o TVF sustenta a inexistência de efetivo pagamento do ágio ("sacrifício monetário") na operação de incorporação de ações. Esse é, segundo a recorrente, o principal fundamento dessa parte da glosa. A DRJ, entretanto, se afastando dele, sustentou que a autuação deve ser mantida por um fundamento que não consta do TVF.

A recorrente diz que não existe restrição à forma que aquisição do investimento, e tampouco à maneira escolhida pelas partes para a quitação do investimento adquirido. Para fins de amortização fiscal do ágio, a existência de desembolso de recursos é irrelevante.

Disse também que a Fiscalização se equivocou ao afirmar que o valor da operação foi fixado acima daquele estabelecido no laudo de avaliação.

O TVF alega que, segundo o laudo de avaliação, "o valor de mercado integral (100%) da Caemi era R\$7.468.006 mil, mas apesar disso, a Vale se dispôs a pagar R\$ 5.492.400 mil, (valor equivalente a 73,55% do valor de mercado da empresa), por uma participação equivalente a apenas 39,77% do total de ações". A Fiscalização teria cometido um equívoco ao analisar os documentos juntados pela recorrente. De acordo com o laudo apresentado (fls. 107), o valor indicado de avaliação para a participação de 100% da CAEMI é de R\$ 13,976 bilhão.

Assim, a parcela de 39,77% equivale a R\$ 5.558.255 mil e suporta, portanto, do valor pago pela recorrente.

A autoridade fiscal cometeu erro ao entender que o laudo que suportava o ágio registrado no investimento na CAEMI era outro documento, de finalidade distinta. A Fiscalização considerou que o laudo que fundamentou o ágio seria o laudo de avaliação de patrimônio líquido (fl. 921). Este documento tinha o objetivo de avaliar o valor de patrimônio líquido da CAEMI a valor de mercado, para fins de incorporação. Exatamente esse é o objetivo do laudo, expressamente fixado no documento (fl. 928). O laudo não foi utilizado para fundamentar a rentabilidade futura da CAEMI, nem utilizou a metodologia de fluxo de caixa descontado.

Segundo a recorrente, a Fiscalização alegou que não haveria motivo para que a recorrente, na 2ª etapa, pagasse o valor de mercado pelas ações CAEMI, tendo em vista que ela já detinha o controle das deliberações daquela empresa por meio de 100% das ações ordinárias. Argumentou a autoridade fiscal que a operação deveria ter sido realizada pelo valor contábil das ações da recorrente, indicando, inclusive, que esse valor fora utilizado para fins de pagamento do exercício do direito de retirada.

A autoridade fiscal não apontou, segundo a recorrente, qual teria sido a irregularidade praticada, limitando-se a fazer ilações acerca das razões que teriam levado as partes a fazer as operações da forma que foram feitas.

Com base no art. 264 da Lei das SA, a relação de troca pode ser avaliada segundo dois parâmetros: (i) patrimônio líquido a valor de mercado; ou (ii) outro critério aceito pela CVM, no caso de companhias abertas. Destaca-se que tanto a CAEMI quanto a recorrente eram empresas de capital aberto. Assim, a relação de troca pode ser livremente negociada.

A recorrente, por expressa previsão legal do art. 264 da Lei das S.A., acabou por realizar duas análises para determinar as relações de substituição: a) valor de patrimônio líquido a mercado (laudo de fl. 921) e 2) valor justo pela cotação de bolsa (estudo Merrill Lynch, doc. 6 da impugnação).

A adoção do valor de mercado na relação de troca e aumento de capital é prevista apenas para casos excepcionais, tal como o da recorrente e CAEMI, que possuíam índices representativos no Índice Bovespa. Há expressa autorização legal permitindo a realização da operação nos moldes adotados.

No que tange ao reembolso, no caso do exercício do direito de retirada, ponderou a recorrente que a matéria tem regulamentação legal. De acordo com a lei, o reembolso é obrigatoriamente fixado pelo valor de patrimônio líquido contábil da companhia. No caso concreto, o direito de retirada representava baixa atratividade, porquanto o valor de mercado das ações era superior ao valor patrimonial contábil.

