



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

Processo nº 16682.720857/2017-12
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1201-002.496 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de setembro de 2018
Matéria ÁGIO
Recorrente GLOBO COMUNICACAO E PARTICIPACOES S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012, 2013

APROVEITAMENTO DO ÁGIO. INVESTIDORA E INVESTIDA. EVENTOS. SEPARAÇÃO. UNIÃO.

São dois os eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO.

A cognição para verificar se a amortização do ágio é dedutível, passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência dos arts. 385 e 386 do RIR, de 1999; segundo, se requisitos de ordem formal estabelecidos encontram-se atendidos, como arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes e reorganizações societárias com substância econômica.

ÁGIO. NÃO COMPROVAÇÃO.

Inaceitável que o valor do ágio referente a outro investimento seja contabilizado como ágio de investimento pelo qual aquele foi permutado, sem que tenha sido feita a avaliação deste investimento recebido na permuta.

ÁGIO DE SI MESMA. AMORTIZAÇÃO. GLOSA.

Se os atos de reorganização societária consistiram em transferência de ações da autuada, a valor de mercado superior ao valor contábil, em sucessão familiar; na sequência tais ações foram atribuídas em aumento de capital, pelas pessoas físicas receptoras, a empresa de sua propriedade, a qual, a

seguir, foi incorporada pela autuada, a dedução do ágio gerado sobre as ações da autuada se configura como ágio dela mesma, não preenchendo os requisitos de dedutibilidade do art. 386 do RIR de 1999.

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO E ÁGIO COMO CUSTO. EMPRESAS DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. INDEDUTIBILIDADE.

Incabível a dedução do ágio como custo ou como despesa de amortização se o ágio é decorrente de operação societária realizada entre empresas de mesmo grupo econômico, pela inexistência da contrapartida do terceiro que gere o efetivo dispêndio.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012, 2013

APLICAÇÃO DE JUROS COM BASE NA TAXA SELIC. APLICÁVEL.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Incidem juros de mora (com base na taxa Selic) sobre o crédito tributário constituído e a multa de ofício. Aplicável o teor da Súmula CARF nº 108.

MULTAS DE OFÍCIO.

A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional; cabe à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível; o art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 determina que no lançamento de ofício, serão aplicadas multas sobre imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, e multa exigida isoladamente sobre o valor do pagamento mensal que deixar de ser efetuado.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007, convertida na Lei nº 11.488 de 15 de junho de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas". A lei ainda estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal *ainda que* tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente.

MULTA ISOLADA. SÚMULA CARF Nº 105.

Se a autuação da multa isolada foi com base no art. 44, § 1º, IV da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a redação do art. 14 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, que c/c o art. 106, II "c" do Código Tributário Nacional - CTN, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, que

reduziu o percentual da multa de 75% para 50%, não se aplica a Súmula Carf nº 105, a qual se refere à multa isolada de 75% com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2012, 2013

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Sendo a tributação decorrente dos mesmos fatos e inexistindo razão que demande tratamento diferenciado, aplica-se à CSLL o quanto decidido em relação ao IRPJ.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em dar parcial provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto vencedor. Vencidos os conselheiros Gisele Barra Bossa (Relatora), Luis Fabiano Alves Penteado, Luis Henrique Marotti Toselli e Rafael Gasparello Lima que davam integral provimento ao recurso. Designada a conselheira Eva Maria Los para redigir o voto vencedor.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Gisele Barra Bossa - Relatora

(assinado digitalmente)

Eva Maria Los - Redatora designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eva Maria Los, José Carlos de Assis Guimarães, Luis Henrique Marotti Toselli, Rafael Gasparello Lima, Gisele Barra Bossa, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Luis Fabiano Alves Penteado e Ester Marques Lins de Sousa (Presidente).

Relatório

1. Trata-se de processo administrativo decorrente de autos de infração lavrados para exigir diferenças de IRPJ e CSLL, relativos aos anos-calendário de 2012 e 2013, conforme tabela abaixo:

FLS	Imposto /Contribuição	Valor	Juros	Multa	Multa Isolada	TOTAL
2383/2394	IRPJ	81.195.443,08	36.035.706,55	60.896.582,30	34.996.909,83	213.124.641,76

2397/2408	CSLL	20.183.970,83	8.896.965,28	15.137.978,11	9.551.189,12	53.770.103,34
Soma		101.379.413,91	44.932.671,83	76.034.560,41	44.548.098,95	266.894.745,10

2. As diferenças de IRPJ e CSLL são devidas em razão da glosa de despesas com amortização de ágio relativo à operação de investimentos em Distel Holding S.A. (“DISTEL”) e Sistema Globo de Gravações Audiovisuais Ltda (“SIGLA”) e glosa de parcela do custo de aquisição correspondente ao ágio da Net Serviços de Comunicação S.A. (“NET”) e GB Empreendimentos e Participações S.A. (“GB”). No mais, a autoridade fiscal concluiu que houve pagamento a menor de estimativas mensais de IRPJ e CSLL no curso dos anos de 2012 e 2013.

3. Para a boa compreensão do presente processo, passo a relatar as operações realizadas pela contribuinte que motivaram as glosas impostas pela Fiscalização.

I. Investimento Distel

4. O contribuinte divide o investimento na Distel Holding S.A. em três partes e cada uma delas gerou um respectivo ágio.

5. O “**Ágio Distel 1**” tem origem na aquisição do controle direto da Distel mediante incorporação de sua controladora. Os Srs. Roberto Irineu Marinho, João Roberto Marinho e José Roberto Marinho, em 30/07/1998, integralizaram o aumento de capital da empresa RJJ Participações e Serviços Ltda, mediante o conferimento de 867.870 ações que detinham na Recorrente. Na mesma data, a RJJ Participações adquiriu 132.000 ações da Recorrente. Em virtude dessas operações, a RJJ registrou um ágio no valor de R\$ 3.840.832.774,11. Deste ágio, o montante de R\$ 1.703.843.000,00 tinha fundamento no valor do investimento que a Recorrente, Globo Participações, detinha na Distel.

6. Em 01/02/1999, a RJJ Participações foi incorporada pela Recorrente, o que fez com que o ágio então registado pela RJJ passasse a se vincular aos itens patrimoniais da Recorrente. Para isso, foi realizado ajuste nos registros contábeis referentes ao ágio: como o PLC da DISTEL era de R\$ 323.431.171,00 no momento da incorporação da RJJ, subtraiu-se o valor de PLC da DISTEL da parcela do ágio de R\$ 1.703.843.000,00, com isso a Recorrente passou a registrar o montante de R\$ 1.380.411.829,00 a título de ágio referente ao investimento na Distel.

7. Tendo em vista que o investimento na Distel passou por diversas operações entre 1999 e o início da amortização em 2011, o valor final do “Ágio Distel 1” passou a ser R\$ 548.828.743,34, conforme demonstrado no TVF (fl. 2347):

“Composição do saldo do ágio:

Valor inicial do ágio 1.380.411.829,00

(-) venda de ações em 12/2000 (105.848.561,33)

(-) integralização de capital em sociedades em 05/2001 (720.367.307,00)

(-) parcela a realizar (saldo a Parte B do Latur) (5.367.217,33)

Valor utilizado do ágio – a partir de janeiro de 2011
548.828.743,34”

8. O “**Ágio Distel 2**” teve origem na aquisição pela Recorrente de 459.883 ações da Distel, que eram da *International Finance Corporation* (IFC), pelo valor de R\$ 4.700.004,26, gerando um ágio de R\$ 4.671.459,30 em razão do valor pago ser superior ao valor de PLC da Distel.

9. O “**Ágio Distel 3**” decorre da operação de permuta, na qual a Recorrente adquiriu as demais ações da Distel pertencentes à IFC entregando 32.694.138 ações da NET Serviços e recebendo 7.739.981 ações da Distel. Em razão da permuta, parte do ágio apurado pela Recorrente, quando da aquisição do investimento NET no valor de R\$ 29.793.864,89, foi transferida contabilmente ao investimento DISTEL.

10. Em 31/12/2010, a contribuinte incorporou a DISTEL e, nesse momento, em decorrência das operações descritas acima, a contribuinte possuía em sua contabilidade um saldo de “Ágio Distel” no montante de R\$ 570.625.540,10 (“Ágio Distel 1” + “Ágio Distel 2” + “Ágio Distel 3”). Como a contribuinte passou a amortizar o saldo contábil do “Ágio Distel”, nos termos dos art. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, autoridade fiscal glosou as despesas com amortização dos ágios, por entender que não foram cumpridos os requisitos dos referidos dispositivos legais, visto que: (i) o “Ágio Distel 1” seria fruto de operação interna; (ii) o “Ágio Distel 2” não é fundamentado em laudo de avaliação que demonstre a rentabilidade futura da Distel; e o “Ágio Distel 3” é referente a um ágio de outro investimento para o qual não foi apresentado laudo.

II. Investimento SIGLA

11. Nesta operação a TV Globo integralizou aumento de capital na empresa Sistema Globo de Gravações Audiovisuais Ltda (SIGLA) em 31/03/2004, no montante de R\$ 196.535.690,00. Visto que o valor do PL da SIGLA era negativo, a TV Globo registrou ágio no valor de R\$ 199.487.593,17. Em 31/08/2005 a TV Globo foi incorporada pela Recorrente e o referido ágio passou a se vincular diretamente aos itens patrimoniais da Recorrente. Após cisão parcial da SIGLA em 2007, parte do seu patrimônio foi vertido à Recorrente, que passou a deduzir parcela do ágio proporcionalmente a partir de novembro de 2007.

12. A autoridade fiscal entendeu que a amortização das despesas relativas ao ágio no investimento SIGLA não cumpriu os requisitos de dedutibilidade previstos nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, tendo em vista que o referido ágio foi gerado internamente.

III. Investimento NET

13. Os ágios relativos ao investimento NET foram originados de três fontes distintas: (i) capitalização da NET pela Roma Participações, “Ágio NET 1”; (ii) capitalização da NET pela Distel S.A., “Ágio NET 2”; e (iii) aquisição de ações da NET que eram de titularidade do BNDES Participações (BNDESPAR), “Ágio NET3”.

14. “**Ágio NET 1**” - Conforme trechos do relatório constante da decisão de piso, a referida operação ocorreu da seguinte forma:

A - RECAPITALIZAÇÃO EM NET FEITA POR ROMA

No primeiro dos tópicos, esclarece-se que “foi realizado o evento recapitalização na empresa Net Serviços de Comunicação S.A. (NET) por diversos sócios, dentre eles Globo Comunicações Participações S/A (Globo), Distel Holding S.A. (Distel), Roma Participações Ltda (ROMA).” Segundo a interessada, o “ágio de R\$ 106.127.258,66, na empresa ROMA, foi apurado com base no valor patrimonial da ação NET”, com fundamento econômico na rentabilidade futura do investimento. Tal capitalização haveria sido “paga mediante créditos de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital – AFAC que ROMA detinha perante a Net”. A partir de setembro de 2002, “o ágio final apurado de R\$ 106.127.258,66 passou a ser amortizado contabilmente”. Em março/2006, a pessoa jurídica Roma foi cindida e seu patrimônio foi vertido para a interessada e para Globosat Programadora Ltda.

15. Com a cisão de Roma, os valores de R\$ 4.460.232,98 (despesa de amortização de ágio) e R\$ 25.308.451,20 (provisão para amortização de ágio) foram transferidos para a Parte B do Lalur da Recorrente.

16. “**Ágio NET 2**”: Em 2002 a Distel integralizou aumento de capital na NET, mediante utilização de créditos de AFAC que detinha em face da NET. Como o preço pago por ação foi superior ao valor patrimonial das referidas ações, a Distel registrou ágio no valor total de R\$ 126.570.198,72 e passa a amortizar contabilmente a partir de setembro de 2002. Tendo essa despesa de amortização sido adicionada ao lucro real, e a provisão para amortização de ágio sido adicionada ao lucro real e à base de cálculo da CSLL da DISTEL, mediante controle na Parte B do seu Lalur.

17. “**Ágio NET 3**”: Em dezembro de 2003 a Distel adquiriu do BNDESPAR 9.638.055 ações ordinárias e 3.992.923 ações preferenciais da NET, como o valor pago por ação foi superior ao valor patrimonial, foi registrado ágio no valor total de R\$ 311.552.412,91.

18. O pagamento, conforme relatado pela Contribuinte (fl. 2356), se deu da seguinte forma: “*Em maio/2006, a Globo tinha dividendos a receber da Globosat no valor de R\$ 240.007.969,72 e cedeu este crédito para DISTEL como AFAC. O pagamento ao BNDESPAR, no montante de R\$ 240.007.969,72 foi feito diretamente pela Globosat, por conta e ordem da DISTEL; Em abril/2007, Globo constituiu novo AFAC com DISTEL no valor de R\$ 207.787.401,59 e pagou a última parcela ao BNDESPAR do financiamento pela compra das ações NET, por conta e ordem da DISTEL*”.

19. Segundo a Recorrente, o ágio apurado pela Distel sofreu diversas baixas a partir de janeiro de 2004, bem como provisão para amortização de ágio, sendo essa provisão adicionada ao lucro real e à base de cálculo da CSLL da DISTEL, mediante controle na Parte B do seu Lalur.

20. A Recorrente passou então a registrar na Parte B de seu Lalur os valores referentes ao investimento NET então controlados na Parte B do Lalur da DISTEL a partir da incorporação da Distel em dezembro de 2010.

21. O aproveitamento fiscal dos ágios relativos ao investimento NET se deu da seguinte forma: (i) em setembro de 2012, a Recorrente integralizou aumento de capital na empresa EG Participações S.A. (EG) mediante o conferimento de 1.643.988 ações da NET; e

(ii) em novembro de 2013, a Recorrente alienou a terceiros o restante das ações da NET de sua titularidade em Oferta Pública de Ações.

22. A fiscalização não aceitou a dedução das parcelas de ágio como custo por entender que: (i) não foi apresentado nenhum laudo de avaliação da NET no período de constituição dos ágios; (ii) os Ágios NET 1 e 2 foram gerados internamente; (iii) em relação ao Ágio NET 3, os pagamentos feitos para quitar a dívida referente à compra das ações da NET que eram de titularidade do BNDESPAR não foram advindos da Distel, mas sim da Globosat e da Recorrente; e (iv) o Ágio 3 carece de fundamento econômico uma vez que consistiu em mera liberalidade em favor do BNDESPAR.

