



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

Processo n° 16327.001482/2010-52
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1301-001.224 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de junho de 2013
Matéria IRPJ.
Recorrente BANCO GMAC S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

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

DECADÊNCIA. NÃO-HOMOLOGAÇÃO DAS DECLARAÇÕES APRESENTADAS.

Verificado que o lançamento tributário versou não-homologação às declarações apresentadas, cujas bases de cálculo foram impactadas pela despesa considerada indedutível, verifica-se que a insurgência fiscal não se dá no tocante à contabilização da despesa, mas, quanto à sua utilização.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. ERRO OU DEFICIÊNCIA NO ENQUADRAMENTO LEGAL. NÃO OCORRÊNCIA.

Tendo em vista que a Fiscalização discriminou detidamente os fatos imputados, permitindo à Recorrente exercitar, com plenitude e suficiência, sua defesa técnica e bem fundamentada, verifica-se a total ausência de prejuízo ao contribuinte, bem como de pecha capaz de inquinar de nulidade o feito.

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO. INOCORRÊNCIA.

A efetivação da reorganização societária, mediante a utilização de empresa veículo, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco. O “abuso de direito” pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos

acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio.

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. LANÇAMENTO DECORRENTE - Repousando o lançamento da CSLL nos mesmos fatos e mesmo fundamento jurídico do lançamento do IRPJ, as decisões quanto a ambos devem ser a mesma.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Primeira Seção de Julgamento, por maioria de votos, em rejeitar as preliminares de decadência e nulidade, mas, no mérito, DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para, reformando a decisão recorrida, reconhecer legítima a dedutibilidade das despesas com amortização de ágio, nos termos do relatório e voto proferidos pelo relator. Acompanhou pelas conclusões o Conselheiro Valmir Sandri. Vencidos os Conselheiros Paulo Jakson da Silva Lucas e Wilson Fernandes Guimarães.

(assinado digitalmente)

Plínio Rodrigues Lima

Presidente

(assinado digitalmente)

Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior

Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros: Plínio Rodrigues Lima , Wilson Fernandes Guimarães, Paulo Jakson da Silva Lucas, Valmir Sandri, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão proferida pela 5ª Turma da DRJ no Rio de Janeiro/RJ.

Versa o presente processo administrativo acerca de autos de infração (fls. 375 – 413), lavrados contra a Recorrente para formalização e exigência de crédito tributário relacionado ao IRPJ e à CSLL.

Conforme Termo de Verificação Fiscal (fls. 415 – 442) foram apuradas, resumidamente, as seguintes irregularidades:

AUTO DE INFRAÇÃO IRPJ

1 – DEDUÇÃO INDEVIDA DE DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. Valor apurado conforme Termo de Verificação Fiscal anexo ao auto de infração, do qual faz parte integrante.

Enquadramento legal: Arts. 249, inciso I, 251 e parágrafo único, 299 e 300, do RIR/99.

2 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE A BASE DE CÁLCULO ESTIMADA. EXIGÊNCIA DE MULTA ISOLADA. Falta de pagamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, incidente sobre a base de cálculo estimada em função da receita bruta e acréscimos e/ou balanços de suspensão ou redução, conforme Termo de Verificação Fiscal anexo ao auto de infração, do qual faz parte integrante.

Enquadramento legal: Arts. 222 e 843 do RIR/99 c/c art. 44, § 1o, inciso IV, da Lei nº 9.430/96 alterado pelo art. 14 da Medida Provisória nº 351/07 e art. 14 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007.

AUTO DE INFRAÇÃO CSLL

1 – DEDUÇÃO INDEVIDA DE DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NÃO NECESSÁRIAS. Valor apurado conforme Termo de Verificação Fiscal anexo ao auto de Infração, do qual faz parte integrante.

Enquadramento legal: Art. 2º e §§, da Lei nº 7.689/88; Art. 1o da Lei nº 9.316/96 e art. 28 da Lei nº 9.430/96; Art. 37 da Lei nº 10.637/02.

2 – COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DE PERÍODOS ANTERIORES. Valor apurado conforme Termo de Verificação Fiscal anexo ao auto de Infração, do qual faz parte integrante.

Enquadramento legal: Art. 2º e §§ da Lei nº 7.689/88; Art. 58 da Lei nº 8.981/95, art. 16 da Lei nº 9.065/95; Art. 37 da Lei nº 10.637/02.

3 – FALTA DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE A BASE ESTIMADA. EXIGÊNCIA DE MULTA ISOLADA. Falta de pagamento da Contribuição Social incidente sobre a base de cálculo estimada em função da receita bruta e acréscimos e/ou balanços de suspensão ou redução, conforme Termo de Verificação Fiscal anexo ao auto de infração, do qual faz parte integrante.

Enquadramento legal: Arts. 222 e 843 do RIR/99 c/c art. 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430/96 alterado pelo art. 14 da Medida Provisória nº 351/07 e art. 14 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007.

Tem-se em síntese, portanto, autuação atinente aos anos-calendário 2005, 2006, 2007, 2008 e 2009, decorrente da glosa de despesa deduzida pela Recorrente referente à amortização fiscal de ágio, que no entender da Fiscalização fora gerado “intragrupo” e seria, destarte, indedutível.

De acordo com a Fiscalização a dedução da despesa teria reduzido indevidamente as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, além de resultar na insuficiência do pagamento de estimativas dos dois tributos e na compensação indevida de base negativa de CSLL.

Nessa ordem de idéias, atestou o agente fiscalizador que o procedimento fiscal teve início com o Termo de Início de Fiscalização lavrado em 29.07.2009, com ciência da Recorrente em 30.07.2009, com o objetivo de analisarem-se as despesas contabilizadas no período de 2004 a 2009 como amortização de ágio, reportando que iniciados os procedimentos de fiscalização, foi solicitado à Recorrente que fornecesse, entre outros documentos, cópia da justificativa econômica fundamentada para a constituição, em 30 de novembro de 2004, do ágio no valor de **R\$ 560.852.903,00** (Quinhentos e sessenta milhões oitocentos e cinquenta e dois mil novecentos e três reais), valor sobre o qual incidiriam, nos meses subsequentes, despesas com sua amortização, redutoras da base de cálculo do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido no valor mensal de **R\$ 5.842.217,74** (Cinco milhões oitocentos e quarenta e dois mil duzentos e dezessete reais e setenta e quatro centavos) .

Seguiu a Fiscalização dando conta de que este valor mensal corresponde a 1/12 do valor anual de **R\$ 70.106.612,88** (Setenta milhões cento e seis mil seiscentos e doze reais e oitenta e oito centavos), que por sua vez corresponde a 1/8 do total a ser amortizado de **R\$ 560.852.903,00** em oito anos, uma vez que o prazo estabelecido em lei é de no mínimo 60 (sessenta) meses para amortizações do ágio sobre investimentos (vide Termo de Início de Fiscalização).

Atesou a Fiscalização que de acordo com as informações prestadas pela Recorrente, tomou-se conhecimento dos atos societários que envolveram a empresa no período que antecedeu a constituição do mencionado ágio no ano de 2004 e que resumidamente são descritos abaixo:

(i) Em 01.11.2004, a empresa de consultoria Ernst & Young Consultores Associados Ltda havia encaminhado à General Motors Acceptance Corporation, dos Estados Unidos, um laudo de avaliação encomendado por esta sobre o valor de mercado do Banco

General Motors S.A., antiga denominação do Banco Gmac S.A., levando em conta a expectativa de seus rendimentos futuros. (ii) O laudo de avaliação apresentado pela Ernst & Young estima, com as fórmulas e metodologia de cálculos que descreve, que o valor justo de mercado do Banco naquela data, baseado em sua rentabilidade esperada entre julho de 2004 e dezembro de 2020, portanto, um período de 16 (dezesesseis) anos e 6 (seis) meses, é de **R\$ 957.414.000,00** (Novecentos e cinquenta e sete milhões quatrocentos e quatorze mil reais), valor que inclui a perspectiva de lucro do Consórcio Nacional GM Ltda no período de julho de 2004 a dezembro de 2008. fls. 17 a 58. (iii) Antes disso, em 15.09.2004 foi constituída uma empresa denominada Mynchuan Participações Ltda, CNPJ 07.021.761/000179, com capital de R\$ 100,00 (cem reais) dividido em 100 (cem) quotas de R\$ 1,00 (hum) real, com sede na Rua Boa Vista, 254, 7º andar sala 721, Centro, São Paulo/SP, tendo como sócios quotistas uma empresa denominada Schaft Participações Ltda., CNPJ 03.347.239/000120, com sede no mesmo endereço, detentora de 99 (noventa e nove) quotas, e outra empresa denominada Gesellschaft Participações Ltda., CNPJ 04.654.506/000175, com sede no mesmo endereço, detentora de 1 (uma) quota (fls. 59 a 70). (iv) Em alteração de contrato social datada de 19.11.2004, a Schaft Participações Ltda., cedeu suas 99 quotas de R\$ 1,00 cada para a General Motors Acceptance Corporation, sociedade com sede nos Estados Unidos da América e a Gesellschaft Participações Ltda, cedeu sua única quota de R\$ 1,00 para o sr. Rudolfus Robertus Grin, holandês, casado, portador da Cédula de Identidade para Estrangeiros RNE nº V330772U, CPF nº 227.856.58850, domiciliado na Av. Indianópolis, nº 3.096, Planalto Paulista, São Paulo/SP, para onde, nesse mesmo ato, foi transferida a sede social da Mynchuan Participações Ltda e sua razão social foi alterada para Braco Participações Ltda (fls. 71 a 86). (v) Em 23.11.2004, os sócios da Braco Participações decidiram aumentar o capital social da sociedade de R\$ 100,00 para **R\$ 957.414.000,00** (novecentos e cinquenta e sete milhões quatrocentos e quatorze mil reais) mediante a criação de 957.414.000 (novecentos e cinquenta e sete milhões e quatrocentos e quatorze mil) novas quotas de R\$ 1,00 cada, todas subscritas pela General Motors Acceptance Corporation, e integralizadas mediante a conferência de **396.561.097** (trezentos e noventa e seis milhões quinhentos e sessenta e um mil e noventa e sete) quotas representativas de parte do capital social da General Motors do Brasil Ltda., CNPJ 59.275.792/000150 de titularidade da General Motors Acceptance Corporation. (vi) No dia 24.11.2004, a General Motors do Brasil Ltda., CNPJ 59.275.792/000150 promoveu uma redução no valor de **R\$ 396.561.097,00** (trezentos e noventa e seis milhões quinhentos e sessenta um mil e noventa e sete reais) de seu capital social, valor esse representado pela sua participação no capital do Banco General Motors S. A. para entregar esses haveres à Braco Participações Ltda., que passa a ser detentora desse valor no capital do Banco General Motors S.A. e se retira da participação no capital da General Motors do Brasil S.A. (fls. 109 a 120.). (vi) Em 03.12.2004, o Banco General Motors S.A. realizou sua 47ª Assembleia Geral Extraordinária, para deliberar sobre a incorporação da Braco Participações Ltda., (incorporação reversa, pois as quotas do capital do Banco Gmac pertenciam à Braco Participações), cujo capital em 23.11.2004 era de **R\$ 957.414.000,00**. O capital do Banco, que era de **R\$ 268.862.720,13** (duzentos e sessenta e oito milhões oitocentos e sessenta e dois mil setecentos e vinte reais e treze centavos) passou para **R\$ 268.862.820,13** (duzentos e sessenta e oito milhões oitocentos e sessenta e dois mil oitocentos e vinte reais e treze centavos), representando um aumento de capital de apenas **R\$ 100,00**, que era o valor antes de 23.11.2004 (fls.121 a 127).