A recorrente, por fim, sustentou que havia razões de ordem econômica e de mercado a justificar a aquisição das ações preferenciais em poder dos sócios minoritários.

Quanto à CSLL, alegou a inexistência de base legal para a glosa da amortização de ágio. Alegou, por fim, a impossibilidade de exigir multa isolada após o encerramento do ano base; e a ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa.

Com esses fundamentos, pugnou pelo provimento do recurso, com o cancelamento do auto de infração.

A Procuradoria da Fazenda Nacional – PFN se manifestou, apresentando contrarrazões ao recurso voluntário.

Por último, a recorrente trouxe aos autos parecer técnico do professor Eliseu Martins.

É o relatório.

Voto

Conselheira Giovana Pereira de Paiva Leite, Redatora *ad hoc*.

O Conselheiro relator proferiu voto, originalmente, nos seguintes termos:

Admissibilidade

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade.

Decadência

A recorrente alegou decadência, tendo em vista a data de constituição do ágio.

A decadência prevista no art. 173 do CTN é fato extintivo do direito de constituir o crédito tributário mediante lançamento. 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 for, no todo ou em parte, afetado.

Nessa linha, 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. 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 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 do ágio inexistente no âmbito do IRPJ e da CSLL 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 conseqüente 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 foram ou não objeto de fiscalização e lançamento.

Vale ainda citar a **Súmula CARF 116**, abaixo transcrita:

Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança.

Indefere-se, portanto, a preliminar.

Nulidade da decisão recorrida

Foi arguida a nulidade do acórdão da DRJ, ao argumento de que a decisão recorrida trouxe um fundamento que não constava do TVF, relativo ao ágio gerado na incorporação de ações. Trata-se da acusação de ágio interno, que, segundo o TVF, só afetou o ágio da 1ª etapa.

É necessário estabelecer uma distinção, dentro do processo administrativo, das hipóteses de invalidade. Há casos de invalidade cuja consequência é a anulação do ato e o retorno do processo à etapa anterior para que o ato seja refeito. É o que se dá, por exemplo, com os atos praticados com cerceamento de defesa. Há casos, entretanto, em que a invalidade decorre da má aplicação do direito, do erro na valoração da prova ou na qualificação jurídica do fato. Nessas hipóteses, corrige-se o ato, substituindo-o se for necessário, sem prejuízo à marcha normal do processo, ou seja, sem retroceder à etapa anterior. Estas são as chamadas questões de “mérito”, que se opõem àquelas outras denominadas de “preliminares”.

Na situação em exame, o que se tem, de acordo com a recorrente, é a introdução de um novo fundamento para servir de respaldo à exigência fiscal. Esse vício, caso a existência seja reconhecida, não implicará o retorno do processo à etapa anterior para nova decisão. É suficiente a reforma total ou parcial do acórdão, sem necessidade de retrocesso. Portanto, o problema suscitado pela recorrente deve ser tratado como questão de mérito.

Ágio

A controvérsia gira em torno da dedução do ágio oriundo da aquisição da CAEMI pela VALE S.A., que se deu em duas etapas. A primeira em fevereiro de 2006, a segunda em março do mesmo ano. Em cada etapa foi gerada uma parcela de ágio.

Na 1ª etapa, em fevereiro foi registrado contabilmente um ágio de R\$ 968 milhões relativo à aquisição de 100% das ações ordinárias e 40% das ações preferenciais da CAEMI, correspondente a 60% do capital. Na 2ª etapa, em março, mercê de uma operação de

incorporação de ações, foi adquirido o restante (40%) do capital da CAEMI, correspondente a 60% das ações preferenciais, gerando um ágio de R\$ 4,2 bilhões, aproximadamente.