23. Ademais, conforme consta no relatório da decisão de piso, a fiscalização afirma que as operações de apoio financeiro do BNDES para capitalização da NET foram objeto de relatório do Tribunal de Contas da União:

“O Autor do feito adverte que as “operações de apoio financeiro do BNDES para capitalização da Net” foram objeto de “relatório do Tribunal de Contas da União, publicado no Diário Oficial da União em 15 de março de 2004”, o qual demonstraria que “as ações em posse do BNDESPAR advinham de transações visando o socorro financeiro à Net” e que se fossem “vendidas para a Distel pelo preço de mercado gerariam um prejuízo significativo para o BNDESPAR”. Assim, em seu entendimento, o preço praticado nessa operação teria buscado evitar tal prejuízo, descaracterizando-a como uma “alienação de ações por transferência de propriedade via pagamento justo” e sim como “uma operação de socorro e suporte financeiro”. O ágio foi transferido para a Globo por ocasião da incorporação de Distel”.

IV - INVESTIMENTO GB

24. O ágio vinculado ao investimento da Recorrente na GB Empreendimentos e Participações S.A.(GB), advém das seguintes operações:

25. **“Ágio GB 1”**: Em maio de 2004 a Recorrente adquiriu 10.000 ações da GB por um valor superior ao de mercado, o que deu margem para o registro de um ágio no valor de R\$ 9.623,91, que passou a ser amortizado em junho de 2004.

26. **“Ágio GB 2”**: Em 2005 a Distel subscreveu um aumento de capital na GB e integralizou tal aumento mediante a conferência de 20.250.369 ações ordinárias da NET. Entretanto, a Embratel Participações S.A. (Embrapar) resolveu participar da capitalização da GB, exercendo direito de preferência. Como a Distel já havia integralizado a totalidade das quotas, a Embrapar pagou à Distel o que corresponderia ao aumento de capital da GB que caberia à Embrapar. Assim, o custo financeiro efetivo da Distel foi de R\$ 3.029.455,44, o que gerou um ágio no valor de R\$ 927.060,08.

27. **“Ágios GB 3, 4, 5 e 6”**: Entre junho de 2006 e março de 2008, foram aprovados quatro novos aumentos de capital na GB, nos quais foram subscritas ações da GB pela DISTEL mediante o conferimento de ações da NET. Nessas capitalizações, DISTEL registrou ágios nos valores de R\$ 827.509,21; R\$ 1.253.237,64; R\$ 1.137.728,71; e R\$ 451.611,42.

28. Com a incorporação da Distel pela Recorrente em dezembro de 2010, o saldo do ágio amortizado referente ao investimento GB foi transferido para a Parte B do Lalur da Recorrente.

29. A fiscalização concluiu, conforme relatório constante da decisão de piso, o que segue:

“O Autor do feito adverte que, no tocante ao valor de R\$ 5.420,73, a “rentabilidade futura do investimento”, novamente, não se encontra alicerçada em nenhum laudo. Quanto ao valor de R\$ 979.059,90, observa:

“[...] Novamente, o ágio é justificado pela expectativa de rentabilidade futura do investimento e mais uma vez não é apresentado laudo. Neste caso, o ágio foi gerado em empresa pertencente ao beneficiado e pago com ações de outra empresa do grupo e transferida para uma terceira empresa do mesmo grupo, através de incorporação, para que a mesma pudesse se beneficiar das amortizações de ágio. Em todos os casos aqui citados, vemos a constituição do chamado “ágio interno”, com exceção do ágio da Net, amortizado pela Globo, que foi composto via compra de ações por Distel, detalhado anteriormente. Os ágios apurados não resultam de atos societários materialmente verdadeiros. Os ágios, com a exceção citada mas que tem o mesmo efeito, foram sempre gerados dentro do mesmo grupo econômico, sem alteração do controle das sociedades envolvidas. Por fim, estes ágios foram transportados, através de sequências de atos societários dentro do mesmo grupo, para a empresa beneficiária das amortizações aqui contestadas”.

O Autor do feito, sob o título “4 - Do Direito”, afirma que houve desrespeito à legislação do IRPJ e da CSLL, notadamente aos artigos: 7º, da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997; e 20, do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. Relembra também o entendimento da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) a respeito, expresso no Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP Nº01/2007, de 14 de fevereiro de 2007. Menciona jurisprudência administrativa.”

30. A contribuinte apresentou em 11/07/2017 impugnação (fls. 2691/2784) ao lançamento, e trouxe as seguintes razões de fato e de direito: (i) inexistência de vedação legal para o aproveitamento fiscal do ágio DISTEL gerado internamente; (ii) a não vedação do registro do ágio e a não exigência de laudo técnico pela legislação tributária em vigor no período fiscalizado; (iii) a legitimidade do registro do ágio em operações de concessão de investimentos em integralização de aumento de capital; (iv) a legitimidade da parcela do ágio DISTEL decorrente das operações realizadas com a IFC; (v) a legitimidade da amortização do ágio vinculado à aquisição do investimento SIGLA, vez que fundamentado em efetivo sacrifício financeiro; (vi) a legitimidade das parcelas do ágio resultantes da subscrição de novas ações da NET e da compra de ações da NET de titularidade do BNDESPAR; (vii) a legitimidade do ágio do GB; (viii) o não cabimento das multas de ofício e isoladas; e (ix) o não cabimento dos juros sobre a multa. Por fim, a contribuinte requereu que os autos de infração sejam julgados improcedentes e, conseqüentemente, os créditos tributários sejam cancelados.

31. Em sessão de 28 de novembro de 2017, a 4ª Turma da DRJ/BHE, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, nos termos do voto relator, Acórdão nº 02-77.772 (fls. 2988/3018), cuja ementa recebeu o seguinte descritivo, *verbis*:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Exercício: 2012, 2013

ÁGIO

Em IRPJ, o ágio pressupõe um dispêndio realizado entre pessoas jurídicas não interligadas; assim, inexistente o chamado “ágio interno”.

PERMUTA DE ÁGIO

Incabível atribuir a um investimento o ágio apurado em outro, mesmo em caso de permuta sem torna dos dois investimentos.

MULTA EXIGIDA ISOLADAMENTE

Não se confundem os bens jurídicos protegidos pela multa proporcional e pela multa exigida isoladamente, inexistindo bis in idem em sua cobrança concomitante.

MATÉRIA ESTRANHA AO LANÇAMENTO

Não se examina matéria alheia ao auto de infração impugnado.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”.

32. A DRJ/BHE julgou improcedente a impugnação sob os seguintes fundamentos: (i) inadmite ágio cuja origem é uma operação que se deu dentro de um mesmo conglomerado econômico por inexistir oposição de interesses, o suposto ágio não passaria de mera liberalidade; (ii) afirma que o Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007 é aplicável ao caso, pois trata-se de parecer fundamentado hábil a expor a artificialidade do ágio interno; (iii) considera que a vedação para a dedução de despesas com amortização de ágio interno não foi instituída apenas a partir da Lei nº 12.973/2014 - o referido normativo apenas teria explicitado algo que já era implicitamente vedado; (iv) diferente do alegado pela contribuinte, a exigência de laudo que ampare a pretensão à dedução de despesas de ágio não é inovação trazida pela Lei nº 12.973/2014, vez que o artigo 385, §3º, do RIR/99 já prevê expressamente a necessidade de basear o “*valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros*” em demonstração a ser arquivada como comprovante da escrituração; (v) inadmite a transferência de ágio de uma pessoa jurídica para outra por vulnerar a legislação; (vi) a participação de terceiros não relacionados na operação de capitalização não supre a necessidade de um laudo; (vii) inadmite ágio com preços que não foram ditados pelas forças do mercado; e (viii) o acerto na aplicação das multas de ofício e isolada é incontestes, pois estão amparadas pela lei.

33. Cientificada da decisão (Termo de Ciência por Abertura de Mensagem em 14/12/2017, fl. 3029), a Recorrente interpôs Recurso Voluntário (fls. 3032/3123) em

13/01/2018, para reiterar em parte as razões já expostas em sede de Impugnação e complementar sua defesa com os seguintes pontos:

32.1. A Recorrente argui que os ágios gerados nos investimentos relativos a DISTEL, SIGLA, NET, GB são legítimos e não há que se falar em artificialidade nas operações. Traz em seu recurso, em linhas gerais, os seguintes fundamentos: (i) a rentabilidade futura das operações foi atestada; (ii) houve sacrifício patrimonial nas operações que geraram o registro dos ágios; (iii) as operações foram motivadas por propósitos negociais diversos da economia fiscal; (iv) inexistia vedação legal para o aproveitamento do ágio gerado internamente; (v) inexistia exigência expressa em lei de laudo técnico feito por perito independente; (vi) diferentemente do alegado pela DRJ, o preço pago nas operações se deu em condições de livre mercado; (vii) a legislação vigente à época dos fatos geradores permitia o aproveitamento do ágio quando da alienação do investimento no qual o referido ágio é um componente do seu custo; e (viii) o ônus da prova da comprovação de suposto favorecimento na compra de ações é da fiscalização.

32.2. Por fim, alega que as multas de ofício e isolada, devem ser afastadas em observância do artigo 106, inciso I, do CTN, visto que se a Lei nº 12.973/2014 fosse aplicável ao caso, sua aplicação retroativa deveria vir acompanhada da exclusão de qualquer penalidade. Argui que as multas isoladas devem ser declaradas nulas diante da impossibilidade da cumulatividade com a multa de ofício. Ademais, alega que inexistente previsão legal que permita a incidência de juros de mora sobre multas e requer que os autos de infração sejam julgados improcedentes, com a consequente extinção dos créditos tributários lançados.

34. A União, por intermédio da Procuradoria da Fazenda Nacional, apresentou contrarrazões (fls. 3291/3351) ao Recurso Voluntário interposto pela Recorrente, nas quais reforçou as questões fático-probatórias trazidas pelas autoridades fiscais para que seja mantido o acórdão proferido pela E. Delegacia de Julgamento e negado provimento ao Recurso Voluntário.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Gisele Barra Bossa, Relatora

35. O recurso voluntário interposto é tempestivo e cumpre os demais requisitos legais de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento e passo a apreciar.

I. Da Validade das Operações que Originaram os Ágios

36. Tendo em vista que a fiscalização reuniu no presente processo diversos ágios provenientes de operações com naturezas e circunstâncias diversas, conforme demonstrado no relatório, passo a julgar as glosas separadamente.

I.1. Da Dedutibilidade do Ágio no “Investimento Distel”

37. A decisão de piso afirma que os ágios relativos ao investimento Distel não são passível de dedução por não terem sido preenchidos os requisitos legais, visto que as

despesas relativas à amortização do ágio não são dedutíveis (i) quando o ágio é originário de artificialidade e de operação interna, e (ii) quando não é apresentado laudo de avaliação que demonstre rentabilidade futura. Todavia, tal entendimento, que foi reforçado nas contrarrazões, não deve prosperar.

38. A Recorrente afirma que parcela do ágio DISTEL foi gerada internamente e que a respectiva operação desse ágio foi motivada por propósitos comerciais outros que não tinham como objetivo exclusivo a economia fiscal. Afirma ainda que a artificialidade alegada pela fiscalização não pode ser presumida.

39. Diferente do afirmado pela decisão de piso, a rentabilidade futura da Distel, fundamento econômico do ágio, foi atestada em duas oportunidades distintas: (i) dias antes de sua incorporação pela Recorrente, em 16.12.2010, a Distel aliena a terceiros, com ganho significativo, seu investimento em SKY Brasil Serviços Ltda. ("SKY"); e (ii) já após a incorporação da DISTEL pela Recorrente, em 27.11.2013, quando ela aliena a terceiros, também com ganho significativo, parte do seu investimento na NET, mediante Oferta Pública de Ações ("OPA").

40. A decisão de piso sustenta que a Recorrente não teria comprovado a ocorrência de tais ganhos significativos decorrentes destas operações, pois sequer estariam previstos no laudo elaborado pela Ernst & Young. Entretanto, em análise ao citado documento, evidencio que a rentabilidade futura da DISTEL estaria fundamentada na sua participação em outras empresas com forte atuação no setor de TV por assinatura, dentre elas a NET e a SKY.

41. Considero bastante factível a afirmação da Recorrente de que, na época em que elaborado o referido laudo (em 31.12.1997), era público e notório o crescimento acelerado do mercado de TV por assinatura (anexos documentos comprobatórios).

42. No mais, a Recorrente trouxe em sua Impugnação documentos que comprovam as alienações dos investimentos em SKY (em 2010) e NET (em 2013), com a identificação do preço recebido como contrapartida das referidas alienações. Diante da comprovação da rentabilidade futura que fundamentou o registro do ágio, não há como se falar em ágio gerado artificialmente.

43. Destaque-se, ainda, que no caso da Recorrente houve o efetivo sacrifício financeiro ao longo dos mais de 10 anos desde o registro do ágio até a efetiva liquidação do investimento em 31.12.2010 (data em que a DISTEL foi incorporada pela Recorrente): a Recorrente efetuou diversos aportes de capital na DISTEL, os quais, inclusive superaram aquele montante de R\$ 548.828.743,34, que veio a ser por ela utilizado a partir de janeiro de 2011 para fins de amortização fiscal.

44. O fato de os aportes em causa terem objetivado o socorro financeiro da Distel em nada desqualifica, ao meu ver, o sacrifício financeiro incorrido pela Recorrente. Foi justamente por confiar na rentabilidade futura do investimento que a Recorrente realizou os referidos aportes de capital.

45. Adicionalmente, a "demonstração" atinente ao fundamento do ágio a que o contribuinte se obrigava a arquivar como comprovante da escrituração, nos termos do artigo 20, § 3º, do Decreto Lei nº 1.598/77, não demandava perito independente. A exigência do laudo só se tornou necessária/obrigatória com o advento da Lei nº 12.973/14.

46. O artigo 20 do Decreto Lei nº 1.598/77 tinha a seguinte redação na época da operação em comento:

Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

(...)

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

(...)

§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico: (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)

a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)

b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)

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

47. Com a redação dada pela Lei nº 12.973/14, o laudo pericial passa a ser real requisito, *verbis*:

Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

(...)

II - mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput; e (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

(...)

§ 3º O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do

13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação. (grifos nossos).

48. Portanto, a partir da leitura da redação do dispositivo em comparação com a sua atual redação, fica evidente que a exigência de laudo elaborado por perito independente passa a ser uma exigência apenas com o advento da Lei nº 12.973/14.

49. Cabe ressaltar, adicionalmente, que o artigo 385, do RIR/99, exigia apenas que o contribuinte arquivasse a demonstração que comprova a expectativa de rentabilidade futura que fundamentou o ágio:

“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: (...)

§ 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.” (grifos nossos).

50. A legislação não previa nenhuma ressalva quanto à forma de comprovação do fundamento econômico do ágio no caso de operações realizadas entre partes relacionadas, bem como não condicionava a validação dos valores apurados por um terceiro. Se o legislador não fez tal ressalva, não cabe a esta relatoria fazê-la.