Verificados esses passos, de acordo com a Fiscalização, as alterações societárias efetuadas ocorreram em empresas componentes de um mesmo grupo econômico, sendo efetuadas de acordo com comando único, no caso a General Motors Corporation, sociedade empresária sediada nos Estados Unidos da América, e que tinham por fim exclusivo

uma reorganização de seus negócios com segregação da atividade industrial da atividade financeira, tendo como pano de fundo os acontecimentos que vieram a público nos últimos anos, com a crise vivida pela General Motors que se viu bem perto da bancarrota, sendo salva, como é fato notório, por ato do Governo dos Estados Unidos.

Destacou-se ainda, que em 31/12/2003, consoante informação constante na DIPJ da General Motors do Brasil Ltda., CNPJ 59.275.792/000150, seu capital era detido em 47,20% pela General Motors Pacific Holdings, pessoa jurídica com sede nos Estados Unidos da América (CNPJ 05.734.503/000104) e 52,77% pela General Motors Corporation, pessoa jurídica também com sede nos Estados Unidos da América (CNPJ 05.724.664/000117).

Já com relação ao Banco General Motors S.A, CNPJ 59.274.605/000113, seu capital era detido em 31/12/2003 em 99,97% pela General Motors do Brasil Ltda, CNPJ 59.275.792/000150, de sorte que, segundo a Fiscalização, seria evidente a existência de controle comum, verificando-se que até 24.11.2004 a General Motors Acceptance Corporation E.U.A. possuía uma participação de **R\$ 701.632.799,00** (setecentos e um milhões seiscentos e trinta e dois mil setecentos e noventa e nove reais) no capital da General Motors do Brasil Ltda., e esta, por sua vez, era detentora do capital integral do Banco General Motors S.A., no valor de **R\$ 396.561.097,00**. A partir dessa data, a General Motors do Brasil deixa de ser acionista do Banco General Motors e entrega o capital do Banco General Motors à Braco Participações Ltda., controlada da General Motors Acceptance Corporation E.U.A.

Considerando que o capital efetivo do Banco General Motors era de **R\$ 396.561.097,00** e o valor de integralização das novas quotas da Braco Participações era de **R\$ 957.414.000,00**, verificou a Fiscalização que a diferença de **R\$ 560.852.903,00** seria justificada pelo valor justo de mercado do Banco Gmac S.A. (antigo Banco General Motors) em dezembro de 2020 dezesseis anos e seis meses depois previsto no relatório da empresa Ernst & Young (fl. 18).

No entendimento do autuante, a esse procedimento, dá-se o nome de ágio interno e o exame dos atos praticados demonstraria não ter havido qualquer saída de caixa (pagamento) nessa operação da qual se originou o ágio ora deduzido pelo Banco General Motors S.A.

De acordo com a Fiscalização, na realidade, a Braco Participações Ltda., embora legalmente constituída, nunca foi uma empresa de fato. Com capital de apenas **R\$ 100,00**, não tinha sede própria, nem funcionários, nem administradores e não exercia nenhuma atividade com a finalidade de obter lucro, finalidade essa embutida no conceito de empresa, destacando que o dito procedimento teria servido apenas de meio pelo qual o ágio criado na reorganização societária veio a ser, posteriormente, deduzido dos resultados operacionais do Banco General Motors S.A.

Ressalta-se que essa "empresa" não operacional (era de participações, com um capital de R\$ 100,00), após apenas dois meses de sua constituição, passou por um aumento de capital espetacular com um acréscimo de quase R\$ 1 bilhão em seu capital, com o propósito de viabilizar a constituição de um ágio em seu ativo pela incorporação de uma fração de participação societária na General Motors do Brasil Ltda., fração essa que representava de fato o valor do Banco General Motors.

Assinalou ainda, que em sua trajetória meteórica a Braco Participações, empresa já com capital registrado de **R\$ 957.414.100,00**, através de um simples ato de incorporação reversa, deixa de existir, viabilizando o início da dedutibilidade do ágio adrede preparado, na visão do autuante, portanto, essa sociedade (Braco Participações) foi constituída

com o propósito único de deixar de existir e gerar um benefício fiscal para seus idealizadores gerando artificialmente um ágio meramente contábil de **R\$ 560.852.903,00**, que sua incorporadora utilizou para diminuir a base de cálculo de seus tributos ao longo dos oito anos seguintes.

Quanto ao laudo apresentado, destacou a Fiscalização que o trabalho de avaliação "foi feito com base em informações contábeis e gerenciais fornecidas pelos executivos e funcionários do BGM Brasil e GMB e foram consideradas verdadeiras, uma vez que não faz parte do escopo deste projeto qualquer tipo de procedimento de auditoria, desta forma, a Ernst & Young não assume qualquer responsabilidade futura pela precisão das informações históricas utilizadas neste relatório".

Concluiu-se que o ágio não pago e que se origina entre entidades pertencentes ao mesmo grupo econômico não é aceitável, pois esse "ágio interno" não decorre de uma operação com propósito negocial num mercado livre e aberto em que o comprador e o vendedor têm que chegar a um denominador comum sobre o preço a ser pago pelo bem que está sendo vendido, levando em consideração o lucro que esse bem proporcionará ao seu comprador e que a precificação no ágio interno não se fundamenta nessas premissas, assinalando que o critério adotado como base de valor na mensuração contábil de ativos e passivos, em condições normais de continuidade de uma empresa, é o custo histórico.

Destacou-se ainda que a teoria contábil daria respaldo apenas ao ágio pago numa negociação entre comprador e vendedor não relacionados entre si e que o ágio gerado internamente não decorre de uma operação com propósito negocial, considerando que inexistiu um desembolso, que servisse para cancelar uma transação livre da qual emergisse o valor justo de um ativo negociado por partes independentes, não tendo havido negociação, nem compra, nem venda, nem mercado livre e aberto.

Após tecer outras tantas considerações, a Fiscalização registrou que o art. 20 do Decreto Lei nº 1.598 de 26/12/1977 e o art. 7º da Lei nº 9.532 de 10/12/1997, que tratam do registro contábil do ágio ou deságio e sua amortização permitem a contabilização do ágio (ou deságio) e sua amortização desde que haja livre negociação entre as partes e que o investidor justifique e fundamente o pagamento do ágio sobre a parte ou o total do capital da empresa investida, sendo certo que o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional estabelece que "a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária".

Em conclusão, afirmou a Fiscalização que a operação de reorganização societária que resultou da simples transferência de ativos pertencentes ao grupo General Motors de dentro da empresa industrial para outra empresa especialmente criada para isso, totalmente inoperante no momento anterior à transação, com manutenção integral do controle por parte do grupo General Motors, fazendo surgir ágio na "aquisição de participação societária" caracteriza o denominado ágio interno, que não é aceito pela ciência contábil, nem pode ser aceito como dedutível na apuração dos tributos de competência da Fazenda Pública da União, sendo que a operação engendrada não evidenciaria propósito negocial, que pode ser caracterizado como o conjunto de razões de caráter econômico, comercial, societário ou financeiro que justifique a adoção dos atos e negócios jurídicos, além da finalidade de pagar menos tributos, caracterizando abuso de direito, porquanto realizada em curto espaço de tempo

(cinco dias), evidenciando a presença de sociedade efêmera que serviu de mero veículo para a obtenção de um objetivo planejado de gerar ágio interno, em que não há o pagamento desse ágio e com isso obter vantagem fiscal. Nesse curto período de cinco dias a sociedade efêmera, formada com capital de **R\$ 100,00** faz aumento de capital em quase R\$ 1 bilhão, tornando-se importante sócia da General Motors do Brasil, resolvendo no dia seguinte sair da sociedade levando ativo relevante e no dia seguinte é extinta por incorporação por sua controlada, motivo pelo qual procedeu à glosa das despesas mensais de ágio nos anos de 2005 a 2009, aplicando as multa isoladas ante óbvio impacto nas bases estimadas.