A Fiscalização entendeu que o ágio, nos dois casos, é artificial. Disse ela que *“restou comprovado de forma inequívoca a apuração artificial de ágio nas operações de reestruturação societária para incorporação da Caemi, e conseqüentemente, a presente ação fiscal resultou na glosa de despesas com amortização do ágio na apuração do Lucro e Real e da Base de Cálculo da CSLL no ano-calendário de 2013.”* (fl. 702)

Ágio da 1ª Etapa

De acordo com a recorrente, a primeira parcela do ágio não teria sido formada em 2006, mas sim em 2001 e 2003, quando empresas controladas pela VALE S.A., nas Ilhas Cayman, adquiriram a totalidade das ações ordinárias da CAEMI e 40% das ações preferenciais. Esse ágio estaria evidenciado, desde o início, nas demonstrações financeiras consolidadas, vindo para a demonstração financeira individual da recorrente quando do resgate das ações da AMAZON. Além disso, mesmo que o ágio tivesse se originado de negócios envolvendo partes vinculadas, não havia até a edição da Lei n.º 12.973/2014 nenhuma restrição ao ágio interno.

Não pode ser acolhida a pretensão de contabilizar, no país, como ágio um valor supostamente oriundo da aquisição de investimento no exterior. Existem várias razões para isso.

Primeiro porque se desconhece se o país onde se encontra o investidor, as Ilhas Cayman, prevê ou determina a contabilização de ágio. Por outro lado, se existe registro do ágio, não se sabe como ele é feito e tampouco qual o tratamento legal dispensado ao ágio. Aliás, não é possível dizer se o ágio foi utilizado e de que forma. Não é possível assegurar se o ágio ainda existe ou já foi totalmente consumido.

Sem responder a tais perguntas, não se pode validamente defender o direito de o contribuinte trazer para sua contabilidade ágio supostamente nascido no exterior, sobretudo considerando o intervalo de tempo entre a data do negócio do qual supostamente se originou o ágio e a data em que ele foi registrado na contabilidade da recorrente, ou seja, em suas demonstrações financeiras individuais.

Portanto, no caso em exame e para fins tributários, a primeira parcela do ágio (1ª etapa) deve ser desvinculada de qualquer negócio feito por empresas estabelecidas nas Ilhas Cayman, ainda que tais empresas fossem controladas pela recorrente. Sendo assim, o nascimento do ágio deve ser considerado como ocorrido no momento em que houve o resgate das ações da AMAZON cujo pagamento foi feito mediante entrega da participação societária na CAEMI, ou seja, 100% das ações ordinárias e 40% das ações preferenciais.

A recorrente que já controlava a CAEMI, indiretamente por meio da AMAZON, estabelecida nas Ilhas Cayman, agora passou a ter o controle direto da empresa.

Não é difícil perceber que a operação envolveu partes vinculadas. Uma delas (VALE S.A.) detinha 100% do capital da outra (AMAZON), vale dizer, os atos praticados por ambas as companhias estavam submetidos à vontade emanada do mesmo órgão.

Trata-se, pois, de ágio interno ou intragrupo, sem substância econômica e cuja dedutibilidade não se admite, mesmo em operações anteriores ao advento da Medida Provisória n.º 627/2013, como vem decidindo reiteradamente o CARF.

Ágio interno

Tendo nascido de negócio jurídico celebrado entre empresas integrantes do mesmo grupo econômico, esse ágio é o que se convencionou chamar de ágio interno.

O ágio interno, não dedutível para fins de IRPJ e CSLL, decorre de negócio jurídico celebrado entre partes relacionadas. Existe vínculo entre as partes quando elas estejam submetidas a controle comum, ou quando uma delas se ache submissa à vontade da outra. Nessa hipótese, estarão ausentes as condições de mercado necessárias à livre formação do preço de alienação e de aquisição do investimento. Portanto, mesmo que não haja fraude, simulação ou conluio; mesmo que haja laudo indicando a expectativa de rentabilidade, o ágio não será suscetível de dedução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

A não dedutibilidade do ágio interno é ponto acerca do qual existe jurisprudência no CARF; jurisprudência que se consolida a cada dia pela reiteração sistemática de decisões no mesmo sentido, inclusive da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF.