51. No mais, a alteração da redação em 2014 não foi apenas uma consolidação/formalização do entendimento do legislador e da jurisprudência pela exigência do laudo técnico. Admitir tal premissa fere, claramente, o princípio da legalidade, visto que a regra vigente à época das operações constantes deste processo não previa os requisitos hoje necessários.

52. Sobre os Ágios Distel 2 e 3, o argumento apresentado pela fiscalização relativo à ausência de laudo técnico não se sustenta por duas razões: (i) o laudo elaborado pela Ernst & Young se presta a fundamentar a rentabilidade futura das ações da DISTEL adquiridas pela Recorrente em 01.02.2001 (com a compra das 459.883 ações da DISTEL) e em 19.10.2002 (com a operação de permuta); e (ii) que a legislação vigente na época das operações em questão não exigia laudo para respaldar o fundamento econômico do ágio.

53. Quanto à suposta indedutibilidade do ágio por ter sido originário de operação interna, as autoridades fiscais afirmam que o registro e a amortização de ágio em operações realizadas dentro de um mesmo grupo econômico sempre foi vedado, sendo que a

proibição trazida na Medida Provisória nº 627/2013, convertida na Lei nº 12.973/2014, apenas veio corroborar a posição consolidada.

54. Data máxima vênia, não alinho-me a tal entendimento. Os artigos 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda nunca veiculavam qualquer restrição ao chamado "ágio interno".

55. A vedação em questão somente foi trazida com a edição da Medida Provisória nº 627/2013, posteriormente convertida na Lei nº 12.973/2014, que passou a limitar o registro de ágio a operações entre partes não relacionadas.

56. Nesse sentido, vale transcrever o teor do artigo 22 da Lei nº 12.973/2014:

"Art. 22. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com ágio por rentabilidade futura (goodwill) decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes, apurado segundo o disposto no inciso III do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, poderá excluir para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subsequentes o saldo do referido ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração."

57. Note-se que, em nítida alteração da legislação anterior, a Lei nº 12.973/2014 prevê que o ágio por rentabilidade futura somente poderá ser amortizado para fins fiscais quando *"decorrente de aquisição de participação societária entre partes não dependentes"*.

58. A esse respeito, vale transcrever novamente o artigo 386 do Regulamento do Imposto de Renda:

*"Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha **participação societária adquirida com ágio ou deságio**, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10)"*

59. Fica claro que, enquanto o artigo 386 do Regulamento do Imposto de Renda referia-se somente a *"participação societária adquirida com ágio ou deságio"*, o novo artigo 22 da Lei nº 12.973/2014 refere-se a *"participação societária adquirida com ágio por rentabilidade futura (goodwill) decorrente da aquisição de participação societária **entre partes não dependentes**"*, não restando dúvidas sobre a criação de nova condição para amortização fiscal do ágio.

60. Nesse sentido, vale transcrever a Exposição de Motivos da Medida Provisória 627/2013:

"As novas regras contábeis trouxeram grandes alterações na contabilização das participações societárias avaliadas pelo

*valor do patrimônio líquido. Dentre as inovações introduzidas destacam-se a alteração quanto à avaliação e ao tratamento contábil do **novo ágio por expectativa de rentabilidade futura**, também conhecido como goodwill. O art. 21 estabelece prazos e condições para a dedução do novo ágio por rentabilidade futura (goodwill) na hipótese de a empresa absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com goodwill, apurado segundo o disposto no inciso III do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977. **Esclarece que a dedutibilidade do goodwill só é admitida nos casos em que a aquisição ocorrer entre empresas independentes.**" (grifos nossos)*

61. Vejam que, o ágio por rentabilidade futura previsto na Lei nº 12.973 é considerado como o "novo ágio", uma figura bastante diferente daquela anteriormente prevista na Lei nº 9.532/97, especialmente pelo fato de que *"a dedutibilidade do goodwill só é admitida nos casos em que a aquisição ocorrer entre empresas independentes"*.

62. Assim, a alegação de que a vedação ao registro e amortização de ágio em operações entre partes relacionadas já existia mesmo antes da Lei nº 12.973/14 não condiz com a alteração legislativa em comento.

63. É possível verificar esse mesmo entendimento inclusive em julgamentos deste Conselho, conforme ementa abaixo reproduzida:

“ÁGIO INTERNO.

A circunstancia da operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracteriza o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação fiscal. A distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de ágio interno) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo, não é relevante para fins fiscais.

*ÁGIO INTERNO. INCORPORAÇÃO REVERSA.
AMORTIZAÇÃO.*

A amortização do ágio está prevista no art. 386 do RIR/1999. Para fins fiscais, o ágio decorrente de operações com empresas do mesmo grupo (dito ágio interno), não difere em nada do ágio que surge em operações entre empresas sem vínculo. Ocorrendo a incorporação reversa, o ágio poderá ser amortizado nos termos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997”. (Processo nº 16682.720233/2010-11, Acórdão nº 1101-000.835, 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária / 1ª Seção, Sessão de 04 de dezembro de 2012, Redator designado Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro)(gn).

64. Ademais, para legislação tributária, o ágio corresponde à diferença positiva entre o custo de aquisição de um investimento e seu valor patrimonial. À época não havia dispositivo que estabelecesse tratamento diferenciado entre o ágio decorrente de operações realizadas entre partes relacionadas e aquele decorrente de operações entre partes não relacionadas.

65. Com efeito, a legislação tributária vigente ao tempo em que realizados os negócios jurídicos em questão, dispunha que o ágio surgia com a aquisição de quotas ou ações por valor superior ao correspondente valor de PLC, pouco importando se a aquisição do investimento decorreu de compra, recebimento em realização de aumento de capital ou outro meio de aquisição ou, ainda, se realizada entre partes relacionadas, ou não.

66. Para fins fiscais, exigia-se apenas que essa aquisição ocorresse por valor superior ao valor de PLC do investimento adquirido.

67. Conforme artigos 464, inciso I, e 467, inciso I, do RIR/99, quando determinada companhia aliena bem de seu ativo por valor notoriamente inferior ao de mercado para pessoa jurídica que lhe seja ligada, a diferença entre o preço efetivamente praticado e o preço de mercado deve ser adicionada ao lucro líquido do exercício, para efeito de quantificação do lucro real. Como se vê, a legislação fiscal não só admite como ainda impõe, em determinados casos, que os negócios celebrados entre uma pessoa jurídica e seus acionistas produzam efeitos fiscais idênticos aos que produziriam negócios celebrados com terceiros não-relacionados.

“Art. 464. Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica

I - aliena, por valor notoriamente inferior ao de mercado, bem do seu ativo a pessoa ligada;

(...)”

“Art. 467. Para efeito de determinar o lucro real da pessoa jurídica

I - nos casos dos incisos I e IV do art. 464, a diferença entre o valor de mercado e o de alienação será adicionada ao lucro líquido do período de apuração;

(...)”

68. No mais, o Decreto Lei nº 1.598/77, em seu artigo 25, determinou que o ágio integraria as contas de resultados da investidora, diminuindo o lucro líquido do período-base; não obstante, não seria levado em consideração na determinação do lucro real da investidora, sendo, portanto, indedutível para fins de IRPJ, só produzindo efeitos fiscais à época da baixa do investimento, em razão de sua alienação ou liquidação.

69. Entretanto, com a Lei nº 9.532, de 10.12.1997, artigo 70, o legislador introduziu hipótese de dedutibilidade fiscal do ágio, determinando apenas que (i) ocorra a absorção patrimonial entre investida e investidora na qual há investimentos adquiridos com ágio, mediante incorporação, fusão ou cisão; (ii) que o ágio adquirido tenha por fundamento a expectativa de geração de rentabilidade futura, nos termos do referido artigo 20, § 2º, alínea b, do DL nº 1.598, de 1977; e (iii) que a amortização fiscal do ágio ali autorizada se faça à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração.

70. O legislador não impôs nenhuma outra exigência para essa dedutibilidade fiscal do ágio, mais especificamente se deveria ela ser vedada no caso de ágio interno (aquele gerado entre pessoas jurídicas de um mesmo grupo econômico).

71. E, não havendo na legislação tributária vedação ao aproveitamento fiscal de ágio interno, a glosa de despesas dessa natureza, somente poderia se justificar se caracterizada a conduta simulada do contribuinte, o que não se verifica neste caso.

72. No mais, a decisão de piso afirma que a aplicação do Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 1/07 teria o condão de acarretar a indedutibilidade do ágio em questão. Contudo, considero que o referido ofício não condiciona o aproveitamento do ágio, para fins fiscais, à sua formação ser decorrente da aquisição de terceiros, já que ele apenas veda, em determinadas situações, a manutenção do registro contábil do ágio no patrimônio do adquirente do investimento. Nem poderia ser diferente, pois o artigo 109 do CTN veda a utilização dos princípios gerais de direito privado para a definição de efeitos tributários.

73. Diante de todo o exposto, entendo que resta razão à Recorrente, devendo ser excluídas as glosas relativas as despesas com a amortização dos ágios do investimento Distel.

1.2. Da Dedutibilidade do Ágio no “Investimento SIGLA”

74. O entendimento da fiscalização, mantido pela decisão da DRJ e reforçado nas contrarrazões, é de que o ágio relativo a este investimento teria sido gerado internamente e com artificialidade, além de não ter sido apresentado laudo capaz de embasar o fundamento econômico da SIGLA, não tendo cumprido, portanto, os requisitos de dedutibilidade previstos nos artigos 7º e 8º, da Lei nº 9.532/97.

75. A Recorrente apresenta novamente os argumentos trazidos em sede de impugnação para afirmar que não houve artificialidade na operação que gerou o ágio; houve efetivo sacrifício econômico; e que não havia obrigatoriedade de apresentação de laudo na época da operação.

76. Não há que se falar em simulação ou artificialidade, pois na época em que a TV GLOBO adquiriu o investimento em SIGLA, esta se encontrava em estado de insolvência, apresentando PLC negativo em R\$ 198.145.150,89; não obstante, o valor pago pela sua aquisição justificava-se em razão da sua perspectiva de rentabilidade futura. A TV GLOBO, visando sanear SIGLA, incorporou ao capital social desta créditos que detinha contra ela, no montante de R\$ 196.535.690,00, reduzindo significativamente o valor do seu PLC negativo.

77. Portanto, seria inquestionável que o ágio SIGLA, ainda que interno, antes de, proporcionalmente, acabar consolidado na Recorrente, com a cisão parcial de SIGLA e subsequente versão de parte de seu patrimônio para a Recorrente, gerou sacrifício econômico materializado pela capitalização de SIGLA pela TV GLOBO.

78. Nos casos em que a investida apresenta PLC negativo, a investidora deve registrar como ágio a diferença entre o valor do PLC negativo e o valor de aquisição; caso a investidora apenas informasse em sua contabilidade o valor desse PLC negativo, sem registrar a diferença entre esse PLC e o valor de aquisição como ágio, o custo total do investimento ficaria indevidamente distorcido, gerando-lhe perdas irreais.

79. Diversamente do que ocorre nas aquisições de investimentos com valor patrimonial positivo, a parcela do ágio correspondente ao PLC negativo da investida tem sempre contrapartida num dispêndio efetivo por parte da investidora, na medida em que há

necessariamente um sacrifício financeiro para soerguer a empresa investida e manter o investimento. Logo, o ágio registrado na TV GLOBO (e, posteriormente, na Recorrente) vinculado à aquisição do investimento SIGLA está fundamentado em um efetivo sacrifício financeiro, não lhe sendo aplicado, portanto, o disposto no item 20.1.7. do Ofício-Circular CVM/SNC/SEC nº 01/2007, que apenas se destina a combater o registro de ágio em operações em que há uma artificial geração de riqueza nova para a investidora, decorrente de reavaliação de investimentos desacompanhada de um efetivo dispêndio financeiro, situação que não se verificaria no caso em exame.

80. Conforme já exposto no item anterior, I.1. “Investimento Distel”, não há que se falar em irregularidade da operação em razão dela ter sido feita internamente sem a apresentação de um laudo satisfatório, para a fiscalização, e que comprovasse o fundamento econômico do investimento, pois a operação se deu em período em que a lei vigente não trazia tais requisitos para ser possível a dedução de despesas relativas à amortização de ágio.

81. Diante do exposto, concluo que resta razão à Recorrente e determino a exclusão das glosas referentes ao investimento SIGLA.

I.3. Da Dedutibilidade do Ágio do “Investimento NET”

82. O entendimento da fiscalização mantido pela DRJ é o de que a Recorrente, indevidamente, excluiu valores da apuração do IRPJ e CSLL referente ao ágio no investimento na NET. Conforme exposto nas contrarrazões, a fiscalização não aceitou a dedução das parcelas de ágio como custo, na capitalização da EG Participações e na OPA, por entender que o “Ágio NET 1” e o “Ágio NET 2” teriam sido gerados internamente, e, por sua vez, o “Ágio NET 3” careceria de fundamento econômico.

83. Sobre o “Ágio NET 1” e o “Ágio NET 2”, a Recorrente afirma que o evento de capitalização da NET ocorrido em agosto de 2002, que deu origem ao ágio em discussão, jamais poderia ser considerado uma operação praticada com artificialismo, desprovida de propósito negocial e em condições não usuais de mercado.

84. A Recorrente demonstrou que o seu investimento se deu de forma regular enquanto Fiscalização não foi capaz de comprovar o caráter simulatório da operação. Cumpre ressaltar que, a ocorrência de simulação e artificialidade não se presume e nem se prova por meio de indícios. *In casu*, as autoridades fiscal e julgadora não demonstram a existência de tais vícios.

85. A capitalização da NET se deu mediante a subscrição pública e privada de 1.711.857.445 novas ações (entre ordinárias e preferenciais) por diversos sócios, os quais incluíram não apenas as empresas pertencentes ao grupo da Recorrente (como é o caso de ROMA e DISTEL), mas também terceiros não relacionados. Constatado que quase metade das novas ações foram subscritas por terceiros não pertencentes ao grupo da Recorrente.

86. Ainda que a alegação de a operação ter sido realizada internamente fosse aceita, conforme já exposto no item “I.1. Investimento Distel”, a legislação vigente à época dos fatos aqui tratados não vedava a dedução de ágio originário de operação interna.

87. Sobre o Ágio NET 3, não havendo dúvidas de que (i) o preço foi efetivamente pago, inclusive, para um terceiro não relacionado; e (ii) que o preço pago supera o valor de PLC do investimento, há de se reconhecer o ágio, o qual, independentemente do seu

fundamento econômico, é um componente do custo do investimento e, como tal, deve ser integralmente baixado por ocasião da alienação deste investimento.