Apurou-se ainda a compensação indevida de bases negativas da CSLL e de acordo com o Termo de Verificação Fiscal, a Recorrente apresentava em seus assentamentos contábeis, em 31.12.2004, o valor de **R\$ 57.921.673,33** de saldo de bases negativas de anos anteriores de CSLL. Em 2005 e nos anos seguintes, compensou, em cada período, os valores correspondentes a 30% das bases de cálculo declaradas deduzindo, aqueles valores do saldo acima e devido às glosas de despesas anuais no valor de **R\$ 70.106.612,88**, o lucro anual da Recorrente e a base de cálculo da CSLL foram alterados para maior, revelando, no caso da CSLL, mudanças significativas nos valores compensados.

A Fiscalização, portanto, aplicou o percentual de 30% (trinta por cento) sobre a nova base por entender que tal procedimento era amplamente favorável à Recorrente e como consequência, a partir de 2006, os saldos de bases negativas tenham se revelado insuficientes para cobrir os valores efetivamente compensados, caracterizando-se, no entender da Fiscalização, a compensação indevida.

Na planilha "CSLL Compensação Indevida" (fl. 374), o autuante demonstrou os efeitos da alteração de bases de cálculo que foram objeto da infração correspondente à compensação indevida de CSLL e no termo de Constatação consta que a Recorrente deveria proceder às alterações necessárias em seus livros fiscais para adequá-los aos novos saldos de Bases Negativas de CSLL e de Prejuízos Acumulados (fl. 442).

Cientificada das imputações fiscais, a Recorrente apresentou Impugnação (fls. 454 a 531), acompanhada de documentos (fls. 532 a 854), alegando em síntese que a exigência fiscal refere-se a valores de tributos que derivaram diretamente de operações ocorridas no período base de 2004, de forma que toda a autuação já se encontra irremediavelmente fulminada pela decadência, porquanto o IRPJ e a CSLL são tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o prazo decadencial conferido às autoridades fiscais para a constituição do crédito tributário é de cinco anos, contado da ocorrência do fato gerador, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN.

Alegou, portanto, que os supostos fatos geradores das obrigações tributárias constantes da exigência fiscal ocorreram ainda no ano-calendário 2004 em relação à amortização de ágio, uma vez ocorrida a incorporação, já nasce o direito de a sociedade sobrevivente amortizar o ágio no prazo previsto na legislação e tanto isso seria verdade, que anteriormente à edição da Lei nº 9.532/1997, que atualmente regula a amortização fiscal de ágio, o Decreto-Lei nº 1.598/1977 previa que a despesa correspondente ao ágio era integralmente dedutível no momento da incorporação sendo que somente com a Lei nº 9.532/97 é que essa despesa passou a ser obrigatoriamente diferida em no mínimo cinco anos, e considerando que o direito à amortização do ágio nasce no momento da incorporação, afirmou a Recorrente que o prazo para questionar os efeitos fiscais dessas operações ocorridas ao longo do ano-calendário 2004 expirou em 31/12/2009, aduzindo ainda, que o fato de essas operações produzirem efeitos futuros é irrelevante para fins de contagem da decadência.

Aduziu ainda, que haveria erro de enquadramento legal nos lançamentos, em ofensa ao art. 10 do Decreto nº 70.235/1972 e ao art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999, já que em vez de motivar a autuação com a indicação das específicas normas tributárias que teriam sido supostamente infringidas e com uma explicação clara, a Fiscalização limitou-se a listar um apanhado de normas tributárias, sem estabelecer a necessária relação entre seus respectivos conteúdos e os fatos que originaram o processo administrativo, afirmando que a algumas das normas citadas pela Fiscalização nem mesmo poderiam ser aplicáveis aos fatos tratados no Termo de Verificação e Constatação.

Aduziu ainda, que os artigos 299 e 300 do RIR/99, por exemplo, invocados pela Fiscalização para lavrar a autuação, tratam das regras gerais sobre a dedutibilidade de despesas e custos operacionais incorridas pela pessoa jurídica, mas não se aplicam a casos de amortização fiscal de ágio relativo à aquisição de participação societária, que é tratada de forma específica nos artigos 385 e 386 daquele Regulamento e que as despesas de ágio relativas a participações societárias não se confundem com custos de produção dos lucros do negócio da pessoa jurídica ou com as despesas ligadas à produção desses lucros, que constituem o objeto dos artigos 299 e 300 do RIR/99, sendo que os artigos 249 e 251 do RIR/99 determinam apenas regras gerais de escrituração contábil, para fins da determinação do lucro real tributável e a Fiscalização não teria apresentado nenhuma relação entre os dispositivos utilizados para fundamentar a autuação e os fatos descritos no Termo de Verificação, o que no seu entender, enseja o cancelamento da presente autuação.

Em relação à CSLL, argumentou que todos os dispositivos citados pela Fiscalização são igualmente genéricos, ora disciplinando a apuração da base de cálculo, que de forma geral deve seguir a do IRPJ, ora estabelecendo alíquotas específicas, mas sem que nenhum deles se relacione, nem mesmo indiretamente, aos fatos descritos no Termo de Verificação e que a incorreta ou imprecisa fundamentação legal leva ao cancelamento imediato do lançamento, porquanto afronta os artigos 10 e 11 do Decreto 70.235/72.

Quanto ao mérito argumentou a Recorrente que a despeito das falhas de enquadramento legal da presente autuação, acima comentadas, se consideradas somente as afirmações constantes do Termo de Verificação, se verificaria que a premissa adotada pela Fiscalização foi a de que a Recorrente teria, sem nenhuma razão empresarial ou econômica, executado operações societárias com o exclusivo propósito de obter um indevido benefício fiscal de amortização fiscal de ágio e que a premissa adotada pela Fiscalização é equivocada e, com isso, toda a autuação fiscal é im procedente merecendo ser integralmente cancelada.

Aduziu que os fatos discutidos no presente processo administrativo devem ser analisados no contexto da segregação mundial das atividades "automotivas" e "financeiras" do grupo General Motors, que em um processo de concentrar mundialmente as sociedades financeiras de todo o grupo sob o controle societário direto da GMAC, o grupo General Motors buscava não só possibilitar que a GMAC aprimorasse a eficiência da gestão de suas operações financeiras em todo o mundo, mas também se preparar para a venda global do controle dessa empresa, que acabou ocorrendo no ano-calendário 2006.

Destacou ainda que as operações examinadas nestes autos, executadas fora e dentro do País, foram todas motivadas por razões empresariais e econômicas legítimas, que eram anteriores e independentes de seus efeitos tributários, porquanto o propósito maior almejado pelo grupo General Motors com as operações examinadas nestes autos era o de transferir a participação detida na Recorrente, da GMB para a GMAC, segregando suas

atividades financeiras e automotivas no Brasil em canais de negócios distintos, preparando-se para a possível venda global do canal de negócios financeiro a terceiros e que foram também razões empresariais e econômicas não tributárias, ligadas à situação da GM e da GMAC no mercado norte americano, que exigiam que essa transferência fosse feita nas chamadas condições *arm's length*, ou seja, a valor justo de mercado, afirmando que a necessidade de preservação de registro de capital estrangeiro junto ao Banco Central do Brasil constitui outra razão empresarial não tributária para a estruturação dessa transferência com a participação da sociedade Braco Participações Ltda.

Seguiu arrazoando que esse aspecto foi, inclusive, objeto de análise prévia pelo Banco Central do Brasil, o que também demonstra que são infundadas as alegações feitas pela Fiscalização de que a Braco seria uma mera empresa veículo, criada sem outra finalidade que não a de permitir uma amortização fiscal de ágio, apresentando um histórico com explicações sobre o processo de segregação da GM e da GMAC, abordando o Grupo General Motors e a sua origem no Brasil, bem como os panoramas internacional e nacional anteriores à segregação, aludindo a documentos e protestando – nos termos do art. 16, § 4º, alínea “a”, do Decreto nº 70.235/1972 pela juntada de documentos em tradução para o Português por tradutor juramentado, os quais não teria conseguido obter a tempo para juntada aos autos (itens 49 a 72 da impugnação; fls. 465 a 471).

Argumentou acerca dos fatores empresariais e econômicos de definição da estrutura do negócio, assinalando serem descabidas as suspeitas que Fiscalização pretende levantar quanto ao curto prazo de realização das operações em exame, porquanto o processo de transferência da responsabilidade administrativa pelas operações da Recorrente para a GMAC começou a ser discutido ainda na década de 90, para, em 2001, ser regulado no MdE, e, em janeiro de 2004, ser ainda objeto de regulação pelo MTTA.

Sustentou que o Contrato de Separação apenas concluiu todo esse processo e determinava a necessidade de implementação dessa transferência ainda no ano-calendário 2004, mencionando que a GM somente podia realizar negócios em bases comutativas (*arm's length*) com a GMAC (nos termos do Acordo de Bases Comutativas submetido à SEC no Formulário 8-K de 23.10.2001), necessitava fortemente de caixa para suas operações automotivas, enquanto que a GMAC possuía uma situação mais equacionada em suas operações financeiras. Por outro lado, desde 2001, com a celebração do MdE, a GM e a GMAC já haviam começado a transferir a responsabilidade administrativa pelas operações da Recorrente para a GMAC, de forma a preparar a futura transferência definitiva do controle societário direto da Recorrente no Brasil para a GMAC, que viria a ocorrer no ano de 2004, justificando, que por todas essas razões empresariais e econômicas, era natural que a GM e a GMAC pretendessem implementar a transferência dela para a GMAC em um curto espaço de tempo, enfatizando o ponto de que, a exemplo dos demais negócios realizados entre a GM e a GMAC, a transferência da participação detida na Recorrente também devia ser feita, obrigatoriamente, a valor justo de mercado (*arm's length*), ou seja, tal como se praticada entre terceiros não relacionados, em cumprimento ao Acordo de Bases Comutativas, que foi inclusive registrado perante a SEC por meio do Formulário 8-K de 23.10.2001 (doc. nº 14, acima mencionado).