Ágio é a diferença entre preço de aquisição de ações ou quotas de uma determinada empresa e o valor patrimonial desse ativo. Dessa definição sobressaem dois elementos: preço e valor patrimonial. O valor patrimonial decorre objetivamente de uma relação entre ações ou quotas de capital e o valor do patrimônio líquido. Já o preço é fixado pelas partes.

E na fixação do preço que reside a distinção mais visível entre as operações realizadas por partes independentes, e as realizadas por entidades empresariais que se encontram sob controle comum, ou quando uma delas se acha submissa à vontade da outra.

Em operações envolvendo partes independentes, comprador e vendedor têm posições antagônicas em relação ao preço. Enquanto o primeiro busca o menor preço possível, o segundo quer levá-lo a patamar mais alto. No que tange à fixação do preço, pode-se afirmar que as posições de vendedor e comprador são antagônicas. O ponto de equilíbrio entre essas duas forças é dado pelo mercado. As condições do mercado, ao final, é que fazem com que as partes se componham quanto ao preço.

Tal situação, entretanto, não ocorre quando o negócio é firmado entre partes vinculadas. A disputa em tomo do preço desaparece, cedendo o passo a propósitos que transcendem o interesse das partes, para contemplar o interesse superior do grupo econômico. Prevalecerá o que convier ao grupo.

Uma operação de compra e venda envolvendo empresas do mesmo grupo não gera riqueza nova. Não há ganho, nem perda. Eventual ganho de uma parte é perda para outra e, dentro do grupo econômico, elas se anulam. Nesse sentido, a fixação de preço passa a ser um dado de menor relevância sob o aspecto econômico. Porém, do ponto de vista fiscal a fixação de preço da participação societária em montante superior ao patrimônio líquido tornar-se conveniente na medida em que o ágio daí resultante possa ser deduzido das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Nos negócios jurídicos de aquisição de quotas ou de ações envolvendo entidades vinculadas, a conveniência das partes se confunde com o objetivo do próprio grupo.

Se o ágio, nos negócios jurídicos envolvendo partes independentes, é uma consequência, é um elemento periférico, embora relevante; nas operações com partes vinculadas, ele muitas vezes é a própria razão de ser do negócio.

A teoria contábil repudia o ágio interno por falta de substância econômica. Seja para garantir a confiabilidade das demonstrações contábeis ou para proteger acionistas minoritários; seja para assegurar informações confiáveis ao investidor ou por qualquer outra

razão, o fato é que a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, o Conselho Federal de Contabilidade - CFC, o Comitê de Pronunciamentos Contábeis - CPC rejeitam o ágio interno.

Se o ágio interno carece de substância econômica, pois criado arbitrariamente entre partes vinculadas, não pode esse mesmo ágio ser utilizado como dedução de IRPJ e CSLL. Nesse sentido, o CARF vem decidindo reiteradamente, como demonstram as ementas abaixo transcritas, na parte que diz respeito ao ponto aqui examinado:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

Deve ser mantida a glosa da despesa de amortização de ágio que foi gerado internamente ao grupo econômico, sem qualquer dispêndio, e transferido à pessoa jurídica que foi incorporada. (Acórdão n.º 9101-002.388 da 1ª Turma da CSRF)

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Inadmissível a formação de ágio por meio de operações internas, sem a intervenção de partes independentes e sem o pagamento de preço. (Acórdão n.º 9101-002.487 da 1ª Turma da CSRF)

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

Deve ser mantida a glosa da despesa de amortização de ágio que foi gerado internamente ao grupo econômico, sem qualquer dispêndio, e transferido à pessoa jurídica que foi incorporada. (Acórdão n.º 9101-002.389 da 1ª Turma da CSRF)

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

Deve ser mantida a glosa da despesa de amortização de ágio que foi gerado internamente ao grupo econômico, sem qualquer dispêndio, e transferido à pessoa jurídica que foi incorporada. (Acórdão n.º 9101-002.390 da 1ª Turma da CSRF)