88. Considerando que é o mercado que estabelece o quanto alguém se dispõe a pagar por um investimento que outro se dispõe a vender, em um ambiente livre e aberto, o que necessariamente pressupõe independência entre as partes contratantes, não haveria razão para a autoridade fiscal desconsiderar, como custo, o preço pago por DISTEL ao BNDESPAR e, portanto, glosar o ágio que está atrelado a esse custo após ser confrontado com o valor patrimonial das ações da NET.

89. No mais, a jurisprudência administrativa já entendeu que o ágio e o ganho de capital são, sempre, os dois lados de uma mesma moeda, de forma que a sorte de um acompanha a do outro. Assim, existindo o ganho de capital para o alienante das ações, o ágio também existirá. Se o preço pago pelas ações é preço para fins de apuração do ganho de capital auferido pelo alienante (no caso, o BNDESPAR), há que se reconhecer que o mesmo preço é custo para o adquirente das ações (no caso, a DISTEL).

90. O argumento de que não haveria laudo técnico que respaldasse o registro do ágio também não se sustenta, pois, conforme já exposto no "item I.1. Investimento Distel", a operação se deu em período em que a lei vigente não trazia tal requisito para que se deduzisse as despesas com a amortização de ágio.

91. Diante do exposto, concluo que resta razão à Recorrente e determino a exclusão das glosas referentes ao investimento NET.

I.4. "Investimento GB"

92. Sobre este tópico, as autoridades fiscal e julgadora concluíram que a dedução das parcelas dos ágios GB são indevidas em razão de que (i) os referidos ágios terem sido gerados internamente; (ii) diante da impossibilidade de se registrar ágio formado a partir de PL negativo da GB; e (iii) diante da não apresentação de laudo de avaliação apto a atestar a rentabilidade futura da GB como fundamento econômico.

93. Conforme já exposto no item "I.1. Investimento Distel", as alegações de indedutibilidade de ágio por ter sido gerado em operação interna e pela ausência de laudo técnico não se sustentam, pois à época dos fatos aqui tratados, a legislação não previa tais requisitos.

94. Ademais, independentemente do argumento exposto acima, no presente caso, todos aumentos de capital realizados na GB foram acompanhados pela outra sócia que sequer pertencia ao grupo da Recorrente, o que afasta, de plano, qualquer alegação de que o valor pago pela Recorrente não seria o de mercado.

95. Na medida em que as operações de capitalização da GB contaram com a participação de um terceiro não relacionado (no caso, a EMBRAPAR), não haveria como a fiscalização pretender sustentar que tais operações foram realizadas apenas com o propósito de o grupo da Recorrente se beneficiar das amortizações de ágio, já que não apenas a Recorrente, mas também um terceiro a ela não relacionado, acreditava na rentabilidade futura de GB.

96. Não houve no conferimento das ações da NET em integralização de capital de GB qualquer reavaliação que pudesse ter a conotação de uma tentativa de obtenção de economia fiscal por parte do grupo da Recorrente.

97. Importante ressaltar que, neste caso, não se discute a possibilidade de aproveitamento do ágio na forma de amortização, mas sim seu aproveitamento como componente do custo do investimento quando da sua alienação. Com efeito, o ágio pago na aquisição de investimentos avaliados pelo MEP, como componente do custo de aquisição que é, deve sempre ser levado em consideração na determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento, para fins de tributação, independentemente da sua razão econômica.

98. Quanto à alegação de que parcela do ágio teria sido calculada a partir do PLC negativo de GB, a definição de "custo de aquisição" ou "valor pago" englobaria todo e qualquer sacrifício econômico suportado pela investidora na aquisição do investimento, englobando não só o valor por este pago, mas também a assunção de passivos relacionados a tal bem; assim, nos casos em que a investida apresenta PLC negativo, a investidora deve registrar como ágio a diferença entre o valor do PLC negativo e o valor de aquisição; caso a investidora apenas informasse em sua contabilidade o valor desse PLC negativo, sem registrar a diferença entre esse PLC e o valor de aquisição como ágio, o custo total do investimento ficaria indevidamente distorcido, gerando-lhe perdas irreais.

99. Diante do exposto, concluo que resta razão à Recorrente e determino a exclusão das glosas referentes ao investimento GB.

II. Das Demais Alegações

100. Caso esta relatoria reste vencida e, por conseguinte, as glosas de amortização dos ágios sejam mantidas, passo a julgar as demais questões pertinentes ao presente processo administrativo fiscal.

II.1. Da Inaplicabilidade das Multas de Ofício (75%) e Isolada

101. A Recorrente alega que a dedução de despesas com amortização de ágio interno somente passou a ser vedada a partir da Lei nº 12.973/2014. Caso fosse aplicada a referida norma para o presente caso, o artigo 106, inciso I, do CTN¹ deve ser observado com a exclusão de qualquer penalidade (multas de ofício e isolada).

102. De fato, conforme exaustivamente consignado, a dedução de despesas com amortização de ágio interno só veio a existir com a Lei nº 12.973, de 2014 (oriunda da MP 617, de 2013) e, portanto, após 2011, período-base objeto dos autos. Ademais, a exposição de motivos nº 187/2013/MF deixa claro o caráter prospectivo do novo regime jurídico do ágio. E, mesmo se a norma em questão tivesse caráter meramente interpretativo, o que se admite apenas para fins de argumentação, sua aplicação retroativa teria de vir sempre acompanhada da exclusão de qualquer penalidade, também por força do referido art. 106, I, do CTN.

¹ "Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;"

103. Assertivo é o posicionamento do jurista Cristiano Carvalho² ao comentar o referido dispositivo, *verbis*:

"O dispositivo veda, como não poderia deixar de fazer, a criação de sanções que atinjam fatos pretéritos, em decorrência da própria obscuridade da legislação interpretada. Ora, se a lei continha falhas tais que impediam a sua própria compreensão, não pode a lei posterior que venha a corrigir essas deficiências, criar penalidades que atinjam os contribuintes que porventura tivessem descumprido as determinações mal formuladas."
(grifos nossos)

104. Este entendimento, inclusive, está alinhado ao primado da segurança jurídica constante do artigo 2º³, da Lei nº 9.784/99. Não é possível admitir que eventual estratégia de política fiscal legítima (dedutibilidade da amortização do ágio), ainda que considerada supostamente inconsistente pela SRFB, atente contra a previsibilidade de ação dos administrados, leia-se a própria segurança jurídica no exercício da atividade empresarial.

105. Portanto, acolho as razões da Recorrente, e considero que nenhuma multa poderia ter sido lançada nos autos.

II.2. Da Impossibilidade de Concomitância de Penalidades

106. Caso reste vencida no tópico anterior e, portanto, a multa de ofício seja mantida, passo a tecer alguns considerações sobre a impossibilidade da multa isolada ser aplicada conjuntamente com a multa de ofício, pois ambas as multas decorrem da mesma infração, configurando descabido *bis in idem*.

107. A autoridade fiscal exigiu a multa isolada correspondente a 50% do valor das diferenças de estimativas mensais que, nos anos-calendário de 2012 e 2013, deixaram de ser pagas em razão da dedução das despesas com amortização de ágio que acabaram por ela (fiscalização) glosadas. Fundamentou seu posicionamento no artigo 44, inciso II, alínea b, da Lei nº 9.430/1996, *verbis*:

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

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

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

108. Ocorre que, além da multa isolada, houve o lançamento da multa de ofício de 75% sobre o valor do IRPJ e da CSLL anuais exigidos em razão das mesmas

² CARVALHO, Cristiano. Comentários aos art.s 105 ao 112. In: Marcelo Magalhães Peixoto. (Org.). Comentários ao Código Tributário Nacional. 1ed. São Paulo: MP Editora, 2005, p. 901-924.

³ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

infrações que levaram a autoridade lançadora a concluir que as estimativas mensais não teriam sido devidamente recolhidas, justificando-a com base no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96:

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

109. Fica, portanto, evidente que sobre a mesma infração foram aplicadas duas espécies distintas de multa, o que não é admitido pela doutrina e jurisprudência atuais.

110. E, por mais que a redação original do artigo 44, da Lei nº 9.430/1996 tenha sofrido alterações ao longo do tempo, estas não foram capazes de afastar a aplicação da Súmula CARF nº 105. Vejamos:

Súmula CARF nº 105: A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Redação Original do artigo 44, §1º da Lei nº 9.430/1996

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

(...) § 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas: (Vide Medida Provisória nº 303, de 2006)

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

111. A citada Súmula reconhece a impossibilidade de cumulação das multas de ofício e isoladas em razão do princípio da consunção. De acordo com esse princípio a penalidade decorrente do não recolhimento do tributo apurado ao fim do ano (multa proporcional) absorve a penalidade decorrente do não-recolhimento de determinado valor a título de estimativa mensal (multa isolada), já que ambas decorrem de normas sancionatórias que concorrem ente si para penalizar uma mesma conduta.

112. Nessa linha, é o entendimento desse E. Conselho em casos semelhantes a este, *verbis*:

“MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA. APLICAÇÃO CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE.

Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. A primeira conduta é meio de execução da

segunda. A aplicação concomitante de multa de ofício e de multa isolada na estimativa implica em penalizar duas vezes o mesmo contribuinte, já que ambas as penalidades estão relacionadas ao descumprimento de obrigação principal".

(Processo nº 16561.720157/2014-43, Acórdão nº 1401-002.076, 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária / 1ª Seção, Sessão de 19 de setembro de 2017, Relator Daniel Ribeiro Silva)

"MULTA ISOLADA E MULTAS PROPORCIONAIS - CONCOMITÂNCIA.

Multa isolada para as estimativas descabida. Apenado o continente, incabível apenar o conteúdo. Penalizar pelo todo e ao mesmo tempo pela parte do todo seria uma contradição de termos lógicos e axiológicos. Princípio da consunção em matéria apenatória. A aplicação da multa de ofício de 75% sobre IRPJ e CSLL exigidos exclui a aplicação da multa de ofício de 50% sobre IRPJ e CSLL por estimativa do mesmo ano-calendário."

(Processo nº 10480.725955/2012-13, Acórdão nº 1103-001.097, 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária / 1ª Seção, Sessão de 26 de agosto de 2014, Relator Marcos Takata)

"APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA.

Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. (Acórdão nº CSRF 401-05838)."

(Processo nº 10510.000537/2005-96, Acórdão nº 9101000.987, 1ª Turma Ordinária da CSRF, Sessão de 24 de maio de 2011, Relator Alberto Pinto Souza Junior) (grifos nossos)

113. No mais, não merece prosperar a posição das autoridades fiscal e julgadora quanto à impossibilidade de aplicação da Súmula CARF nº 105 ao período em análise, uma vez que as alterações promovidas no art. 44 da Lei nº 9.430/96, pela Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.488/07, não contrariam o entendimento de que a multa de ofício e a multa isolada não podem ser exigidas concomitantemente.

114. A própria Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 351/07, limitou-se a esclarecer que a alteração do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, efetuada pelo artigo 14 do Projeto, tem o objetivo de reduzir o percentual da multa de ofício, lançada isoladamente, nas hipóteses de falta de pagamento mensal devido pela pessoa física a título de carnê-leão ou pela

pessoa jurídica a título de estimativa, bem como retira a hipótese de incidência da multa de ofício no caso de pagamento do tributo após o vencimento do prazo, sem o acréscimo da multa de mora.

115. E, caso se entenda que a identidade de bases de cálculo foi superada pela nova redação do dispositivo legal, subsiste o fato de as duas penalidades decorrerem de falta de recolhimento de tributo, o que importa o afastamento da penalidade menos gravosa.

116. Nesse sentido, o E. CARF já se manifestou de forma expressa:

" EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO EM RELAÇÃO À ALTERAÇÃO DO ART. 44 DA LEI Nº 9.430/1996 PELA LEI Nº 11.488/2007. IMPOSSIBILIDADE DE PENALIDADE DE MULTA ISOLADA CONCOMITANTE COM MULTA DE OFÍCIO. EMBARGOS REJEITADOS.

Embora as alterações do texto do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 tenham de fato distinguido as bases de cálculo das penalidades de multa isolada e de ofício, não pretendeu cumulá-las. Por essa razão, é inaplicável a penalidade quando há concomitância com a multa de ofício sobre o ajuste anual, ainda que após a vigência das alterações da Lei nº 11.488/2007.
Não é possível opor Embargos para tentar reapreciar a matéria quando esta já foi devidamente examinada com base em fundamento distinto do quanto pretendido por alguma das partes, haja vista que o julgador pode formar livremente a sua convicção."

(Processo nº 13971.720798/2011-35, Acórdão nº 1202-001.228, 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária / 1ª Seção, Sessão de 04 de fevereiro de 2015, Geraldo Valentim Neto).

"MULTA ISOLADA POR FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO E MULTA DE OFÍCIO PROPORCIONAL. CONCOMITÂNCIA. INAPLICABILIDADE.

É inaplicável a multa isolada por falta de recolhimento das estimativas quando há concomitância com a multa de ofício proporcional sobre o tributo devido no ajuste anual, mesmo após a vigência da nova redação do art. 44 da Lei 9.430/1996 dada pela Lei 11.488/2007."

(Processo nº 10805.721654/2012-19, Acórdão nº 1402-001.489, 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária / 1ª Seção, Sessão de 05 de novembro de 2013, Frederico Augusto Gomes de Alencar).

"MULTA ISOLADA. ENCERRAMENTO DO ANO-CALENDÁRIO. LANÇAMENTO DO TRIBUTO DEVIDO ACRESCIDO DE MULTA DE OFÍCIO E DE MULTA ISOLADA EM RELAÇÃO ÀS ESTIMATIVAS NÃO RECOLHIDAS.

A multa isolada é sanção aplicável nos casos em que o sujeito passivo, no decorrer do ano-calendário, deixar de recolher o valor devido a título de estimativas ou carnê-leão. Encerrado o ano-calendário não há o que se falar em recolhimento de carnê-leão ou de estimativa, mas sim no efetivo imposto devido. Nas situações em que o sujeito passivo, de forma espontânea,

oferecer os rendimentos ou lucros à tributação, acompanhado do pagamento dos tributos e juros, aplica-se o instituto da denúncia espontânea previsto no disposto no artigo 138 do CTN. Nos casos de omissão, verificada a infração, apura-se a base de cálculo e sobre o montante dos tributos devidos aplica-se a multa de ofício, sendo incabível a exigência da multa isolada cumulada com a multa de ofício.

A alteração do artigo 44, II, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 9.430, de 1996, pela Lei nº 11.488, de 2007, resultante da conversão da Medida Provisória 351, de 2007, não teve o condão de cumular a multa de ofício com a multa isolada, mas sim reduzir o percentual desta, quando devida, por se tratar de infração de menor gravidade.