Concluiu a Recorrente, que a totalidade das suas ações à época era detida pela GMB, empresa automotiva diretamente detida pela GM, a transferência das ações da Recorrente para a GMAC teria igualmente de ser tratada como um negócio a ser feito entre a GMAC e a GM em bases *arm's length*, ou seja, a valor justo de mercado e por esse motivo, a GMAC solicitou à empresa internacional de auditoria independente Ernst & Young Consultores Associados Ltda. ("E&Y"), uma avaliação completa do valor justo de mercado da Recorrente à época, com base em uma estimativa de sua rentabilidade futura, utilizando-se o

método do fluxo de caixa descontado para dezesseis anos e seis meses, o qual foi emitido com data de 1.11.2004 (doc. nº 18), sendo que a E&Y, empresa reconhecidamente independente e especializada nesse tipo de avaliação econômico/financeira, concluiu que o valor justo de mercado da Recorrente era de **R\$ 957.414.000,00**, o que, em dólares, correspondia a US\$ **335.510.937,00** (trezentos e trinta e cinco milhões, quinhentos e dez mil, novecentos e trinta e sete dólares americanos), conforme cotação disponibilizada pelo Banco Central para o dia 1.11.2004 (doc. nº 19) e, portanto, em um negócio feito em condições verdadeiramente comutativas (*arm's length*), esse deveria ser o valor justo de mercado a ser pago pela GMAC à GM em contrapartida ao recebimento da participação na Recorrente.

Ou seja, de acordo com a Recorrente, as empresas estavam obrigadas a aceitar, para a conclusão do negócio, o valor que fosse obtido pela empresa independente, fosse ele qual fosse e assim foi feito, a GMAC pagou esse exato valor à GM, por meio de uma transferência bancária de recursos, onde houve o efetivo pagamento em dinheiro entre as empresas, cujo comprovante de transferência do valor em questão ela colaciona aos autos (doc. nº 20), ficando, segundo sustenta a contribuinte, comprovada a improcedência da afirmação feita pela Fiscalização de que não teria havido nenhuma circulação de recursos financeiros na operação.

Mencionou a Recorrente que ao contrário do que supôs a Fiscalização, houve um efetivo pagamento, da GMAC (adquirente) para a GM (vendedora) no exterior; naquele momento, essas empresas já operavam como sociedades completamente independentes e não relacionadas, e esse pagamento foi feito suportado em laudo de avaliação devidamente preparado por empresa especializada e absolutamente independente sendo que todo o negócio de transferência da participação detida na Recorrente para a GMAC estava sendo discutido e ajustado entre as sociedades controladoras GMAC e GM no exterior, e não com a GMB no Brasil, porquanto a Recorrente encontrava-se no canal de negócios automotivo da GM e, no âmbito de um negócio global de transferência dela para o canal de negócios financeiro do grupo, acordou-se que o caixa que seria pago pela GMAC como preço dessa negociação deveria ser pago à própria GM, tendo se cogitado então, efetuar uma redução de capital da GMB, com a entrega das ações da Recorrente à GM, de modo que a GM pudesse proceder à alienação das ações da Recorrente a valor de mercado (*arm's length*) para a GMAC, porém, uma regra cambial em vigor à época (Circular do Banco Central nº 2.997, de 16.8.2000), aliada ao cenário então vigente de desvalorização acumulada do real frente à moeda estrangeira, faria com que essa eventual alternativa (de redução de capital da GMB para entregar as ações da Impugnante diretamente para a GM no exterior) levasse a GM a uma perda importante de valor no registro de investimento externo direto (Registro de Investimento Estrangeiro Investimento Externo Direto "RDEIED") que passaria a manter junto ao Banco Central em relação a esse investimento detido diretamente na Recorrente.

Na mesma ordem de idéias, aduziu que a Circular 2.997/00 determinava que na hipótese de redução de capital com entrega de participação societária a sócio estrangeiro, seria cancelada parte do RDEIED detido pela parte estrangeira (GM) em relação à sociedade brasileira que estivesse reduzindo o capital (GMB) e, em seu lugar, um outro RDEIED seria criado relativamente ao investimento que a estrangeira (GM) passaria a deter na sociedade cuja participação lhe havia sido entregue (Recorrente), como esse novo RDEIED que seria detido pela GM em relação à Recorrente teria necessariamente de ser constituído à taxa de câmbio vigente na data dessa redução de capital, as sucessivas e acumuladas desvalorizações ocorridas na moeda brasileira até aquele momento fariam com que o valor em moeda estrangeira desse

novo RDEIED (detido em relação à Recorrente) não correspondesse ao montante que teria sido cancelado no RDEIED da GMB, mas sim a um montante bastante inferior.

Em outras palavras, sustentou a contribuinte que essa possível alternativa de reduzir o capital da GMB para entregar a Recorrente à GM no exterior provocaria uma perda importante de valor no novo RDEIED que seria detido diretamente na Recorrente.

Afirmou ainda, que uma alternativa seria fazer a GMAC adquirir da GM, no exterior, uma quantidade de quotas da própria GMB que, em última análise, corresponderia ao valor justo de mercado da Recorrente, para em seguida, ser realizada redução de capital da GMB com a entrega da participação detida na Recorrente diretamente para a GMAC, porém, em função da mesma Circular 2.997/00, a GMB também não poderia proceder a uma redução do seu capital social para entregar a totalidade das ações da Recorrente diretamente para a GMAC, uma vez que essa situação levaria igualmente a GMAC a perder valor em moeda estrangeira no RDEIED que deteria em relação à Recorrente.

Após este histórico das opções, atestou a Recorrente que optou-se por uma estrutura em que a GMAC iria ainda adquirir quotas da GMB no exterior a valor de mercado, com o efetivo pagamento de caixa à GM, mas, em seguida, a GMAC contribuiria (mediante integralização do aumento de capital) com essas quotas da GMB adquiridas no exterior, pelo mesmo valor, para uma outra sociedade no Brasil, a Braco (Braco Participações Ltda); com isso, a GMAC preservaria o valor do RDEIED que passaria a deter na Recorrente, pois a redução de capital da GMB com a entrega das ações da Recorrente seria então feita em relação à Braco, sem mais impactos no RDEIED do investimento, mencionando, por fim, que havia a Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 3.040, de 28.11.2002 que passou a exigir a interposição de sociedade *holding* entre instituições financeiras Brasileiras e sua controladoras que não fossem constituídas como instituições financeiras no exterior; como a Recorrente havia sido constituída anteriormente à publicação da Resolução 3.040/02, ainda não havia certeza ou garantias legais de que a Recorrente poderia ser detida diretamente pela GMAC que não era instituição financeira no exterior, sem a obrigação de o seu capital social ser detido por sociedade *holding* brasileira, como passou a exigir a referida Resolução; por outro lado, constatou-se que a eventual manutenção da Braco na posição de *holding* detentora do capital da Recorrente resultaria em custos adicionais para o canal de negócios financeiro da GMAC.

Justificou a Recorrente, portanto, que todas essas razões acima, foram submetidas à análise prévia do Banco Central do Brasil, conforme formalizadas em carta enviada àquele órgão em 17.12.2004, por meio da qual solicitava-se aprovação para a incorporação da Braco (doc. nº 21), sendo que havia motivos relevantes e não tributários para a inclusão da Braco na estrutura de transferência da Recorrente para a GMAC, assim como havia razões negociais para a sua posterior incorporação, motivos que eram também independentes do registro do ágio ora discutido e suficientes para impor à Recorrente esse modelo de negócio, de modo que não caberia falar em empresa veículo criada exclusivamente para fins tributários neste caso, uma vez que uma estrutura diferente causaria às partes, como visto, ineficiências, despesas e custos, financeiros e negociais, prejudiciais e absolutamente evitáveis, restando demonstrado que todos esses pontos acima assinalados constituíam razões empresariais e econômicas legítimas vivenciadas por cada uma das partes, que tinham objetivos anteriores e independentes dos efeitos de amortização fiscal de ágio ora discutidos.

Após tecer tais considerações, a Recorrente passou a comentar, nos itens 101 a 133 de sua impugnação (fls. 477 a 485), cada etapa das operações que levaram à transferência do seu controle direto, que, segundo ela, estariam respaldadas pela doutrina e jurisprudência, que validariam a obtenção de economias tributárias quando a estrutura não tenha sido

implementada com fins exclusivamente fiscais, mas sim por razões empresariais que sejam legítimas e anteriores a seus possíveis efeitos tributários.

Em continuidade, sustentou que embora não exista no Brasil legislação que obrigue expressamente a ter sempre razões empresariais e extra tributárias para que suas operações sejam admitidas como válidas, sabe-se que, nos anos mais recentes, notadamente nos últimos cinco anos, doutrina e jurisprudência têm se orientado no sentido de que o exame da validade das operações deve passar pelo exame das razões empresariais e extra tributárias que tenham motivado essas suas operações; assim, mesmo sob esse novo enfoque, afirmou que suas operações devem ser aceitas como válidas e legítimas, já que estão comprovadamente baseadas em razões empresariais e extra tributárias verdadeiras, mencionando que a doutrina mais autorizada sobre a matéria questiona somente as operações que sejam praticadas com o fim único e exclusivo de buscar a economia fiscal, sem qualquer outro propósito a lhes motivar, no entanto, nos casos em que a operação tenha por base razões empresariais extra tributárias, essas operações devem ser consideradas legítimas e válidas para todos os fins de direito no Brasil, inclusive fiscais.

A partir dessas considerações, concluiu que as despesas de amortização de ágio deduzidas no período de 2005 a 2009 foram válidas e não podem ser glosadas pela Fiscalização com base em alegações totalmente destoantes do contexto fático e negocial evidenciado.