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

Deve ser mantida a glosa da despesa de amortização de ágio que foi gerado internamente ao grupo econômico, sem dispêndio de recursos, e transferido à pessoa jurídica que foi incorporada. (Acórdão n.º 9101-002.392 da 1ª Turma da CSRF)

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

Deve ser mantida a glosa da despesa de amortização de ágio que foi gerado internamente ao grupo econômico, sem qualquer dispêndio, e transferido à pessoa jurídica que foi incorporada. (Acórdão n.º 9101-002.550 da 1ª Turma da CSRF)

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer a participação de uma pessoa jurídica investidora originária, que efetivamente tenha acreditado na "mais valia" do investimento e feito sacrifícios patrimoniais para sua aquisição.

Inexistentes tais sacrifícios, notadamente em razão do fato de alienante e adquirente integrarem o mesmo grupo econômico, evidencia-se a artificialidade da reorganização societária que, carecendo de propósito negocial e substrato econômico, não tem o condão de autorizar o aproveitamento tributário do ágio pretendido pela contribuinte. (Acórdão n.º 9101-002.449 da 1ª Turma da CSRF)

ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. AMORTIZAÇÃO. ALCANCE.

Não é dedutível o pretense ágio na aquisição de participação societária apurado no estrangeiro, em operação envolvendo pessoas jurídicas domiciliadas no exterior, mesmo que sem qualquer vinculação entre si, ainda mais quando, tanto o laudo de avaliação apresentado, quanto o lançamento fiscal se baseiam em ágio contabilizado mais de dois anos depois, oriundo de operações envolvendo empresas já pertencentes ao mesmo grupo econômico, domiciliadas no Brasil, caracterizando ágio interno. É correta, portanto, a glosa das exclusões não previstas na

legislação da CSLL, e da redução do lucro tributável por despesa atribuída a ágio, mas que não se reveste das características necessárias para ser assim classificada. (Acórdão n.º 9101-002.183 da 1ª Turma da CSRF) (g.n.)

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer a participação de uma pessoa jurídica investidora originária, que efetivamente tenha acreditado na "mais valia" do investimento e feito sacrifícios patrimoniais para sua aquisição.

Inexistentes tais sacrifícios, notadamente em razão do fato de alienante e adquirente integrarem o mesmo grupo econômico, evidencia-se a artificialidade da reorganização societária que, carecendo de propósito negocial e substrato econômico, não tem o condão de autorizar o aproveitamento tributário do ágio que pretendeu criar. (Acórdão n.º 9101-002.427 da 1ª Turma da CSRF)

Ainda sobre o ágio interno, cumpre ressaltar que as orientações emanadas da CVM e do CFC, bem como os pronunciamentos técnicos do CPC que cuidam da matéria não conferiram ao ágio interno uma natureza que antes ele já não tivesse. A falta de substância econômica e todas as características desse tipo de ágio antecedem a tais orientações, bem como à própria legislação que instituiu as regras de convergência internacional. Nessa linha de raciocínio, é possível concluir que a vedação à dedutibilidade do ágio interno, presente no caput do art. 22 da Lei n.º 12.973/2014, vem apenas reforçar o entendimento de que esse ágio carece, e sempre careceu, de substância econômica.

A ausência de substância econômica implica a ausência do próprio fundamento econômico. Quando o inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532/1997 autoriza a amortização do ágio fundado em rentabilidade futura, o dispositivo legal está a exigir um requisito (fundamento econômico) que o ágio interno não possui.

A falta de substância econômica faz o ágio interno indedutível tanto para o IRPJ, quanto para a CSLL.

Ágio da 2ª etapa

A segunda parcela do ágio (2ª etapa) se refere à aquisição de 60% das ações preferenciais da CAEMI, correspondentes a 40% do capital. Essa parte ágio, assim como a primeira, foi considerada fictícia. A operação consistiu na incorporação de ações, negócio jurídico pelo qual os sócios minoritários entregaram as ações preferenciais da CAEMI e receberam ações preferenciais da VALE S.A.