Ademais, o item 8 da exposição de motivos da citada Medida Provisória fala em “multa lançada isoladamente nas hipóteses de falta de pagamento mensal devido pela pessoa física a título de carnê-leão ou pela pessoa jurídica a título de estimativa.” Assim, se estamos falando de multa isolada ela não pode ser cumulada com outra multa, sendo a primeira exigida, no decorrer do ano-calendário, nas circunstâncias em que o contribuinte deixar de recolher os valores devidos a título carnê-leão ou de estimativas e a segunda quando verificado omissão após o período de apuração e prazo para entrega da declaração Recurso de Ofício Negado. Recurso Voluntário Provido em Parte”.

(Processo nº 10920.004434/2010-31, Acórdão nº 1402-001.369, 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária / 1ª Seção, Sessão de 10 de abril de 2013, Relator Moisés Giacomelli Nunes da Silva).

117. Esse também é o posicionamento do E. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO. ART. 44, I E II, DA LEI 9.430/1996 (REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.488/2007). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO. PRECEDENTES.

1. 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 (AgRg no REsp 1.499.389/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/9/2015; REsp 1.496.354/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24/3/2015). 2. Agravo Regimental não provido." (AgRg no REsp 1576289/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Julgado em 19/04/2016, DJe 27/05/2016)

118. Diante de exposto, na hipótese da multa de ofício ser mantida, considero inaplicável a multa isolada.

II.3. Aplicação de Juros com base na Taxa SELIC

119. Outro ponto questionado pela Recorrente é a aplicação de juros com base na taxa SELIC sobre a multa de ofício. Segundo ela a aplicação de juros implicaria em

majoração indireta da própria penalidade e não existe previsão legal que permita tal aplicação sobre a multa de ofício.

120. Em que pese a decisão de piso não tenha enfrentado esse ponto verifico que consta dos autos de infração a aplicação de juros de mora e as contrarrazões da União enfrentaram as alegações da Recorrente sobre o tema. Diante do exposto, passo a decidir.

121. A taxa SELIC é aplicada aos juros dos créditos fiscais, conforme disposto no artigo 61 da Lei nº 9.430/96, *verbis*:

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

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

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

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

122. Os artigos 113, §1º e 139, do Código Tributário Nacional, determinam que o crédito tributário, de onde decorre da obrigação principal, compreende tanto o tributo em si quanto a penalidade pecuniária:

“Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. (...)”

“Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.”

123. Logo, a expressão “débitos decorrentes de tributos e contribuições”, disposta no artigo 61 supra descrito, deve englobar a integralidade do crédito tributário, incluindo a multa de ofício proporcional punitiva. É assim que a jurisprudência do C. CARF entende:

“OMISSÃO DE RENDIMENTOS

As exclusões do conceito de remuneração, estabelecidas na Lei nº 8.852/94, não são hipóteses de isenção ou não incidência de

IRPF, que requerem, pelo Princípio da Estrita Legalidade em matéria tributária, disposição legal federal específica.

JUROS SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.” (CARF – Processo nº 15469.000384/2007. Acórdão nº 2301-005.162. Relator: Alexandre Evaristo Pinto. Sessão de 04/10/2017)

124. No mais, em 08/06/2018, foi publicada a Súmula CARF nº 108 com o seguinte teor: *"Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício."*

125. A partir de tais esclarecimentos, resta evidente que a multa de ofício lançada juntamente com os tributos devidos, se não paga no vencimento, se sujeita aos juros de mora por força do disposto no artigo 61, da Lei nº 9.430/96. Portanto, na hipótese das glosas da amortização dos ágios serem mantidas, não acolho o pedido da Recorrente e determino a manutenção da aplicação dos juros sobre a multa de ofício.

Conclusão

126. Diante do exposto, VOTO no sentido de CONHECER do presente RECURSO VOLUNTÁRIO, e, no mérito, DAR-LHE provimento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Gisele Barra Bossa

Voto Vencedor

Conselheira Eva Maria Los, Redatora designada.

1 Ágio. Dedutibilidade.

1. Os autos de infração exigindo IRPJ e CSLL tem fatos geradores em 31/12/2012 e 31/12/2013, págs. 2.383/2.409.
2. Tratam de glosas de despesa/custo de ágio de 4 (quatro) investimentos, que cabe analisar individualmente: Distel Holding S/A (Globocabo S/A), Net Serviços de Comunicação S/A, SIGLA - Sistema Globo de Gravações Audiovisuais LTDA e GB Empreendimentos S/A.
3. Acerca das condições para a dedutibilidade do ágio, tomo como referência o Acórdão nº 9101-003.543, de 4/04/2018, do qual extraio excertos.

I. Despesa de Amortização de Ágio.

O voto apresenta análise histórica e sistêmica sobre o tema, para depois tratar do caso concreto.

I. Conceito e Contexto Histórico

Pode-se entender o ágio como um sobrepreço pago sobre o valor de um ativo (mercadoria, investimento, dentre outros).

Tratando-se de investimento decorrente de uma participação societária em uma empresa, em brevíssima síntese, o ágio é formado quando uma primeira pessoa jurídica adquire de uma segunda pessoa jurídica um investimento em valor superior ao seu valor patrimonial. O investimento em questão são ações de uma terceira pessoa jurídica, que são avaliadas pelo método contábil da equivalência patrimonial. Ou seja, a empresa A detém ações da empresa B, avaliadas patrimonialmente em 60 unidades. A empresa C adquire, junto à empresa A, as ações da empresa B, por 100 unidades. A empresa C é a investidora e a empresa B é a investida.

(...)

Ocorre que o legislador, ao editar o Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, resolveu adotar um conceito jurídico para o ágio próprio para fins tributários.

Isso porque positivou no art. 20 do mencionado decreto-lei que o denominado ágio poderia ter três fundamentos econômicos, baseados: (1) no sobrepreço dos ativos; e/ou (2) na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido e/ou (3) no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. E, posteriormente, os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997,

autorizaram a amortização do ágio nos casos (1) e (2), mediante atendimento de determinadas condições.

Na medida em que a lei não determinou nenhum critério para a utilização dos fundamentos econômicos, consolidou-se a prática de se adotar, em praticamente todas as operações de transformação societária, o reconhecimento do ágio amparado exclusivamente no caso (2): expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. O ágio passou a ser simplesmente a diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento.

(...)

E como dar-se-ia o aproveitamento do ágio?

Em duas situações.

Na primeira, quando a empresa C realizasse o investimento, por exemplo, ao alienar a empresa B para uma outra pessoa jurídica. Assim, se vendesse a empresa B para a empresa D por 150 unidades, apuraria um ganho de 50 unidades. Isso porque, ao patrimônio líquido da empresa alienada, de 60 unidades, seria adicionado o ágio de 40 unidades. Assim, a base de cálculo para apuração do ganho de capital seria a diferença entre 150 e 100 unidades, perfazendo 50 unidades.

*Na segunda, no caso de a empresa C (investidora) e a empresa B (investida) promoverem uma transformação societária (incorporação, fusão ou cisão), de modo em que passem a integrar uma mesma universalidade. Por exemplo, a empresa B incorpora a empresa C, ou, a empresa C incorpora a empresa B. Nesse caso, o valor de ágio de 40 unidades poderia passar a ser **amortizado**, para fins fiscais, no prazo de sessenta meses, resultando em uma redução na base de cálculo do IRPJ e CSLL a pagar.*

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural⁴. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do goodwill. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

⁴ IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31.

E recentemente, por meio da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, além de novas regras para o seu aproveitamento, que não são objeto de análise do presente voto.

*Enfim, resta evidente que o conceito do ágio tratado para o caso concreto, disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, alinha-se a um **conceito jurídico determinado pela legislação tributária**.*

Trata-se, portanto, de instituto jurídico tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

Apesar de já ter sido apreciado singelamente no tópico anterior, o destino que pode ser dado ao ágio contabilizado pela empresa investidora merece uma análise mais detalhada.

Há que se observar, inicialmente, como o art. 219 da Lei nº 6.404, de 1.976 trata das hipóteses de extinção da pessoa jurídica:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

II pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.

E, ao se tratar de ágio, vale destacar, mais uma vez, os dois sujeitos, as duas partes envolvidas na sua criação: a pessoa jurídica investidora e a pessoa jurídica investida, sendo a investidora é aquela que adquiriu a investida, com sobrepreço.

Não por acaso, são dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

Pode-se dizer que os eventos (1) e (2) guardam correlação, respectivamente, com os incisos I e II da lei que dispõe sobre as Sociedades por Ações.

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

*No **primeiro evento**, trata-se de situação no qual a investidora aliena o investimento para uma terceira empresa. Nesse caso, o ágio passa a integrar o valor patrimonial do investimento para fins de apuração do ganho de capital e, assim, reduz a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. A situação é tratada pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, arts. 391 e 426 do RIR/99:*

(...)

*Assim, o aproveitamento do ágio ocorre no momento em que o investimento que lhe deu causa foi objeto de **alienação ou liquidação**.*

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

*Já o **segundo evento** aplica-se quando a investidora e a investida transformarem-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão). O ágio pode se tornar uma despesa de amortização, desde que preenchidos os requisitos da legislação e no contexto de uma transformação societária envolvendo a investidora e a investida.*

Contudo, sobre o assunto, há evolução legislativa que merece ser apresentada.

Primeiro, o tratamento conferido à participação societária extinta em fusão, incorporação ou cisão, atendia o disposto no art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977:

Art 34. Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)(Vigência)

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)(Vigência)

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

b) manter, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 2º O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão⁵.

Ocorre que tal previsão se consumou em operações um tanto quanto questionáveis por vários contribuintes, mediante aquisição de empresas deficitárias pagando-se ágio, para, em logo em seguida, promover a incorporação da investidora pela investida. As operações ocorriam quase simultaneamente.

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997⁶, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

11. O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vem utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária, mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

⁵ Ver Acórdão nº 1101000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

⁶ Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.

(...)

Percebe-se que, em razão de um completo desvirtuamento do instituto, o legislador foi chamado a intervir, para normatizar, nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, sobre situações específicas tratando de eventos de transformação societária envolvendo investidor e investida.

Inclusive, no decorrer dos debates tratando do assunto, chegou-se a cogitar que o aproveitamento do ágio não seria uma despesa, mas um benefício fiscal.

Em breves palavras, caso fosse benefício fiscal, o próprio legislador deveria ter tratado do assunto, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP nº 1.602, de 1997 (convertida na Lei nº 9.532, de 1997).

*Na realidade, a Exposição de Motivos deixa claro que a motivação para o dispositivo foi um **maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos**, que descaracterizavam o ágio por meio de analogias completamente desprovidas de sustentação jurídica. E deixou claro que se trata de uma **despesa de amortização**.*

E qual foram as novidades trazidas pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997?

Primeiro, há que se contextualizar a disciplina do método de equivalência patrimonial (MEP).

Isso porque o ágio aplica-se apenas em investimentos sociedades coligadas e controladas avaliado pelo MEP, conforme previsto no art. 384 do RIR/99. O método tem como principal característica permitir uma atualização dos valores dos investimentos em coligadas ou controladas com base na variação do patrimônio líquido das investidas.

As variações no patrimônio líquido da pessoa jurídica investida passam a ser refletidas na investidora pelo MEP. Contudo, os aumentos no valor do patrimônio líquido da sociedade investida não são computados na determinação do lucro real da investidora. Vale transcrever os dispositivos dos arts. 387, 388 e 389 do RIR/99 que discorrem sobre o procedimento de contabilização a ser adotado pela investidora.

(...)

Resta nítida a separação dos patrimônios entre investidora e investida, inclusive as repercussões sobre os resultados de cada um. A investida, pessoa jurídica independente, em razão de sua

atividade econômica, apura rendimentos que, naturalmente, são por ela tributados. Por sua vez, na medida em que a investida aumenta seu patrimônio líquido em razão de resultados positivos, por meio do MEP há uma repercussão na contabilidade da investidora, para refletir o acréscimo patrimonial realizado. A conta de ativos em investimentos é debitada na investidora, e, por sua vez, a contrapartida, apesar de creditada como receita, é excluída na apuração do Lucro Real. Com certeza, não faria sentido tributar os lucros na investida, e em seguida tributar o aumento do patrimônio líquido na investidora, que ocorreu precisamente por conta dos lucros auferidos pela investida.

*E esclarece o art. 385 do RIR/99 que se a pessoa jurídica adquirir um investimento avaliado pelo MEP por valor superior ou inferior ao contabilizado no patrimônio líquido, deverá desdobrar o custo da aquisição em (1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (2) **ágio** ou **deságio**. Para a devida transparência na mais valia (ou menor valia) do investimento, o registro contábil deve ocorrer em contas diferentes:*

(...)

Como se pode observar, a formação do ágio não ocorre espontaneamente. Pelo contrário, deve ser motivado, e indicado o seu fundamento econômico, que deve se amparar em pelo menos um dos três critérios estabelecidos no § 2º do art. 385 do RIR/99, (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 (3) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

E, conforme já dito, por ser a motivação adotada pela quase totalidade das empresas, todos os holofotes dirigem-se ao fundamento econômico com base em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida.

Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente (futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no patrimônio líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em demonstração devidamente arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

E, finalmente, passamos a apreciar os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, consolidados no art. 386 do RIR/99. Como já dito, em eventos de transformação societária, quando investidora absorve o patrimônio da investida (ou vice versa), adquirido com ágio ou deságio, em razão de cisão, fusão ou incorporação, resolveu o legislador disciplinar a situação:

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

*IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.(...)
(grifei)*

Fica evidente que os arts. 385 e 386 do RIR/99 guardam conexão indissociável, constituindo-se em norma tributária permissiva do aproveitamento do ágio nos casos de incorporação, fusão ou cisão envolvendo o investimento objeto da mais valia.

5. Amortização. Despesa.

Definido que o aproveitamento do ágio pode dar-se por meio de despesa de amortização, mostra-se pertinente apreciar do que trata tal dispêndio.

No RIR/99 (Decreto-Lei nº 3.000, de 26/03/1999), o conceito de amortização encontra-se no Subtítulo II (Lucro Real), Capítulo V (Lucro Operacional), Seção III (Custos, Despesas Operacionais e Encargos).

O artigo 299 do diploma em análise trata, no art. 299, na Subseção I, das Disposições Gerais sobre as despesas:

(...)

*Para serem dedutíveis, devem as despesas serem **necessárias** à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, e serem **usuais** ou **normais** no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.*

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99⁷.

Percebe-se que a despesa de amortização de ágio constitui-se em espécie do gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99.

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

(...)

Ocorre que, em relação aos casos tratados relativos á amortização do ágio, proliferaram-se situações no qual se busca, especificamente, o enquadramento da norma permissiva de despesa.