Quanto aos fundamentos de Direito, aduziu que o ponto central em discussão no presente processo administrativo refere-se à equivocada premissa adotada pela Fiscalização de que a Recorrente teria efetuado operações societárias dentro do seu grupo econômico com o único propósito de gerar despesas de amortização de ágio, ao contrário do que ocorreu e que as operações em questão foram estruturadas em um contexto específico de uma segregação de duas linhas de atividades distintas, fato que, inclusive, foi expressamente reconhecido pela Fiscalização, no Termo de Verificação, não se podendo acatar o argumento de que tiveram o exclusivo intuito de gerar despesas de amortização de ágio, reiterando os argumentos já expendidos.

Por fim, reputou que a multa de ofício aplicada é abusiva, ultrapassando os limites da razoabilidade e da proporcionalidade, e que exigência concomitante da multa isolada e de ofício é abusiva, insurgindo-se ainda contra a utilização da Taxa Selic.

Após o encaminhamento do processo à DRJ/SP, a Recorrente peticionou em 31/01/2011 (fls. 860 a 862), solicitando a juntada de versões notarizadas, consularizadas e traduzidas por um tradutor juramentado para o português de seis documentos (fls. 863 a 906), conforme havia adiantado em sua impugnação, alegando dificuldades em obtê-los a tempo de colacioná-los no momento da sua interposição, em razão do tempo decorrido desde a celebração dos mesmos e do fato de serem mantidos em arquivos no exterior.

Atestou-se que foi providenciado no âmbito da DRJ/SP a juntada da petição e dos documentos ao processo (fl. 907, fl. 915), sendo encaminhado à Delegacia de Julgamento no Rio de Janeiro, em razão da transferência de competência do seu julgamento para esta DRJ, conforme Portaria Sutri nº 2.563, de 27/04/2011, publicada no DOU de 28/04/2011 (fl. 916).

A 5ª Turma da DRJ no Rio de Janeiro/RJ, por seu turno, nos termos do acórdão e voto de folhas 917 a 960, julgou o lançamento procedente, atestando de início a

mundialmente as sociedades financeiras de todo o grupo sob o controle societário direto da GMAC e de aprimorar a eficiência da gestão das operações financeiras da GMAC em todo o mundo e que também não se duvidava do propósito do grupo General Motors de transferir a participação detida na Recorrente, da GMB para a GMAC, segregando as atividades financeiras e automotivas no Brasil.

Registrou-se ainda, que da mesma forma, não se contesta a alegação da Recorrente de que a americana GM estaria obrigada a realizar negócios em bases comutativas (*arm's length*) com a americana GMAC e que a primeira necessitava fortemente de caixa para suas operações automotivas, enquanto que a segunda possuía uma situação mais equacionada em suas operações financeiras, porquanto não se verificaria, em princípio, qualquer indício de irregularidade na cópia do documento apresentado (fls. 783 a 789) para comprovar a existência de transferência bancária em 22/11/2001, no valor de **US\$ 335.510.937,00**, a título de pagamento da GMAC para a GM, pela aquisição de 396.561.097 quotas da GMB, de sorte que não haveria razão para não acatar como idôneo o documento apresentado para contestar a alegação do autuante de que não teria havido qualquer saída de caixa (pagamento) na operação da qual teria se originado o ágio deduzido pelo Banco.

Contudo, segundo entendimento da decisão recorrida, mesmo levando em conta a transferência de numerário entre as empresas americanas em razão da aquisição de quotas da GMB, não se verifica, nas demais operações que se seguiram envolvendo as empresas brasileiras, qualquer saída de numerário na transferência do ágio, que passou a ser deduzido pela Recorrente, tendo esta demonstrado que as operações foram submetidas à análise prévia do Banco Central do Brasil, em carta enviada àquele órgão em 17.12.2004, por meio da qual ela solicitava aprovação para a incorporação da Braco (doc. nº 21), mas, não demonstrou efetivamente a sua alegação de que a redução do capital da GMB com a entrega direta da participação no Banco à GM no exterior para aliená-la à GMAC provocaria uma perda importante de valor no registro de investimento externo direto (RDEIED), que seria detido diretamente na Recorrente.

Concluiu-se ainda que a argumentação de que todas as operações em exame deveriam ser tratadas como tendo sido realizadas entre sociedades não relacionadas em razão do Acordo de Bases Comutativas celebrado entre as empresas americanas não pode ser aceita, uma vez que a GM e a GMAC eram sociedades relacionadas e pertencentes ao mesmo grupo econômico, já que a segunda era subsidiária integral da primeira e, na realidade, considerando-se todas as operações de reorganização societária ocorridas, o controle da Recorrente nunca saiu do grupo societário.

Segundo a decisão recorrida, ao final das operações, a americana GM continuou a controlar indiretamente a Recorrente, além disso, ainda que não se conteste a idoneidade do laudo confeccionado e pela empresa Ernst & Young Consultores Associados Ltda, não se pode olvidar que a empresa autora do trabalho consignou que ele "foi feito com base em informações contábeis e gerenciais fornecidas pelos executivos e funcionários do BGM Brasil e GMB" e que ela "não assume qualquer responsabilidade futura pela precisão das informações".

Quanto ao preço de mercado da Recorrente àquela época, mencionou a decisão recorrida que ainda que não se discuta a idoneidade do laudo para a avaliação do preço e a idoneidade da empresa contratada, não se pode deixar de considerar que o preço (apurado com base em uma expectativa de rentabilidade para os próximos dezesseis anos) que a

americana GMAC estava disposta a pagar à americana GM (sua controladora) pela aquisição do Banco no contexto da viabilização da reorganização societária do grupo, pode não ser o preço que um terceiro totalmente independente estivesse disposto a pagar.

No tocante à questão do ágio propriamente dito, salientou a decisão recorrida, consoante doutrina e jurisprudência citadas, que os pressupostos do ágio são a aquisição de participação societária e a existência de fundamento econômico, concluindo que a Recorrente, ao incorporar a Braco, contabilizou o ágio transferido (R\$ 560.852.903,00) em conta do ativo diferido e passou a amortizá-lo, apesar de não ter recebido qualquer participação societária, considerando-se que as próprias ações representativas do capital não são participações societárias, uma vez que nenhuma empresa participa de si mesma. Ela pode ter ações em tesouraria, que é bem diferente de deter participação societária. As ações recebidas foram restituídas à GMAC, seu acionista majoritário, visto a não emissão de novas ações correspondentes. Portanto, o primeiro pressuposto do ágio (participação societária) não foi atendido.

Entendeu-se ainda, que o motivo que justificou a contabilização do ágio na Braco foi a rentabilidade futura da Recorrente, no entanto, este motivo não pode prevalecer na incorporação levada a efeito, pois não se justifica o contribuinte constituir um lançamento em sua contabilidade da própria rentabilidade futura, ainda que esta rentabilidade estivesse atrelada a determinados ativos.

Anotou-se que a própria CVM se autocensura quanto ao procedimento de contabilização do próprio ágio, reconhecendo que lhe falta fundamento econômico. Desta forma, no caso ora examinado, entendeu que revelou-se ausente também o segundo pressuposto do ágio fundamento econômico.

Além do mais, observou-se que no ágio há uma contraposição de receita e custo entre entes diferentes. Quem vende o investimento auferir receita e quem compra incorpora ao valor investido um custo pela mais valia e não se observaria na incorporação da Braco pela Recorrente esta contraposição, de sorte que a Recorrente teria contabilizado o ágio como um ativo diferido, que é definido no art. 179 da Lei 6.404/1976 como “as aplicações de recursos em despesas que contribuirão para a formação do resultado de mais de um exercício social, inclusive os juros pagos ou creditados aos acionistas durante o período que anteceder o início das operações sociais”, sendo que o ativo diferido é formado por despesas ou custos já incorridos, em face de um benefício futuro que elas trarão e o valor contabilizado pela Recorrente em conta de ativo diferido, a título de ágio, não se enquadra nos conceitos acima.

Reafirmou-se que a empresa Braco foi constituída para replicar o ágio pago pela GMAC na aquisição das quotas da GMB representativas das ações que ela detinha da Recorrente e o mesmo ágio, inicialmente pago, está duplicado na Braco, que, pela incorporação, é transferido para Recorrente, cujo controle direto apenas circulou dentro do grupo de empresas, mantendo-se o controle indireto sempre na empresa original, assinalando que o art. 386 do RIR/1999 dispõe sobre o tratamento tributário a ser dado ao ágio ou deságio nos casos de incorporação, fusão ou cisão e que o § 6º, inc. II, deste artigo prevê que o tratamento é também aplicado quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária, destacando, contudo, que deve-se entender que a aplicação do dispositivo só se revela cabível se a compra da participação societária com ágio e a posterior incorporação da investida tiver por finalidade a utilização dos ativos na atividade da empresa, havendo fundamento econômico plausível.

Na sequência, a decisão recorrida enfrentou a questão correlata ao abuso de direito, imputado pela Fiscalização à Recorrente, para concluir que no caso sob exame,

verifica-se o excesso, observando-se que a Braço não estava estruturada para operacionalizar uma atividade econômica. Possuía somente um conjunto líquido de ativo, não tendo produtos, serviços, clientes, empregados etc. e a americana GMAC poderia ter adquirido o controle direto da Recorrente, sem necessidade imprescindível de constituição de uma nova entidade.

Concluiu-se assim, que a despeito das várias razões aduzidas pela impugnante como motivos econômicos para fundamentar o ágio, revela-se predominante, sem dúvida, a motivação tributária para o melhor aproveitamento econômico do ágio pela controladora no sentido de reduzir o pagamento do IRPJ e da CSL, considerando indiscutível que figurava como objetivo da operação, dentre os outros aludidos, a amortização do vultoso ágio para fazer frente aos lucros que seriam gerados pela sociedade controlada, resultando em aumento da capacidade de geração de caixa do investimento. Não sendo razoável supor que esse objetivo era apenas secundário, mantendo, assim, a glosa implementada.