A autoridade fiscal arrolou algumas situações que, a seu juízo, evidenciam a insubsistência do ágio, tais como, a inexistência de pagamento formal, porque no caso houve apenas troca de ações, sem desembolso monetário; o valor adotado como base do ágio era superior ao valor de mercado, refletido no laudo; e diferença entre o valor de reembolso e o valor adotado na incorporação de ações.

A DRJ, no acórdão recorrido, entendeu que aqui também existia ágio interno. A recorrente entendeu ter havido inovação do lançamento, ao suscitar um fundamento que não se encontrava originalmente no TVF.

É certo que o TVF não emprega o termo *ágio interno* ou *ágio intragrupo*, quando especificamente trata da segunda parcela do ágio.

É importante que o lançamento faça referência expressa ao termo normalmente usado para designar o ágio oriundo de negócios envolvendo pessoas ligadas. Mas isso não é indispensável, nem é essencial. Necessário é descrever a presença, no caso concreto, dos elementos fáticos que caracterizam o ágio interno, estabelecendo uma relação de causa e efeito entre tais elementos fáticos e a desvalia do ágio.

A fragilidade do chamado ágio interno está no fato de que o preço e as demais condições do negócio estão sujeitas, de forma unilateral, à vontade de uma das partes, ou à vontade de uma terceira pessoa à qual as partes estejam sujeitas. Nessas condições, o preço pode ser fixado de forma arbitrária, independentemente das condições de mercado.

No caso em exame, o ágio da 2ª etapa se originou de incorporação de ações, negócio previsto no art.252 da Lei n.º 6.404/1976, nos seguintes termos:

Art. 252. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembleia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.

§ 1º A assembleia-geral da companhia incorporadora, se aprovar a operação, deverá autorizar o aumento do capital, a ser realizado com as ações a serem incorporadas e nomear os peritos que as avaliarão; os acionistas não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital, mas os dissidentes poderão retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230.

§ 2º A assembleia-geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas somente poderá aprovar a operação pelo voto de metade, no mínimo, das ações com direito a voto, e se a aprovar, autorizará a diretoria a subscrever o aumento do capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas; os dissidentes da deliberação terão direito de retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230.

§ 3º Aprovado o laudo de avaliação pela assembleia-geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem.

O artigo transcrito mostra que a incorporação de ações depende de aprovação, em assembleia geral da companhia, pela metade, no mínimo, das ações com direito a voto. A deliberação tomada nesses moldes se impõe a todos os sócios, inclusive àqueles que eventualmente se opuseram ao negócio.

No caso concreto, os protagonistas do negócio de incorporação de ações foram a VALE e a CAEMI. Ocorre que a VALE detinha todas as ações da CAEMI com direito a voto. A vontade da VALE era a vontade da CAEMI. O negócio entre as duas empresas era feito à revelia dos sócios minoritários CAEMI, que só detinham ações preferenciais.

As condições do negócio foram fixadas unilateralmente. Portanto, o ágio originado desse tipo de operação é indedutível para fins tributários.

São reproduzidos abaixo alguns trechos do TVF:

...a Vale, **detentora de 100% das ações da Caemi com direito a voto**, efetuou uma operação de troca de todas as 1.558.963.806 ações preferenciais da Caemi em circulação no mercado. (grifo do original) (fl. 698)

Corroborando a questão de que a operação foi toda orquestrada para gerar esse ágio, temos o fato de que, os titulares de ações ordinárias de emissão da Vale, que dissentessem da deliberação relativa à Incorporação de ações da Caemi, tiveram o direito de retirar-se do capital da Incorporadora, mediante o reembolso das ações de que comprovadamente eram titulares em 23 de janeiro de 2006, pelo **valor patrimonial da ação conforme balanço levantado em 31 de dezembro de 2005, correspondendo a R\$ 20,89 (vinte reais e oitenta e nove centavos), por ação em circulação**. (item 8 do DOC 3), mas para efeitos de troca de ações, a Vale utilizou a cotação média aritmética de R\$ 85,61640, muito superior ao que se propôs a pagar aos acionistas insatisfeitos que quisessem se retirar, ou seja, utilizou dois pesos e duas medidas, de acordo com seus interesses.