*Tratam-se de operações **especialmente** construídas, mediante inclusive utilização de empresas de papel, de curtíssima duração, sem funcionários ou quadro funcional incompatível, com capital social mínimo, além de outras características completamente atípicas no contexto empresarial, envolvendo aportes de substanciais recursos para, em questão de dias ou meses, serem objeto de operações de transformação societária.*

Tais eventos podem receber qualificação jurídica e surtir efeitos nos ramos empresarial, cível, contábil, dentre outros.

*Situação completamente diferente ocorre no ramo tributário. Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica. Impossível estender atributos de normalidade, ou usualidade, para despesas, independente sua espécie, **derivadas de operações atípicas**, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.*

A pessoa jurídica recebe tratamento diferenciado no sistema de tributação (com diferentes opções para apurar seus resultados) porque, essencialmente, tem um efeito multiplicador para a

⁷ Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e DecretoLei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

§ 1º Em qualquer hipótese, o montante acumulado das quotas de amortização não poderá ultrapassar o custo de aquisição do bem ou direito, ou o valor das despesas (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 2º).

§ 2º Somente serão admitidas as amortizações de custos ou despesas que observem as condições estabelecidas neste Decreto (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 5º).

§ 3º Se a existência ou o exercício do direito, ou a utilização do bem, terminar antes da amortização integral de seu custo, o saldo não amortizado constituirá encargo no período de apuração em que se extinguir o direito ou terminar a utilização do bem (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 4º).

§ 4º Somente será permitida a amortização de bens e direitos intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso III).

sociedade. A pessoa jurídica emprega pessoas, contrata fornecedores, movimenta a economia, multiplica os agentes de produção, e por isso dispõe de bases de cálculo e alíquotas diferentes das aplicadas para a pessoa física. Ora, as pessoas jurídicas devem fabricar produtos, e não despesas fictícias.

*Admitindo-se uma **construção artificial** do suporte fático, consumir-se-ia um tratamento desigual, desarrazoado e desproporcional, que afronta o princípio da capacidade contributiva e da isonomia, vez que seria conferida a uma determinada categoria de despesa uma premissa completamente diferente, uma liberalidade não aplicável à grande maioria dos contribuintes.*

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

Realizada análise do ágio sob perspectiva do gênero despesa, cabe prosseguir com a apreciação da legislação específica que trata de sua amortização.

(...)

Cenário que se encontra disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e nos arts. 385 e 386 do RIR/99, do qual transcrevo apenas os fragmentos de maior interesse para o debate:

(...)

*Percebe-se claramente, no caso, que o suporte fático delineado pela norma predica, de fato, que investidora e investida tenham que integrar uma mesma universalidade: **A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão**, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio.*

(...)

*E a norma em análise se dirige à pessoa jurídica **investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição**, e à pessoa jurídica **investida**.*

(...)

*Em relação ao aspecto **material**, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o caput do art. 386 do RIR (A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio...). Com a **confusão patrimonial**, aperfeiçoa-se o **encontro de contas** entre o real investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na **base de cálculo** do IRPJ e da CSLL.*

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUER⁸, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

*Por sua vez, a partir do momento em que se consuma a confusão patrimonial, os lucros auferidos pela então investida passam a integrar a mesma universalidade da investidora. Reside, precisamente nesse ponto, o permissivo para que o ágio, pago pela investidora exatamente em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, possa ser aproveitado, vez que **passam a se comunicar, diretamente, a despesa de amortização do ágio e as receitas auferidas pela investida.***

Ou seja, compartilhando o mesmo patrimônio investidora e investida, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que adquiriu o investimento com mais valia (ágio) baseado na expectativa de rentabilidade futura, passa a ser tributada pelos lucros percebidos nesse investimento.

*Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam **a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra**, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.*

(...)

8. Consolidação

*Considerando-se tudo o que já foi escrito, entendo que a cognição para a amortização do ágio passa por verificar, **primeiro**, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência, **segundo**, se requisitos de ordem formal estabelecidos pela norma encontram-se atendidos e, **terceiro**, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado.*

⁸ SCHOUER, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012

*A primeira verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado **antes da subsunção do fato à norma**. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem **viabilizou a aquisição**? De onde vieram os recursos de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem **tomou a decisão** de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: **a investidora originária**.*

*Caso superada a primeira verificação, cabe prosseguir com a **segunda** verificação, relativa a aspectos de ordem formal, qual seja, se a demonstração que o contribuinte arquivar como comprovante de escrituração prevista no art. 20, § 3º do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 (1) existe e (2) se mostra apta a justificar o fundamento econômico do ágio. Há que se verificar também (3) se ocorreu, efetivamente, o pagamento pelo investimento.*

*Enfim, refere-se a **terceira** verificação a constatar se toda a operação ocorreu dentro de padrões normais de mercado, com atuação de **agentes independentes** (...)*

1.1 DISTEL HOLDING S/A (GLOBOCABO HOLDING S/A)

4. Trata da glosa de despesa de amortização de ágio com base em rentabilidade futura, que se corresponde ao evento descrito como "Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida" no acórdão transcrito no item precedente; o ágio resultou das seguintes operações societárias:

- a. Em 31/12/1997, o sr. Roberto Marinho transferiu a seus filhos Roberto Irineu Marinho, João Roberto Marinho e José Roberto Marinho, por antecipação da legítima, a valor de mercado (conforme doc 2 – Laudo Globopar, com data base 31/12/1997), ações da Globo Comunicações e Participações S/A - Globopar, que é a Autuada (controladora da Distel, detendo 94% do capital, pág. 2.851);
- b. Em 30/07/1998, os filhos integralizaram capital na RJJ Participações e Serviços Ltda, da qual eram os únicos sócios, mediante aporte de 867.870 (segundo o recurso voluntário) ações (86,77%) da Autuada ao valor pelo qual as tinham recebido, ou seja, de mercado; e alienaram para a RJJ, 132.000 (13,23%) ações da Autuada; a fiscalizada informou que estas operações geraram ágio total de R\$3.840.832.774,11; dentro deste total, o valor de R\$1.703.843.342,00 correspondeu ao ágio da controlada Distel (ou Globocabo), conforme doc 2 – Laudo Globopar, com data base 31/12/1997, pág. 2.851 - contudo, cabe destacar que este valor de R\$1.703.843.342,00 consta no referido laudo como o valor da Distel (Globocabo), fração de 94% detida pela Globopar - **trata-se o valor, pois, de avaliação econômico-financeira e não ágio;**

- c. Em 01/02/1999, a Autuada incorporou a RJJ (que foi extinta), registrando o ágio de R\$1.380.411.829,00 (à pág. 5 do TVF consta demonstração do saldo de R\$548.828.743,34 a partir de 01/2011), com base em rentabilidade futura, referente à Distel ou de si mesma – ÁGIO DISTEL - 1.
- d. Em 07/02/2001, a Autuada adquiriu ações Distel, da empresa International Finance Corporation - IFC, terceira parte independente, pagando em dinheiro; apurou nessa aquisição o ágio de R\$4.671.459,30; às págs. 2.848/2.883, o mesmo doc 2 – Laudo Globopar, com data base 31/12/1997, foi apresentado também para justificar este ágio com base em rentabilidade futura do investimento – ÁGIO DISTEL – 2
- e. Em 19/10/2002, a Autuada adquiriu ações Distel, da mesma IFC, porém neste caso, o pagamento se deu na forma de permuta: recebeu 7.739.981 ações da Distel e entregou à IFC 32.694.139 ações da Net Serviços de Comunicação S/A; as ações Net que entregou estavam contabilizadas com o ágio de R\$29.793.864,89 e à vista deste fato, a Autuada entendeu que esse ágio também se aplicaria às ações da Distel que recebeu e assim contabilizou o mencionado valor como sendo ágio Distel (pag. 6 do TVD, demonstração do saldo de R\$24.132.869,17 em 01/2011); ÁGIO DISTEL – 3.
- f. Em 31/12/2010, a Autuada incorporou a Distel e passou a amortizar os ÁGIOS DISTEL - 1, 2 e 3.

5. Os fatos descritos evidenciam que:

1.1.1 o ÁGIO DISTEL – 1

6. Trata-se de ágio de si mesma, dado que se refere a investimento que detinha, e o ágio que passou a deduzir foi gerado em operações internas ao grupo empresarial. Em outras palavras, o investimento detido pela Autuada foi reavaliado quando da transferência das ações da Autuada dentro da família; as ações da Autuada foram conferidas à empresa detida pela família, que em seguida foi incorporada pela própria Autuada, que passou a amortizá-lo.

7. Como exposto no item precedente, a Autuada, que seria a investidora, passa a amortizar ágio referente a si mesma; evidencia-se que a Autuada, neste caso, não se enquadra na caracterização da pessoa jurídica **investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.**

8. Pelo exposto, **procedente a glosa.**

1.1.2 o ÁGIO DISTEL – 2

9. Resultante de aquisição de terceiro independente e paga em espécie, apesar do laudo ser defasado, **cabe cancelar a glosa**, por se tratar de situação em que a legislação permite a dedução da amortização, haja vista que a operação foi paga e se deu entre partes independentes.

1.1.3 o ÁGIO DISTEL – 3

10. Embora se trate de operação realizada com terceiro independente, não há base para o valor do ágio que a Autuada contabilizou; descabida a adoção do valor do ágio de um investimento, como se fosse de outro investimento, sem que este tenha sido objeto de laudo de avaliação; portanto **procede a glosa**.

1.2 NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A

11. Trata da glosa do custo de ágio baixado na alienação do investimento que corresponde ao evento descrito como "Aproveitamento do ágio. Separação entre Investidora e Investida".

- a. Estando a Net em dificuldades, com patrimônio líquido negativo, foi feita oferta pública de ações (OPA), a fim de socorrer a empresa;
- b. As acionistas da Net eram a Autuada, a Distel Holding S/A e a Roma Participações Ltda, todas empresas do mesmo grupo econômico.
- c. Em 08/2002, a Roma, utilizando os valores de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital – AFAC, de que era credora na Net, pagou a subscrição de capital junto a esta, operação na qual apurou ágio de R\$106.127.258,66; em 03/2006, a Roma foi cindida e desta cisão, o investimento na Net foi incorporado pela Autuada; ÁGIO NET – 1.
- d. Em 08/2002, a Distel, utilizando os valores AFAC, de que era credora na Net, pagou a subscrição de capital junto a esta, operação na qual apurou ágio de R\$126.570.198,72; ÁGIO NET – 2.
- e. Em 12/2003, a Distel adquiriu do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social Participações – BNDESPAR, pagando em espécie mediante financiamento concedido pelo BNDESPAR, ações da Net, contabilizando o ágio de R\$311.552.412,91 (relata o Autuante que pagou R\$22,57/ação, enquanto o cotação na bolsa era R\$0,64); ÁGIO NET – 3.
- f. Em 12/2010, a Distel foi incorporada pela Autuada.
- g. Em 09/2012, a Autuada integralizou capital na empresa EG Participações, mediante o aporte das ações da NET, cujos ágios exclui como custo.
- h. Em 11/2003, alienou a terceiros, em OPA, o restante das ações Net e excluiu o ágio como custo.

12. Verifica-se que:

- a. o AGIO NET – 1 se trata de ágio interno ao grupo empresarial: a Roma, acionista da NET, converte AFAC em capital, com ágio; cindida, o investimento com o ágio são incorporados pela Autuada, empresa também do grupo – **correta a glosa do valor deste ágio**.

- b. o ÁGIO NET – 2, também se trata de ágio interno, dado serem empresas do mesmo grupo econômico, sem participação de terceiro independente – **correta a glosa do valor deste ágio.**
- c. o ÁGIO NET – 3, viável reconhecer a dedutibilidade dado que a aquisição se deu de parte independente; não se trata de ágio com base na rentabilidade futura, nem tampouco se trata de amortização de ágio em 60 meses, mas dedução como custo na alienação do investimento – **cabe cancelar a glosa do AGIO NET - 3.**

13. Citem-se, por pertinentes, Acórdãos proferidos no CARF:

Acórdão nº 9101-002.550 de 07/02/2017 Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

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.

Tipo do Recurso RECURSO VOLUNTARIO Data da Sessão 19/09/2018 N° Acórdão 1201-002.479 Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2011

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. GLOSA. Se os atos de reorganização societária registrados pela recorrente, ainda que formalmente regulares, não configuram uma efetiva aquisição de participação societária mas mera permuta de ativos dentro do grupo de empresas sob controle comum, correta a glosa dos valores amortizados como ágio.

Tipo do Recurso RECURSO VOLUNTARIO Data da Sessão 22/02/2018 N° Acórdão 1302-002.568 Decisão Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos em rejeitar a preliminar de decadência e, no mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário (...)

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. GLOSA. Os atos de reorganização societária registrados pela recorrente ainda que formalmente regulares, se não configuram uma efetiva aquisição de participação societária, mas mera permuta de ativos dentro do grupo de empresas sob controle comum, sendo correta a glosa dos valores amortizados como ágio efetuada pelo Fisco.

ÁGIO. COMPLEMENTARIDADE DAS LEGISLAÇÕES COMERCIAIS E FISCAIS. EFEITOS. Os resultados tributáveis das pessoas jurídicas, apurados com base no Lucro Real, têm como ponto de partida o resultado líquido apurado na escrituração comercial, regida pela Lei nº 6.404/1976, conforme estabelecido pelo DL. 1.598/1977. O ágio é fato econômico cujos efeitos fiscais foram regulados pela lei tributária, com substrato nos princípios contábeis geralmente aceitos. Assim, os princípios contábeis geralmente aceitos e as normas emanadas dos órgãos

fiscalizadores e reguladores, como Conselho Federal de Contabilidade e Comissão de Valores Mobiliários, têm pertinência e devem ser observadas na apuração dos resultados contábeis e fiscais.

ÁGIO INTERNO. AUSÊNCIA DE SACRIFÍCIO ECONÔMICO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO CONTÁBIL. A ausência de um efetivo sacrifício patrimonial por parte da investidora pela aquisição de participações em operações com empresas controladas revelam a falta de substância econômica das operações o que impede o seu registro e reconhecimento contábil, pois neto há efetiva modificação da situação patrimonial.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA: CSLL Por se constituírem infrações decorrentes e vinculadas aplica-se ao lançamento da Contribuição Social sobre o lucro líquido as conclusões relativas ao IRPJ. (Grifou-se.)