Quanto ao tópico atinente à compensação indevida de bases de cálculo de CSLL, entendeu a decisão recorrida que uma vez demonstrada a procedência da glosa das despesas de ágio da Recorrente efetuada pela Fiscalização, confirmam-se as alterações para maior das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, cabendo considerar que a busca dos efeitos da limitação em 30% na compensação de prejuízos não pode ficar restrita, isoladamente, a cada período de apuração ou aos períodos abrangidos pela ação fiscal. Cabe à Fiscalização, tendo como limite temporal o último período de apuração exigível ao término da ação fiscal, e observado o limite legal, levar em conta valores apurados nos períodos fiscalizados, recompondo, inclusive, as compensações efetuadas pelo contribuinte.

No mais, manteve-se, as multas isoladas a utilização da Taxa Selic.

Devidamente cientificada da decisão desfavorável a contribuinte interpôs Recurso Voluntário, reiterando a preliminar de decadência e os argumentos de mérito já relatados.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou suas Contrarrazões, defendendo o acerto da decisão recorrida e desprovimento do Recurso Voluntário.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Edwal Casoni de Paula Fernandes Jr., Relator.

O Recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos genéricos de recorribilidade, admito-o para julgamento.

A questão colocada relaciona-se, em sua essência, na glosa implementada na dedutibilidade de despesas com amortização de ágio, deduzidas pela Recorrente, nos anos-calendário de 2005 a 2009.

Segundo a Fiscalização e a chancela da decisão aqui impugnada, o mencionado ágio não satisfaria, na sua formação, os requisitos impostos pela legislação de regência em vista das peculiaridades que revestiram a operação e que serão adiante descortinadas, considerando que a operação de reorganização societária nutria o escopo de criar a despesa amortizável, sem razão empresarial ou econômica efetiva.

Considerando o conteúdo da peça recursal, antes mesmo de enveredar-se no mérito da questão que desencadeou o presente processo administrativo, de bom alvitre analisar-se eventual extinção do crédito tributário pela ocorrência do fato decadencial.

Acerca da decadência, a Recorrente sustenta que a exigência fiscal em trato se refere a operações ocorridas no período-base de 2004, situação que importaria o reconhecimento da decadência, presente para a espécie a norma de regência contida no artigo 150, § 4º do CTN, por se tratar de tributos sujeitos ao lançamento por homologação.

Segundo afirma a contribuinte, tal conclusão se deve ao fato de que ocorrida a incorporação, já nasce o direito de a sociedade sobrevivente amortizar o ágio no prazo previsto na legislação, de sorte que o prazo para questionar os efeitos fiscais dessas operações ocorridas ao longo do ano-calendário 2004, teria expirado em 31/12/2009, citando diversos precedentes administrativos que entende favoráveis à tese por ela defendida.

A decisão recorrida, por seu turno, apreciando a coincidente alegação assim se manifestou à folha 942, *in verbis*:

“(...) Considerando-se que a antecipação do pagamento, tem-se que o fato gerador do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica relativo ao ano-calendário de 2005, apurado pelo lucro real anual, consolidou-se em 31/12/2005, não se podendo acatar a argumentação da impugnante no sentido de que o lançamento não poderia se reportar a fatos do ano-calendário de 2004, pois, na verdade, o auto de infração se refere à glosa de dedução de despesa referente ao ano-calendário de 2005 e seguintes. O mesmo raciocínio vale para a Contribuição Social. O prazo de cinco anos é contado não da incorporação ou amortização contábil, mas sim do encerramento do período de apuração no qual a despesa foi deduzida, exceto na hipótese de dolo ou fraude. Evidentemente, antes da dedução da despesa, não poderia haver a autuação, ainda que o ágio seja constituído com infração à lei. (...)”

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 20/06/2013 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/06/2013 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/06/2013 por PLINIO RODRIGUES LIMA

Impresso em 21/06/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Tem razão o aresto impugnado, conquanto a Fiscalização repute inaceitável a formação da própria despesa, é a sua utilização em concreto que foi glosada, portanto, a insurgência da Fiscalização, ao meu sentir, deu-se com a “não homologação” das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL impactadas pelo ágio contabilizado e não o ágio registrado em si, de sorte que o fato gerador mais remoto, ocorrido em 31/12/2005, e a ciência dos autos de infrações de IRPJ e CSLL em 19/11/2010 (fls. 376 e 387, respectivamente), não autorizam o reconhecimento da decadência, motivo pelo qual, afasto a preliminar suscitada.

No tocante à alegação, ainda preliminar, de nulidade decorrente de erro e/ou confusão no enquadramento legal das imputações, entendo que a Fiscalização discriminou detidamente os fatos imputados permitindo à Recorrente exercitar, com plenitude e suficiência, sua defesa técnica e bem fundamentada, a indicar a total ausência de prejuízo ao contribuinte, bem como de pecha capaz de inquinar de nulidade o feito, motivo pelo qual, também neste ponto em particular, reafirmo o conteúdo da decisão recorrida e afasto a preliminar.

Superadas as questões preliminares, passa-se ao enfrentamento do mérito envolvido na autuação em apreço, lembrando que a Recorrente teve glosadas despesas deduzidas a título de amortização fiscal de ágio, que no entender da Fiscalização fora gerado “intragrupo” situação que revestiria a citada despesa de indedutibilidade.

Segundo posição da Fiscalização e da própria decisão recorrida, a dedução da despesa teria reduzido indevidamente as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, além de resultar na insuficiência do pagamento de estimativas dos dois tributos e na compensação indevida de base negativa de CSLL.

Consoante o TVF, ao analisarem-se as despesas contabilizadas no período de 2004 a 2009 com amortização de ágio, foi solicitado à Recorrente que fornecesse, entre outros documentos, cópia da justificativa econômica fundamentada para a constituição, em 30 de novembro de 2004, do ágio no valor de **R\$ 560.852.903,00**, valor sobre o qual incidiriam, nos meses subsequentes, despesas com sua amortização, redutoras da base de cálculo do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido no valor mensal de **R\$ 5.842.217,74**.

Registrou-se que este valor mensal corresponde a 1/12 do valor anual de **R\$ 70.106.612,88**, que por sua vez corresponde a 1/8 do total a ser amortizado de **R\$ 560.852.903,00** em oito anos, uma vez que o prazo estabelecido em lei é de no mínimo 60 meses para amortizações do ágio sobre investimentos (vide Termo de Início de Fiscalização).

As informações prestadas pela Recorrente deram conta dos atos societários que envolveram a empresa no período que antecedeu a constituição do mencionado ágio no ano de 2004, que a despeito de comporem o relatório acima minudenciado, devem ser novamente descritos abaixo:

(i) Em 01.11.2004, a empresa de consultoria Ernst & Young Consultores Associados Ltda havia encaminhado à General Motors Acceptance Corporation, dos Estados Unidos, um laudo de avaliação encomendado por esta sobre o valor de mercado do Banco General Motors S.A., antiga denominação do Banco Gmac S.A., levando em conta a expectativa de seus rendimentos futuros. (ii) O laudo de avaliação apresentado pela Ernst & Young estima, com as fórmulas e metodologia de cálculos que descreve, que o valor justo de mercado do Banco naquela data, baseado em sua rentabilidade esperada entre julho de 2004 e dezembro de 2020, portanto, um período de 16 anos e 6 meses, é de **R\$ 957.414.000,00**, valor

que inclui a perspectiva de lucro do Consórcio Nacional GM Ltda no período de julho de 2004 a dezembro de 2008. Fls. 17 a 58. **(iii)** Antes disso, em 15.09.2004 foi constituída uma empresa denominada Mynchuan Participações Ltda, CNPJ 07.021.761/000179, com capital de R\$ 100,00 (cem reais) dividido em 100 quotas de R\$ 1,00, com sede na Rua Boa Vista, 254 7º andar sala 721, Centro, São Paulo/SP, tendo como sócios quotistas uma empresa denominada Schaft Participações Ltda., CNPJ 03.347.239/000120 com sede no mesmo endereço, detentora de 99 quotas, e outra empresa denominada Gesellschaft Participações Ltda., CNPJ 04.654.506/000175, com sede no mesmo endereço, detentora de 1 (uma) quota (fls. 59 a 70). **(iv)** Em alteração de contrato social datada de 19.11.2004, a Schaft Participações Ltda., cedeu suas 99 quotas de R\$ 1,00 cada para a General Motors Acceptance Corporation, sociedade com sede nos Estados Unidos da América e a Gesellschaft Participações Ltda cedeu sua única quota de R\$ 1,00 para o sr. Rudolfus Robertus Grin, holandês, casado, portador da Cédula de Identidade para Estrangeiros RNE nº V330772U, CPF nº 227.856.58850, domiciliado na Av. Indianópolis, nº 3.096, Planalto Paulista, São Paulo/SP, para onde, nesse mesmo ato, foi transferida a sede social da Mynchuan Participações Ltda e sua razão social foi alterada para Braco Participações Ltda. Fls. 71 a 86. **(v)** Em 23.11.2004, os sócios da Braco Participações decidiram aumentar o capital social da sociedade de **R\$ 100,00** para **R\$ 957.414.100,00** mediante a criação de 957.414.000 novas quotas de **R\$ 1,00** cada, todas subscritas pela General Motors Acceptance Corporation, e integralizadas mediante a conferência de 396.561.097 quotas representativas de parte do capital social da General Motors do Brasil Ltda., CNPJ 59.275.792/000150 de titularidade da General Motors Acceptance Corporation. **(vi)** No dia 24.11.2004, a General Motors do Brasil Ltda., CNPJ 59.275.792/000150 promoveu uma redução no valor de R\$ 396.561.097,00 de seu capital social, valor esse representado pela sua participação no capital do Banco General Motors S. A. para entregar esses haveres à Braco Participações Ltda., que passa a ser detentora desse valor no capital do Banco General Motors S.A. e se retira da participação no capital da General Motors do Brasil S.A. (fls. 109 a 120.). **(vi)** Em 03.12.2004, o Banco General Motors S.A. realizou sua 47ª Assembleia Geral Extraordinária, para deliberar sobre a incorporação da Braco Participações Ltda., (incorporação reversa, pois as quotas do capital do Banco Gmac pertenciam à Braco), cujo capital em 23.11.2004 era de **R\$ 957.414.000,00**. O capital do Banco, que era de **R\$ 268.862.720,13** passou para **R\$ 268.862.820,13**, representando um aumento de capital de apenas **R\$ 100,00**, que era o valor antes de 23.11.2004 (fls.121 a 127).