No caso em tela, não haveria o menor motivo para se aplicar o valor médio da bolsa, ou ainda considerar a possibilidade de rentabilidade futura para o pagamento de ágio, visto que a Vale detinha 100% das ações ordinárias da Caemi, não havendo opção de deliberação aos detentores das ações preferenciais, e, além disso, esses acionistas minoritários da Caemi continuaram participando da rentabilidade futura daquela empresa, e melhor ainda, da Vale como um todo, tendo apenas substituído suas ações naquela pelas ações da sua controladora - Vale S.A., e desta forma continuaram participando de todos os lucros futuros da Caemi, ainda que indiretamente, com excelente benefícios ... (grifo do original) (fls. 699 e 700)

Outro ponto importante a observar é que o laudo de avaliação a valor de mercado (DOC 14), utilizando o método de fluxo de caixa descontado, isto é, considerando a expectativa de rentabilidade futura, obteve um valor para Caemi bem inferior ao que foi adotado para o cálculo do "ágio".

De acordo com o citado laudo, o **valor de mercado integral** (100%) da Caemi era **R\$ 7.468.006 mil**, mas apesar disso, a **Vale se dispôs a pagar R\$ 5.492.400 mil, (valor equivalente à 73,55% do valor de mercado da empresa), por uma participação equivalente à apenas 39,77% do total de ações**. Evidentemente, que se a aquisição tivesse se operado mediante desembolso efetivo de ativos, não teria se concretizado neste absurdo patamar. (grifo do original) (fl. 701)

É possível concluir, portanto, que o ágio apurado nesta 2ª etapa da operação, equivalente a R\$ 4.226.774M (DOC 1) é totalmente fictício, pois não houve desembolso, ou se preferir, sacrifício monetário, algum por parte da Vale. O que ocorreu foi uma mera substituição proporcional de ações da companhia controlada pelas ações da controladora, onde os sócios minoritários que tiveram suas ações da controlada substituídas pelas da controladora continuaram usufruindo da mesma perspectiva de rentabilidade futura, e ainda saíram ganhando, conforme muito bem demonstrado pela própria Vale. (fl. 702)

O TVF, como se viu acima, questionou o valor atribuído às ações preferenciais da CAEMI. O quadro abaixo mostra a discrepância entre o ágio da 1ª etapa e o da 2ª. Na primeira etapa, que envolvia a totalidade das ações com direito a voto e 40% das ações preferenciais, o

ágio foi de 56,47%. Na 2ª etapa, envolvendo apenas ações preferenciais, o ágio foi 333,97%, deixando claro que a recorrente estabeleceu critérios que proporcionasse o maior valor possível do ágio.

ÁGIO		
	1ª ETAPA (R\$)	2ª ETAPA (R\$)
PREÇO	2.710.079.810,21	5.492.400.000,00
VALOR CONTÁBIL	1.732.000.000,00	1.265.620.000,00
ÁGIO	978.079.810,21	4.226.780.000,00
PERCENTUAL DE ÁGIO	56,47%	333,97%

Por essas razões, deve ser mantida a glosa das quotas de amortização de ágio.

Multa isolada

A cumulação da multa isolada com a multa de ofício deve ser afastada.

A multa isolada não se destina a apenar omissão de receitas, nem infrações como dedução indevida, exclusão não autorizada ou falta de adição ao lucro líquido. Para tais infrações aplica-se a multa de ofício, cobrada juntamente com o tributo, do qual ela é acessório. Trata-se, portanto, de multa vinculada ao tributo, diferente da outra que se exige de forma isolada.

A multa isolada, diferentemente da multa de ofício, foi instituída para punir os contribuintes que, tendo optado pelo lucro real anual para cálculo do IRPJ e da CSLL, deixam de recolher as estimativas mensais. Isso porque, encerrado o ano base, já não é juridicamente viável exigir as estimativas, pois elas têm natureza de antecipação do tributo apurado no final do período. Encerrado o período de apuração, o Fisco só pode exigir o valor efetivamente devido, e não mais as antecipações apuradas por estimativa.