Tipo de Recurso: RECURSO VOLUNTARIO Data da Sessão 11/04/2017 Nº Acórdão 1402-002.454 Ementa(s) Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica IRPJ. Anocalendario:2010AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. ÁGIO INTERNO.NÃO CARACTERIZAÇÃO.Os requisitos previstos nos artigos 7º, inciso III e 8º da Lei nº 9.532/97 são autorizadores da amortização do ágio com base na expectativa de rentabilidade futura. São eles: i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; e iii) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura. Restando suficientemente comprovado nos autos o atendimento adequado a todos os requisitos, não deve subsistir a glosa fiscal equivocada em enquadrar tal operação idônea como aparente abuso de planejamento fiscal, ainda mais sem efetiva comprovação do alegado.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido CSLL Anocalendario:2010 AUTOS REFLEXOS. CSLL.A decisão referente às infrações do IRPJ aplica-se à CSLL, no que couber.

Tipo do Recurso RECURSO DE OFÍCIO, RECURSO VOLUNTARIO Data da Sessão 04/05/2016 Nº Acórdão 1301-002.008 Ementa(s) Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica IRPJ Exercício: 2010, 2011 ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. GLOSA. LANÇAMENTO PROCEDENTE.Correta a glosa de despesas de amortização de ágio, na situação em que referido ágio decorre de reorganizações societárias levadas a efeito dentro de um mesmo grupo empresarial, em curto espaço de tempo, constatando-se ainda que o alegado “pagamento” pela suposta aquisição de mais-valia na verdade se tratou de mera transferência de recursos internamente ao grupo econômico. Não se pode admitir que o cumprimento de um alegado objetivo empresarial interno tenha o condão de produzir um fato capaz de reduzir as bases tributáveis, sem que qualquer nova riqueza tenha sido criada ou

algum custo de fato assumido para a aquisição de riqueza externa.

14. Por também pertinente, reproduz-se parte das razões do Acórdão nº 9101-003.254, de 05/12/2017, assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica IRPJ Ano-calendário: 2003 ÁGIO INTERNO. APROVEITAMENTO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. 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 e estarem submetidos a controle comum, 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.

Tampouco se presta o ágio criado de tal forma artificial a impactar o cálculo de ganhos de capital em operações de alienação do investimento a ele associado.

Voto:

(...)

Já a terceira infração tributária apontada pela Fiscalização diz respeito ao indevido aproveitamento tributário do ágio de R\$ 255.332.858,04 gerado contabilmente em operações que envolveram a contribuinte KLABIN S.A. e as empresas KLAMASA, IKPC, INDÚSTRIAS KLABIN S.A. e KIV PARTICIPAÇÕES S.A. (doravante mencionada apenas como KIV).

(...)

Voto Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Relator (...)

3) Possibilidade de aproveitamento tributário do ágio criado nas operações que envolveram a KLAMASA (...)

*Importante ressaltar que, quando se estabelece a necessidade de que a investidora arque com a aquisição do investimento com ágio, não se restringe tal operação a uma compra e venda com o desembolso de valores monetários. O dispêndio a que se refere diz respeito a qualquer operação que gere ganhos para o alienante e gastos para o adquirente. **Mais do que um pagamento em dinheiro, o que se espera como resultado desta operação é que haja variações patrimoniais para os envolvidos em valores proporcionais ao negócio celebrado.***

(...)

A circulação de riquezas requerida pelo art. 386 do RIR/1999.

*para fins de caracterização do aspecto pessoal da hipótese de incidência, **requer obrigatoriamente a participação de um terceiro, externo ao grupo econômico que negocia a participação societária**, especificamente na operação que fixa o "custo de aquisição", o "valor de mercado", que será empregado no cálculo do ágio.*

E neste momento que a participação de um terceiro é necessária, porque somente desta forma é possível garantir que o valor praticado na "aquisição" do investimento é verossímil e apto a ser utilizado como parâmetro de cálculo de um ágio que poderá ser posteriormente convertido em vantagens tributárias para o adquirente da participação societária.

No caso concreto, os controladores da IKPC poderiam determinar, em última instância, qualquer valor de "alienação" para as ações da KLAMASA que foram incorporadas em 24/11/2000 porque ocupavam, simultaneamente, as posições de alienante e adquirente da participação societária. Não há sentido em se cogitar da existência de ágio com base em reavaliação promovida unilateralmente pelos controladores, sem que o valor estipulado para a "mais valia" passe pelo crivo de razoabilidade do mercado, por meio da aceitação, por um terceiro não-relacionado, em arcar com o correspondente ônus (não necessariamente por meio de pagamento, mas de algum sacrifício patrimonial proporcional).

15. Por pertinente, também cita-se decisão judicial: fonte
<https://www.ibet.coni.br/50511-2/>:

OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DENTRO DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. ÁGIO CONTÁBIL. DEDUÇÃO DO IRPJ/DA CSLL. ARTS 385 e 386 DO DECRETO N.º 3.000/99. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE E DA CVM. LO direito de deduzir os valores de ágio registrados contabilmente na operação de incorporação, para efeitos de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, tem previsão legal, nos termos dos arts 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/99). 2. Não obstante, in casu, o reconhecimento do ágio não é factível, visto que decorrente de transação albergada no âmbito de grupo econômico, especialmente considerando a operação de aquisição de 99% das ações da Viação S/A (impetrante) pela empresa Participações Ltda., com posterior registro de incorporação desta pela impetrante. 3. Tal entendimento tem gênese na ciência contábil e foi consagrado pelo Conselho Federal de Contabilidade, que editou a Resolução n.º 1.110/2007, cujo item 120 prevê que o reconhecimento do ágio decorrente de rentabilidade futura, gerado internamente (goodwill interno) é vedado pelas normas nacionais e internacionais. Assim, qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado. 4.0 reconhecimento de ágio em operações realizadas por empresas que compõem determinado grupo econômico também é vedado pela Comissão de Valores

*Mobiliários, consoante se depreende do Ofício Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2007, que trata de normas contábeis das companhias abertas. 5. Não merece guarida a pretensão da impetrante, especialmente considerando que a configuração do ágio pressupõe operação entre partes independentes com a real intenção de investimento, e não uma negociação consigo mesmo. 6. Como bem ressaltou a magistrada singular, não restou demonstrado o efetivo pagamento do valor investido e posteriormente escriturado como ágio, sem esquecer que a realização da operação por empresas envoltas por determinado grupo econômico impede o seu reconhecimento contábil. 7. *Apelação improvida. TRF 3, Apel.0027143-60.2009.4.03.6100, julg. 02-02-2017.**

ACÓRDÃO Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de fevereiro de 2017. (Grifou-se.)

1.3 SIGLA - SISTEMA GLOBO DE GRAVAÇÕES AUDIOVISUAIS LTDA.

16. Trata da glosa de despesa de amortização de ágio com base em rentabilidade futura, que se corresponde ao evento descrito como "Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida", resultante das seguintes operações societárias:

- a. Em 31/03/2004, a empresa do grupo, TV Globo Ltda, utilizando os valores AFAC e outros valores, de que era credora na Sigla, empresa também pertencente ao grupo e cujo Patrimônio Líquido era negativo, pagou a subscrição de aumento de capital junto a esta, operação na qual apurou ágio de R\$199.487.593,17; porém, como o Laudo de Avaliação da Sigla da CONSEF - Consultoria Econômico-Financeira S/C Ltda apontou seu valor como de R\$40 milhões, a TV Globo apenas registrou como ágio de rentabilidade futura R\$159.487.593,00.
- b. Em 31/08/2005, a Autuada incorporou a TV Globo Ltda, controladora da Sigla, que passou a subsidiária da Autuada.
- c. Em 01/07/2007, a Sigla sofreu cisão parcial e parte da parcela cindida foi incorporada pela Autuada, trazendo o valor de ágio de R\$20.800.000,00, que a Autuada passou a amortizar.

17. O Autuante desqualificou o Laudo de Avaliação pois apontou rentabilidade futura da Sigla com base em aumento em 50% do faturamento, enquanto as vendas da empresa vinham diminuindo ano a ano.

18. Conclui-se que: além de se tratar de ágio gerado internamente no grupo econômico, o valor do ágio não está comprovado – cabendo **manter a glosa do ÁGIO SIGLA.**

1.4 GB EMPREENDIMENTOS S/A

19. Trata da glosa do custo de ágio baixado na alienação do investimento que corresponde ao evento descrito como "Aproveitamento do ágio. Separação entre Investidora e Investida".

20. A autuação fiscal consistiu na exclusão de dois valores

a. Exclusão de R\$5.420,73, resultantes de:

- i. Em 05/2004 a Autuada adquiriu 10.000 ações da GB, pagando R\$1,00, ou R\$0,0001/ação; dado que o Patrimônio Líquido da GB era R\$(-)9.622,90, apurou o ágio de R\$9.623,91 - ÁGIO GB - 1

b. Demais exclusões:

i. Exclusão de R\$979.059,9:

- a. Em 12/2005, a Distel adquiriu 20.250.369 ações de aumento de capital da GB, no valor de R\$17.820.324,47 (R\$0,88/ação); as ações foram pagas com 20.250.369 ações Net; mas 83% foi imediatamente revendido para a Embratel Participações S/A - Embrapar, que exerceu seu direito de preferência; por isso, da aquisição restante, resultou ágio no montante de R\$927.060,08 – ÁGIO GB – 2, em relação ao qual a Autuada deduziu em 2012, R\$278.118,00, de amortização, glosados na autuação.
- b. Em 06/2006, a Distel fez novo aumento de capital na GB, 2.304.136 ações, a R\$1,14/ação, também pagas com ações Net; resultou dessa aquisição o ágio no montante de R\$827.509,21 – ÁGIO GB – 3; nessa ocasião também a Embrapar subscreveu e pagou em dinheiro 11.249.604 ações. A Autuada deduziu como amortização em 2012, R\$206.877,30, glosados.
- c. Em 11/2006 a Distel fez novo aumento de capital na GB, pagos com ações Net, enquanto, a Embratel também realizou aumento de capital na GB, pago em dinheiro; o valor foi R\$22,04/ação. O ágio resultante para a Distel foi de R\$1.253.237,64 – ÁGIO GB – 4, e o valor deduzido pela Autuada em 2012 foi R\$261.091,25, glosados.
- d. Em 03/2007, a Distel fez novo aumento de capital na GB, pagos com ações Net, enquanto, a Embratel também realizou aumento de capital na GB, pago em dinheiro; o valor foi de R\$23,25/ação. O ágio resultante para a Distel foi de R\$1.137.728,71 – ÁGIO GB – 5, e o valor deduzido pela Autuada em 2012 foi de R\$199.102,47, glosados;
- e. Em 03/2008, a Distel fez novo aumento de capital na GB, pagos com ações Net, enquanto, a Embratel também realizou aumento de capital na GB, pago em dinheiro; o valor foi de R\$1,328/ação. O ágio resultante para a Distel foi de R\$451.611,12 – ÁGIO GB

– 5, e o valor deduzido pela Autuada em 2012 foi de R\$33.870,87, glosados;

- f. Em 10/2010, a Distel, detentora das ações da GB, foi incorporada pela Autuada, que passou a ser detentora desse investimento;
- g. Em 03/2012, a Autuada vendeu ações da GB, para a Embrapar e a Autuada excluiu como custo o ágio correspondente;
- h. Em 09/2012, a GB foi cindida, sendo a parcela cindida vendida para e incorporada pela EG e a Autuada excluiu como custo o ágio correspondente.

21. Os valores de ÁGIOS GB - 1 a 6 foram deduzidos como custo, na alienação, e glosados. O Autuante apontou a falta de laudos de avaliação das ações da GB, contudo, não se trata de despesa de amortização de ágio de rentabilidade futura, mas dedução como custo na alienação, sendo que as aquisições de ações da GB se deram entre empresas independentes e nas quais a empresa independente Embratel também participou; também as alienações foram para terceiros, não integrantes do grupo econômico.

22. Conclui-se pela improcedência da glosa dos ÁGIOS GB - 1 a 6.

2 Multas. Art. 106, I do CTN

23. Aponta que a vedação para a dedução de despesas com amortização de ágio interno só veio a existir com a Lei nº 12.973, de 2014 (oriunda da MP nº 627, de 2013); que ainda que a norma tivesse caráter interpretativo, sua aplicação retroativa teria de vir sempre acompanhada da exclusão de qualquer penalidade, por força do art. 106, I do CTN; por isso, entende que nem multa isolada, nem de ofício poderiam ter sido aplicadas.

24. Este processo trata de autuações relativas a fatos geradores em 31/12/2012 e 31/12/2013, tendo sido a autuação científica em 12/06/2017 (pág. 2.691).

25. Diferentemente do alegado pela contribuinte, o ágio interno não deixou de ser dedutível somente a partir da Medida Provisória nº 627, de 11 de novembro de 2013, posteriormente convertida na Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, pois esta norma materializou posição já consolidada na ciência contábil e na jurisprudência administrativa que aliás se transcreveu neste voto. O princípio contábil de registro dos componentes do patrimônio pelo valor original ou histórico já existia bem antes de 2005, época dos fatos em questão.

26. A Comissão de Valores Mobiliários - CVM é uma entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária. tem como objetivo fiscalizar, normatizar, disciplinar e desenvolver o mercado de valores mobiliários no Brasil, ou seja, as sociedades anônimas abertas, entre outras; analogamente ao caso das Lei das Sociedades Anônimas, que embora dirigida às sociedades anônimas, também serve de norte para as sociedades limitadas, assim as diretrizes da CVM norteiam também as sociedades anônimas fechadas, mesmo porque, pode decidir a abertura de seu capital em dado momento.

27. E a CVM. além de reprovar a contabilização de ágio interno em diversos casos específicos, consubstanciou de forma geral e inequívoca o seu posicionamento no Ofício-

Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, de 14 de fevereiro de 2007. Neste ato, a autarquia federal condena de maneira veemente o reconhecimento de ágio gerado em operações em que não há pagamento e nas quais tampouco as partes sejam independentes. O fragmento abaixo transcrito resume a taxativa posição da CVM em relação ao ágio interno:

"20.1.7 "Ágio" gerado em operações internas A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de "ágio". Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação

28. O registro do ágio na aquisição de participações societárias, nos termos do artigo 385 do RIR/99, pressupõe um custo de aquisição que não se faz presente nos casos de reorganizações societárias entre partes relacionadas, haja vista, como já exposto, que não resulta em variação patrimonial nas empresas envolvidas que constituam um grupo econômico.