Avaliando as operações acima traduzidas, a decisão recorrida assim se manifestou à folha 946, *litteris*:

“(...) Observa-se que a Braco pode se enquadrar perfeitamente nessas situações. Foi criada para receber as ações do capital da impugnante, transmitidas pela empresa GMB, acrescidas de um ágio oriundo da aquisição pela GMAC de parte da participação que a GM detinha na GMB, equivalente às ações do capital da impugnante. Tal ágio, resultante da operação realizada entre GM e GMAC, foi contabilizado na Braco em face do investimento na GMB, recebido na integralização ocorrida por ocasião de seu aumento de capital. Depois, ainda permaneceu contabilizado na Braco, quando esta recebeu da GMB, em troca do cancelamento das quotas que nela detinha, toda a participação que a segunda detinha no BGM. Em seguida, a Braco, ao ser incorporada pela impugnante, transmitiu-lhe o ágio (R\$ 560.852.903,00). A impugnante, por sua vez, restituiu à GMAC as ações de seu capital, visto que o ato de incorporação não resultou em um aumento de capital equivalente, contabilizando o ágio (R\$ 560.852.903,00) em conta do ativo diferido, passando a amortizá-lo. Em suma, o papel da

fundamental da Braco foi replicar o ágio pago inicialmente pela GMAC à GM pela aquisição das quotas da GMB equivalentes ao capital do Banco, transferindo a ele o próprio ágio, que passou a ser por ele amortizado, gerando despesa deduzida na apuração do IRPJ e da CSLL.

A despeito de a impugnante alegar que a Braco não poderia ser entendida como "empresa veículo" por não ter sido criada exclusivamente para a obtenção de economia fiscal, resta evidenciado que a referida empresa, de vida curta, não produziu qualquer riqueza. (...)"

Constatou a decisão recorrida, portanto, que a Fiscalização acertou ao imputar à transação efetivada o nominado "abuso de direito", porquanto a Braco teria se prestado unicamente à criação do ágio, e que a transação realizada com o mesmo grupo econômico não refletiria o conteúdo econômico indissociável à dedutibilidade da despesa em trato.

Assim verificado, a questão que se coloca gira em torno do chamado "ágio interno", devendo-se verificar quais as balizas legais acerca da matéria, bem como analisar detidamente os aspectos próprios das operações ocorridas nestes autos.

Sabidamente, o ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição de determinado investimento e o seu valor patrimonial, de sorte que ele, falo do ágio, se apresenta sempre que uma das partes, munida de desígnios variados, a exemplo da expectativa de rentabilidade futura, propõe-se a pagar pelo investimento um valor maior do que aquele que corresponde ao seu patrimônio líquido.

Tratássemos aqui de uma operação envolvendo empresas completamente independentes entre si, sem maiores dificuldades se verificaria a legitimidade da dedutibilidade do ágio em questão, já que o laudo sobre o qual se apoia o fundamento do ágio não foi questionado pela Fiscalização.

Contudo, a celeuma se instala justamente quando se pretende atribuir que esta precificação superior ao valor patrimonial somente seria legítima se avençada por partes totalmente independentes entre si, ou seja, que não pertençam ao mesmo conglomerado econômico.

Os precedentes que se formaram neste âmbito administrativo, nos quais se inadmitiu o chamado "ágio interno", sempre louvaram o bem fundamentado magistério de Jorge Vieira da Costa Jr. e Eliseu Martins, segundo os quais, o ágio somente poderia existir validamente se as partes envolvidas fossem independentes e não relacionadas, isso porque, segundo sustenta-se nestes casos, à luz da teoria da contabilidade, não seria admissível a geração de ágio em uma operação ocorrida dentro de um mesmo grupo econômico.

Tal como citado pela própria decisão recorrida, e nos muitos casos em que as semelhantes glosas subsistiram, este mesmo entendimento é prestigiado pela Comissão de Valores Mobiliários, nos precisos termos do Ofício-circular CVM SNC/SEP nº 01/2007, segundo o qual "*... é preciso esclarecer que o ágio surge, única e exclusivamente, quando preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método de equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de*

terceiros. Assim não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo...”.

Necessário, todavia, tratando-se de lançamento tributário no qual se ventile glosa a dedutibilidade das despesas com amortização de ágio, perquirir se os conceitos acima citados, que embasaram os precedentes conhecidos, hospedam a compreensão tributária sobre o tema.

Luís Eduardo Schoueri, em obra intitulada “Ágio em Reorganizações Societárias, Ed. Dialética”, ao fazer coincidente esforço investigativo, exemplifica na página 105 em diante, que estes conceitos encerram bom exemplo acerca da divergência entre as disciplinas contábil e tributária, porquanto embora contabilmente o ágio exija uma participação de terceiros, no âmbito da legislação tributária, que rege o lançamento, não existe semelhante imposição.

Para o apontado professor, para os fins tributários, o investidor deve sempre registrar um ágio que corresponda à diferença positiva entre o valor patrimonial e o preço efetivamente pago, concluindo que o pressuposto contábil de “precificação com terceiro”, não fora contemplado pelo legislador tributário.

Nessa ordem de ideias, apresenta-se conveniente reproduzir o que dispõem os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, *verbis*:

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

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

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

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados em até dez anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração;

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

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

incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ora, pela leitura dos dispositivos acima reproduzidos, resta verificado que de fato não há na legislação de regência qualquer óbice ao “ágio interno”, situação que se referenda pelo fato de o próprio artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, que respalda o artigo 385 do RIR/99, já prever a necessidade, em caso de aquisição de investimento em sociedade coligada ou controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, o custo de aquisição ser desdobrado entre o valor do patrimônio líquido e a diferença entre o custo de aquisição do investimento e este valor, que resultariam em ágio ou deságio, de sorte que a única questão que

pode obstar a dedutibilidade é aferir o conteúdo econômico e o contemplá-lo à luz do imputado abuso de direito que a Recorrente teria cometido, já que, segundo a decisão recorrida: “*motivo que justificou a contabilização do ágio na Braco foi a rentabilidade futura da impugnante. No entanto, este motivo não pode prevalecer na incorporação levada a efeito, pois não se justifica o próprio constituir um lançamento em sua contabilidade da própria rentabilidade futura, ainda que esta rentabilidade estivesse atrelada a determinados ativos*”.

Vê-se assim, que a decisão recorrida estipula que as justificativas dadas pela Recorrente para o implemento da transação, não hospedariam a legitimidade para deduzir-se a despesas, eis que a Braco teria sido mera “empresa veículo”, surgida com o intuito preponderante, senão único, de criar-se o ágio.

Mas, se como vimos acima, a lei tributária não traz vedação ao ágio interno, de fato se precisa aferir se a Recorrente agiu com abuso de direito, de sorte que a questão, para além da formação ágio, cujo laudo – repito – não foi contestado, passa pelo enfrentamento da questão da elisão fiscal, porquanto, segundo premissa estabelecida pela própria decisão recorrida, o condenável não é a alienação “intragrupo” de determinado investimento com ágio, o que se repugna é a simulação e o abuso de direito.

Confira-se o entendimento conferido pela decisão recorrida acerca da matéria:

“(…) Em suma, não há dúvida de que a impugnante tem o direito, previsto na Constituição Federal, de organizar sua vida da maneira que melhor julgar. Porém, o exercício deste direito supõe a existência de causas reais que levem a tal atitude. A auto-organização com a finalidade predominante de pagar menos imposto configura abuso de direito. Como tal, uma vez provado tratar-se de operação com esta razão principal, como restou evidenciado nos autos pelos motivos expostos neste voto, pode o Fisco recusar-se a aceitar seus efeitos no âmbito tributário de modo a neutralizar os efeitos fiscais do excesso abusivo. (...)”

(meus os destaques)

Com tais premissas estabelecidas pela decisão recorrida, convém registrar que minha análise dos autos afasta por completo qualquer abuso de direito praticado pela Recorrente, bem como, na legislação de regência, não encontro fundamento válido para impor-se a glosa unicamente porque o contribuinte realizou estruturação societária de forma menos onerosa do ponto de vista tributário, contrário disso, observo legítimos os procedimentos regulares de elisão fiscal.

Tanto é assim, que Celso Ribeiro Bastos, *in Comentários ao Código Tributário Nacional*, Ed. Saraiva, pág. 193, ao descortinar o parágrafo único, do artigo 116, do Código Tributário Nacional, assim arremata:

“(…) o parágrafo único do dispositivo posto à análise ainda é, não obstante seu tempo de vigência no ordenamento, bastante debatido na doutrina. E isso porque instituiu no país o que muitos denominam equivocadamente norma geral antielisiva.

Para explicar melhor, é importante mencionar que, antes do referido dispositivo, prevalecia a ideia de plena liberdade de planejamento tributário, sendo a única barreira posta a este os

casos de simulação. O contribuinte tinha plena liberdade de reestruturar seus negócios e de economizar o tributo] (...)