Nesse sentido a Súmula CARF 82:

Após o encerramento do ano calendário, é incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para exigir estimativas não recolhidas.

As estimativas só podem ser cobradas no curso do respectivo período de apuração.

Até o advento da multa isolada, a norma que determinava o recolhimento das estimativas mensais àqueles que optassem pelo lucro real anual não era, na prática, obrigatória, pois destituída de sanção específica para seu descumprimento. Por isso, o recolhimento das estimativas se tornara mera recomendação, a qual o contribuinte atendia se lhe conviesse, porque o descumprimento não tinha qualquer consequência.

É nesse contexto que surgiu a figura da multa isolada, cujo propósito específico é apenar 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, além de ser um desvio, é uma forma de exacerbar a penalidade sem previsão legal para tanto.

A par dessas razões, existe ainda um entendimento de que a aplicação da multa vinculada afastaria, pelo princípio da consunção, a multa isolada. O E. Superior Tribunal de Justiça - STJ tem decisões nesse sentido, das quais é exemplo a proferida no Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 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. Confiram-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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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.

Cabe ressaltar, em relação ao IRPJ, que o caso em tela se afasta das situações que corriqueiramente se observam nos casos de multa isolada. É que, em relação à falta de recolhimento de estimativa de IRPJ, não existe propriamente a cumulação de duas multas (isolada e de ofício), já que o auto de infração resultou tão somente na redução de prejuízo fiscal, e, dessa forma, não foi aplicada multa de ofício.

Ainda assim, mesmo sem cumulação de multas, penso ser inaplicável, ao caso concreto, a multa isolada. É que a multa isolada foi concebida apenas para apenar um tipo específico de infração e, portanto, não pode ser utilizada como sanção de comportamentos que envolvam dedução indevida da base de cálculo do IRPJ.

Portanto, mesmo sem existir cumulação de duas penalidades, não subsiste a multa isolada.

Firmado nesses dois fundamentos, afasta-se a exigência da multa isolada, no caso em exame.

Incidência de juros de mora sobre a multa

A matéria já foi examinada diversas vezes, com decisão invariavelmente no sentido da possibilidade de incidência de juros de mora sobre a multa de ofício. O fundamento legal está no art. 61 da Lei nº 9.430, 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 e contribuições*", constante do referido art. 61, de forma a abarcar nessa categoria tanto o tributo propriamente dito, quanto a multa.

O mesmo entendimento prevalece na Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF, do qual é exemplo o Acórdão nº 9101-003.369, cuja ementa, na parte relativa aos juros de mora, foi assim redigida:

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

As multas proporcionais aplicadas em lançamento de ofício, por descumprimento a mandamento legal que estabelece a determinação do valor de tributo administrado pela Receita Federal do Brasil a ser recolhido no prazo legal, estão inseridas na

compreensão do § 3º do artigo 61 da Lei nº 9.430/1996, sendo, portanto, suscetíveis à incidência de juros de mora à taxa SELIC.

A matéria tornou-se incontroversa no âmbito administrativo, com a edição da Súmula CARF 108, cujo enunciado se encontra redigido nos seguintes termos:

Súmula CARF 108. Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Com esses fundamentos, indefere-se a pretensão da recorrente de impedir a exigência de juros de mora calculados sobre a multa de ofício.

CSLL

No caso em exame, o ágio carece de substância econômica. A indedutibilidade não decorre de nenhuma regra inerente à legislação do IRPJ, mas de uma qualidade intrínseca do ágio. Sendo assim, a indedutibilidade não se restringe apenas ao IRPJ, mas alcança também a CSLL.

Conclusão

Pelo exposto, voto por conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para excluir as multas isoladas relativamente à falta de recolhimento de estimativa mensal do IRPJ e da CSLL.

Este foi o voto proferido pelo I. Relator original Roberto Silva Júnior, o qual foi reproduzido na íntegra.

(documento assinado digitalmente)

Giovana Pereira de Paiva Leite – Redatora *ad hoc*