29. Quanto à jurisprudência administrativa, à época dos fatos geradores objeto da autuação, 31/12/2012 e 31/12/2013, citam -se os seguintes Acórdãos:

Tipo do Recurso RECURSO VOLUNTARIO

Data da Sessão 14/06/2012

Nº Acórdão 1402-001.080 –**Tributo / Matéria**

Ementa(s) IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano calendário: 2005

GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO (ÁGIO DE SI MESMO) E CONCOMITANTE TRIBUTAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL. IMPOSSIBILIDADE. *As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7o., inciso III, e 8o. da Lei 9.532 de 1997, são: i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; iii) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura. Nesse contexto, correta a glosa da amortização do chamado “ágio interno” ou “ágio de si mesmo”. Todavia, desconsiderados os efeitos tributários da amortização do ágio, em face da artificialidade das operações e da falta de propósito comercial, também não é cabível a concomitante tributação de ofício do ganho de capital apurado nessas operações. Uma vez que o Grupo Empresarial reconheceu tacitamente a impropriedade, desistindo do recurso no que tange a glosa do ágio e respectiva multa de ofício, cumpre cancelar a tributação do ganho de capital, determinando-se sejam escoimados todos os efeitos contábeis e fiscais dessas operações. (Grifou-se.)*

Tipo do Recurso RECURSO VOLUNTARIO, RECURSO DE OFÍCIO

Data da Sessão 08/05/2012

Ementa(s) IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 (...). AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA COM ÁGIO. DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE ABUSO DE DIREITO. A aquisição de participação societária de uma determinada empresa, com ágio, por outra que venha a ser incorporada, permite a dedução do ágio pago, no cálculo do lucro real, pela incorporadora, haja vista que se extinguiu o investimento anteriormente realizado com a incorporação às avessas, a teor do inciso II do § 6º do artigo 386 do RIR/99. A existência de documento (demonstrativo ou laudo) que contempla por metodologia o valor dos ativos em razão de rentabilidade futura permite que a contribuinte realize o aproveitamento do ágio apurado. Inexistência de ágio interno, visto que o valor do ágio apurado na aquisição da Celpe foi transmitido às demais empresas pelo mesmo valor, conforme laudos juntados nos autos. Empresa veículo utilizada sob fundamento econômico devidamente justificado nos autos. (Grifou-se.)

Tipo do Recurso RECURSO VOLUNTARIO

Data da Sessão 14/06/2012

Nº Acórdão 1402-001.078

Ementa(s) IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ Ano calendário: 2005, 2006 GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO (ÁGIO DE SI MESMO) E CONCOMITANTE TRIBUTAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL. IMPOSSIBILIDADE. As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7º., inciso III, e 8º. da Lei 9.532 de 1997, são: i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; iii) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura. Nesse contexto, correta a glosa da amortização do chamado “ágio interno” ou “ágio de si mesmo”. Todavia, desconsiderados os efeitos tributários da amortização do ágio, em face da artificialidade das operações e da falta de propósito negocial, também não é cabível a concomitante tributação de ofício do ganho de capital apurado nessas operações. Uma vez que o Grupo Empresarial reconheceu tacitamente a impropriedade, desistindo do recurso no que tange a glosa do ágio e respectiva multa de ofício, cumpre cancelar a tributação do ganho de capital, determinando se sejam escoimados todos os efeitos contábeis e fiscais dessas operações. (Grifou-se.)

Tipo do Recurso RECURSO VOLUNTARIO

Data da Sessão 04/12/2012

Ementa(s) Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ. Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007 (...) DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESAS DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. INDEDUTIBILIDADE. Incabível a formalização do ágio como decorrência de operação societária

realizada entre empresas de mesmo grupo econômico, pela inexistência da contrapartida do terceiro que gere o efetivo dispêndio. (Grifou-se.)

Tipo do Recurso RECURSO VOLUNTARIO

Data da Sessão 09/10/2013

Nº Acórdão 1101-000.969 –Tributo / Matéria

Ementa(s) IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2006, 2007, 2008 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 a terceiros. (Grifou-se.)

30. Destaca-se que decisões no sentido de que ágio interno seria amortizável como despesa foram reformadas, conforme se relata a seguir.

- a. Acórdão nº 101-000.710, 11/04/2012, foi reformado pelo acórdão a seguir:

Tipo do Recurso RECURSO ESPECIAL DO PROCURADOR

Data da Sessão 13/07/2016

Nº Acórdão 9101-002.389

Ementa(s) Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 Ementa: 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. Recurso Especial do Procurador Provido. (Grifou-se.)

- b. Acórdão nº 101-000.709, 11/04/2012, foi reformado pelo acórdão a seguir:

Tipo do Recurso RECURSO ESPECIAL DO PROCURADOR –

Data da Sessão 13/07/2016

Nº Acórdão 9101-002.390 –Tributo / Matéria

Ementa(s) Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 Ementa: 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. Recurso Especial do Procurador Provido. (Grifou-se.)

- c. Acórdão nº 101-000.708, 11/04/2012, foi reformado pelo acórdão a seguir:

Tipo do Recurso RECURSO ESPECIAL DO PROCURADOR –

Data da Sessão 13/07/2016

Nº Acórdão 9101-002.388

Ementa(s) Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008 Ementa:

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. Recurso Especial do Procurador Provido. (Grifou-se.)

- d. Acórdão nº 101-000.835, 04/12/2012, foi reformado pelo acórdão a seguir:

Tipo do Recurso RECURSO ESPECIAL DO PROCURADOR –
Data da Sessão 03/05/2016

Nº Acórdão 9101-002.312

Ementa(s) IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008 PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO. O conceito do ágio é disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, e trata-se de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica. APROVEITAMENTO DO ÁGIO. INVESTIDORA E INVESTIDA. EVENTOS. SEPARAÇÃO. UNIÃO. São dois os eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão). DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO. A amortização, a qual se submete o ágio para o seu aproveitamento, constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99, submetendo-se aos testes de necessidade, usualidade e normalidade. DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS. Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica. Não há como estender os atributos de normalidade, ou usualidade, para despesas derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica. CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO. A cognição para verificar se a amortização do ágio passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência dos arts. 385 e 386 do RIR/99, segundo, se requisitos de ordem formal estabelecidos encontram-se atendidos, como arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes e reorganizações societárias com substância econômica. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE. Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem As pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2)

pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente. Compartilhando do mesmo patrimônio a controladora e a controlada ou coligada, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável ao caso e estabelecer o termo inicial para contagem do prazo decadencial. CSLL. DECORRÊNCIA. Aplica-se à CSLL o decidido no IRPJ, vez que compartilham o mesmo suporte fático e matéria tributável. Recurso Especial do Procurador Provido.

31. Pelo exposto, conclui-se ser descabido o pleito para que se cancelem as multas de ofício e as multas isoladas, especialmente se levando em conta que a teor do art. 142 do CTN, o lançamento fiscal é dever funcional da autoridade administrativas, e o art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, determina que ao lançamento de ofício se aplica a multa de ofício, assim como multa isolada em caso de não recolhimento das estimativas mensais.

3 Multas isoladas sobre estimativas mensais não recolhidas.

32. Reclama que a multa isolada de 50% sobre estimativas mensais não recolhidas não poderia ter sido lançada cumulativamente com a multa de ofício, sendo ambas relativas à mesma infração.

33. Sobre os impostos e contribuições devidos exigem-se multa de ofício de 75% do art. 44, I da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação do art. 14 da Lei nº 11.488, de 2007; e multa isolada do art. 44, II, “b” da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a redação do art. 14 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007.

34. A redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 originalmente foi:

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

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

II - cento e cinqüenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

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

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

II - isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;

III - isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste;

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

V - isoladamente, no caso de tributo ou contribuição social lançado, que não houver sido pago ou recolhido. (Revogado pela Lei nº 9.716, de 1998) (Grifou-se.)

35. Posteriormente, a multa isolada que era de 75%, conforme a redação do art. 44 que se transcreveu, foi reduzida a 50%, pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, que é a capitulação legal na presente autuação.

36. Portanto, as multas aplicadas, obedecerem à legislação vigente.

37. As multas exigidas, juntamente com o tributo ou isoladamente, como definidas no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, vinculam-se a infrações de natureza distinta. De fato, a multa exigida isoladamente decorre da falta de recolhimento das estimativas mensais devidas ainda que se apure prejuízo fiscal ao fim do período-base. Por sua vez a multa de ofício é exigida sobre o valor do IRPJ ou CSLL anual que deixou de ser recolhido. Tanto são independentes as penalidades que pode haver a imposição de uma sem que haja o nascimento da outra, por exemplo, quando a contribuinte deixa de recolher as estimativas mas tenha apurado prejuízo fiscal ao final do ano-calendário, conforme a alínea “b” do inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

38. Por final, afirmou o litigante que o entendimento que expôs exposto também tem chancela do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda e atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF.

39. Não é o caso, como demonstra a ementa a seguir:

Acórdão CSRF nº 9101-002.510, de 12 de dezembro de 2016

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008. 2009

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela

apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas". A lei ainda estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente.

No caso em apreço, não tem aplicação a Súmula CARF nº 105, eis que a penalidade isolada foi exigida após alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

40. Em 12/2014, foi editada:

Súmula CARF nº 105: A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

41. Posteriormente à edição da Súmula nº 105, foi proferido o seguinte Acórdão CARF, do qual se transcrevem ementa e parte do voto vencedor:

Data da Sessão: 03/03/2015

Nº Acórdão : 1301-001.787

Data da publicação: 11/05/2015

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas, e, por maioria de votos, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO no que diz respeito à tributação do ganho de capital. Vencidos os Conselheiros Carlos Augusto de Andrade Jenier (Relator) e Valmir Sandri. E, pelo voto de qualidade, mantida a multa isolada. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães relativo ao ganho de capital e à multa isolada. (Assinado digitalmente) ADRIANA GOMES REGO - Presidente. (Assinado digitalmente) CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator. (Assinado digitalmente) WILSON FERNANDES GUIMARÃES - Redator designado. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Adriana Gomes Rego (Presidente), Wilson Fernandes Guimarães, Valmir Sandri, Paulo Jakson Da Silva Lucas, Edwal Casoni De Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Ementa

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: (...) MULTA ISOLADA. FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA. No caso de aplicação de multa de ofício sobre os tributos e contribuições lançados de ofício e de multa isolada em virtude da falta ou insuficiência de recolhimento de antecipações obrigatórias (estimativas), não há que se falar em aplicação concomitante sobre a mesma base de incidência, visto que resta evidente que as penalidades, não obstante derivarem do mesmo preceptivo legal, decorrem de obrigações de naturezas distintas. Inexiste, também, fator temporal limitador da aplicação da multa isolada, eis que a lei

prevê a sua exigência mesmo na situação em que as bases de cálculo das exações são negativas. CONFISCO E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. INCONSTITUCIONALIDADES. SÚMULA CARF N. 02. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

(...)

42. Voto Vencedor:

“No que diz respeito à MULTA ISOLADA, merece registro, em primeiro lugar, o fato de inexistir na lei instituidora da sanção a condição explicitada pelo Ilustre Conselheiro Relator, isto é, a lei, ao descrever as situações motivadoras da aplicação da penalidade, não fez menção à circunstância de que, encerrado o período de apuração, a penalidade não poderia ser aplicada. Destaco que a norma impositiva estabelece de forma expressa que, ainda que se tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa, a sanção pecuniária deve ser aplicada, bastando para tanto que o sujeito passivo tenha incorrido na sua hipótese de incidência, qual seja, deixar de ter efetuado (ou ter efetuado com insuficiência) o recolhimento mensal incidente sobre a base de cálculo estimada.

A conclusão, pois, dirige-se no sentido de que o requisito condicionador da aplicação da penalidade indicado no pronunciamento do Ilustre Conselheiro Relator decorre de exercício de interpretação da norma sancionadora que, na visão do Colegiado, não pode ser recepcionado, sob pena de violação ao disposto no art. 97 do Código Tributário Nacional

Filiou-se também a Turma Julgadora ao entendimento de que inexistente duplicidade de incidência sobre um mesmo fato (concomitância), pois, na situação sob análise, estamos diante de duas infrações distintas, quais sejam: a) falta de recolhimento do imposto e da contribuição sobre o ganho de capital auferido; e b) falha de recolhimento das antecipações obrigatórias (estimativas).

O entendimento é de que a norma legal aplicada, art. 44 da Lei nº 9.430/96, revela obrigações distintas que, uma vez inobservadas, podem ensejar a aplicação da sanção. A primeira, consubstanciada no dever de recolher o imposto e a contribuição com base em estimativa a que se submetem as pessoas jurídicas que, por opção, apuram o resultado tributável anualmente. A segunda, decorrente da opção em questão, surge em consequência da eventual apuração de saldo positivo no resultado tributável anual.

O fato de as infrações terem sido apuradas por meio de um mesmo procedimento revela, apenas, concomitância de verificação das irregularidades, não constituindo, contudo, causa capaz de fazer desaparecer a infração antes cometida.

A variação do aspecto temporal da apuração reflete a evidência de que, no caso, estamos diante de duas infrações absolutamente distintas.

Tome-se, por exemplo, a situação em que, no curso do período-base de incidência, apurou-se receita omitida e, em razão disso, aplicou-se a multa isolada em virtude da insuficiência de recolhimento das estimativas devidas. Noutro momento, restou verificado que a mesma receita, antes omitida, também não foi considerada nas bases de cálculo do tributo e da contribuição devidos. Fica claro que, nessa circunstância, o tributo, assim como a contribuição, serão lançados com a multa de ofício correspondente, não havendo que se falar, nesse caso, em duplicidade de sanção sobre o mesmo fato.

Cabe registrar que a multa isolada em questão teve por fundamento o art. 44, II, b, da Lei nº 9.430, de 1996, ou seja, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.488, de 2007. de modo que, aqui, não é aplicável a súmula CARF nº 105, recentemente publicada e que abaixo reproduzo:

Súmula CARF Nº 105: A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º. inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL

*apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.
(GRIFEI)*

Note-se que o enunciado trata especificamente da multa isolada lançada com fundamento no art 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996, isto é, na redação original do dispositivo legal, antes, portanto, das alterações promovidas pela Lei nº 11.488, de 2007.” (Grifou-se.)

43. Fica evidente, portanto, que a legislação da multa isolada da presente capitulação legal não é a que é objeto da Súmula CARF nº 105.

44. A presente autuação foi com base no art. 44, § 1º, IV da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a redação do art. 14 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, c/c o art. 106, II “c” do Código Tributário Nacional - CTN, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, que reduziu o percentual de 75% para 50%, não se lhe aplicando, portanto a citada Súmula CARF nº 105.

45. Cabe manter a multa de ofício de 75% pela falta de declaração ou pagamento do imposto devido e a multa isolada de 50% pela falta de recolhimento das estimativas mensais, pelas quais optou.

4 Conclusão.

Voto por DAR PARCIAL provimento ao Recurso Voluntário para cancelar as glosas referentes a: Agio Distel - 2; Ágio Net - 3; Ágios GB - 1, 2, 3, 4, 5 e 6.

(assinado digitalmente)

Eva Maria Los