A norma em tela, no entanto, não inibe o planejamento tributário, que é aquilo que não ofende as leis vigentes, o ordenamento. O planejamento, ou melhor, elisão tributária, continua válida no país. O que a nova norma dispõe é acerca das hipóteses de dissimulação, um ato que omite a ocorrência do fato gerador ou oculta a natureza de um negócio, de uma transação tributável. A norma, portanto, é antievasão. Apenas deixou mais claro aquilo que já constituía o ilícito tributário. (...)"

Não parece legítimo, destarte, concluir que a simples intenção da Recorrente em proceder de forma a gerar economia de tributo possa desnaturar e invalidar os efeitos da transação, mesmo que tais efeitos tenham implicado na geração de um ágio interno, por absoluta falta de previsão legal para esta conclusão.

Em hipótese alguma, a simples intenção de efetivar-se um planejamento tributário (*fundamento da decisão recorrida*), pode indicar abuso de direito, necessitando-se, para esta configuração, demonstrar que a Recorrente tenha agido de forma dissimulada, abstraindo se houve ou não o propósito negocial que autorize o ágio, situação eu será enfrentada a seguir, cuidando-se do abuso de direito, ressalvada as hipóteses de simulação, não verifico que a intenção de elisão fiscal possa acarretar os efeitos dados pela decisão recorrida.

Aliás, para que se configure a simulação, imprescindível seja demonstrado um descompasso entre a *intentio facti* e o *intentio júris*, sem os quais, não se pode falar em simulação, já que esta pressupõe operação que não existe, falseia-se a realidade do que efetivamente ocorreu, ou seja, ocorre a desconformidade consciente e querida da declaração com a vontade, mas é preordenada com a parte à qual a declaração se dirige e acordado com ela, a fim de enganar terceiros.

In casu, os fatos ocorridos não foram fingidos nem simulados e tampouco dissimularam outro fato. Todas as circunstâncias fáticas levantadas no auto de infração realmente aconteceram na realidade negocial e não tiveram o objetivo de encobrir outros fatos, não sendo legítimo deixar de reconhecer que é dever das autoridades fiscais coibir práticas de utilização do ordenamento jurídico por meio de estratagemas, formadas como negócios simulados, com fraude à lei ou com dolo que causem prejuízo ao Erário Público. Bem assim, não pode se negar que os contribuintes utilizam formas simuladas para esconder dolosamente fatos geradores.

Contudo, não se pode admitir que considerações ou interpretações subjetivas da autoridade fiscal, possam descaracterizar operações legítimas e revestidas de licitude praticadas pelos contribuintes com total amparo no ordenamento jurídico vigente e qualificá-las como simuladas.

Com efeito, acerca do tema esta Turma decidiu, por ocasião do julgamento do PA nº 18471.000999/2005-29:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003

Ementa: SIMULAÇÃO - Configura-se como simulação, o comportamento do contribuinte em que se detecta uma inadequação ou inequivalência entre a forma jurídica sob a qual o negócio se apresenta e a substância ou natureza do fato gerador efetivamente realizado, ou seja, dá-se pela discrepância entre a vontade querida pelo agente e o ato por ele praticado para exteriorização dessa vontade.

(...) ABUSO DE DIREITO- A figura de “abuso de direito” pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio. (...)

Ora, se a própria decisão recorrida assenta que a intenção da Recorrente sempre foi realizar a operação da forma menos onerosa, nada há de simulado ou abusivo nisso, de sorte que não vejo no caso em exame a dissimulação de qualquer aspecto da legislação de regência, já que inexistiu abuso do direito, da forma jurídica ou da interpretação da *mens legis*, eis que os negócios jurídicos praticados pela Recorrente tiveram evidente motivação no plano societário, como notoriamente conhecido, e não se resumiram apenas a provocar a economia do imposto, conforme visto pelo Nobre Julgador da decisão recorrida, bastando verificar que semelhantes operações ocorreram, com o mesmo grupo econômico, na Suécia e na Alemanha.

Portanto, analisando todas as etapas do negócio jurídico levado a efeito, até os resultados concretos que redundaram no aproveitamento do ágio não vejo como enquadrar esta operação como sendo um planejamento tributário abusivo, conforme entendeu a r. decisão recorrida, mesmo porque, para restar compreendida como abusiva, uma conduta deve refletir um conflito entre forma e substância, e a prova de tal conflito deve ser feita com base em elementos objetivos, sem uma justificativa razoável para tal operação, a qual não seja mera vantagem fiscal, o que, diga-se de passagem, em nenhum momento ficou comprovado nos autos.

Ademais, o artigo 7º da Lei nº 9.532/97, estabelece apenas o termo “*a quo*” para o exercício do direito de deduzir o ágio (opção fiscal), ao condicionar a dedutibilidade do ágio a partir do evento incorporação, fusão ou cisão, consoante explicitado no dispositivo, sendo imperioso extrair-se daí que a decisão sobre o evento de incorporação, fusão ou cisão compete exclusivamente aos acionistas das empresas, a ninguém mais, razão pela qual não vejo como atribuir mácula de abusividade nas operações praticadas pela contribuinte com o intuito de aproveitar a despesa com ágio se a materialidade do laudo com a perspectiva de rentabilidade futura não foi questionada, tampouco sua higidez discutida.

Rejeito, portanto, o fundamento da decisão recorrida segundo o qual teria havido abuso de direito, passando-se a analisar o segundo fundamento concernente ao propósito negocial, situação que deve ser aferida do ponto de vista factual, assentado que está, ao meu sentir, a possibilidade do ágio interno.

A este propósito torno a lembrar que o fundamento central da decisão para **inquirar de abusivo esta incorporação, seria o fato de inexistir um interesse econômico, sendo**

que a alegada agregação de empresas como sendo uma finalidade do instituto da incorporação, acarretaria a necessidade de ter-se um cunho econômico.

Neste aspecto específico, equivocou-se, *data vênia*, a decisão recorrida, pois a incorporação fica ao alvedrio exclusivo dos acionistas, inclusive de empresas ditas “veículos”, bem como a sua extinção por incorporação, independe de qualquer motivação econômica ou financeira, pois está na órbita exclusiva da decisão dos sócios, como já se decidiu no acórdão 1301-000.711, de relatoria do eminente Dr. Valmir Sandri citando o professor Renato Ventura Ribeiro, arremata que:

"Os motivos para incorporação de companhia controlada são bem variados, como concentração empresarial, para ganhos de eficiência, possibilidade de maior crescimento, benefícios tributários, oportunidades de aquisição a preços baixos, integrações verticais, proteção contra ofertas hostis, entre outros.

A decisão da incorporação, independente da motivação, decorre apenas de uma única vontade, a dos controladores da incorporadora.

Com isso, ela diferencia-se das incorporações nas quais estão envolvidas sociedades com controladores distintos, pois uma das particularidades da incorporação de companhia controlada, como já dito, é a existência de apenas uma única vontade."

Ainda por ocasião do acórdão 1301-000.711, registrou-se que idêntico raciocínio serviria para a incorporação da controladora pela controlada, já que o artigo 8º da Lei nº 9.532/97, prescreve que a dedutibilidade do ágio está garantida, inclusive na incorporação reversa, a saber:

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

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

Sendo assim, desacertado o entendimento segundo o qual haveria na espécie um planejamento inoponível ao fisco, por não ter havido razão econômica de modo a possibilitar a dedução do ágio, mesmo porque, como também já se reconheceu anteriormente, esta exigência não encontra respaldo na legislação de regência.

Tornando a citar o que decidido no acórdão nº 1301-000.711, observo que antes de a Lei nº 9.532 tratar da questão, o ágio na baixa do investimento mediante incorporação, fusão e cisão era considerado uma perda de capital, plenamente dedutível para efeito de imposto de renda, nos termos do artigo 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77:

"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:

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;”

Ora, até o advento da Lei nº 9.532/97, quando da liquidação do investimento, a dedutibilidade do ágio decorria de sua própria natureza de perda de capital, que afetava o lucro contábil da empresa, reduzindo, por conseguinte, imediatamente, o lucro tributário, sendo certo que a Lei nº 9.532/97, deu um tratamento diverso ao ágio reconhecido nos termos do artigo 20 do Decreto-lei n. 1598/77, e o fez apenas para efeito fiscal, tratando o aproveitamento do ágio condicionado ao evento absorção do patrimônio e montante ao longo de determinado prazo. Com efeito, o inciso III do artigo 7º da Lei 9532/97, prescreve o seguinte:

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

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

Assim, este dispositivo previu a amortização do ágio com fundamento em rentabilidade futura apenas para efeitos fiscais, tanto que a norma fala em “*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*”.

Ou seja, tem-se estabelecido no dispositivo uma regra para a utilização do ágio, diferente daquela prevista anteriormente, possibilitando o contribuinte, sob determinada condição (absorver o patrimônio) e por prazo certo, forma de reduzir a base de cálculo do IRPJ mensalmente por, ao menos, 60 meses.

No presente caso, o auto de infração e a decisão recorrida suprimiram este benefício fiscal ao criarem condições inexistentes na própria legislação tributária, mais precisamente, no inciso II, do artigo 7º, da Lei nº 9.532/97. Esse dispositivo condicionou a amortização do ágio apenas e tão somente à absorção do patrimônio da investida pela investidora ou vice-versa (art. 8º da norma legal), absorção esta que só pode ocorrer mediante incorporação, cisão ou fusão, a independer do conteúdo econômico.

A despeito destas premissas jurídicas, reveladoras da suficiência para reformar a decisão recorrida, mesmo que se pretenda analisar-se os fatos em busca de um critério econômico para a operação em questão, se vai verificar o desacerto do aresto impugnado, porquanto os fatos descritos nestes autos, precisam ser examinados sob o enfoque da “segregação mundial das atividades automotivas e financeiras do grupo General Motors”, mais pontualmente, as operações efetuadas no ano de 2004 para transferir a totalidade das ações da Recorrente, então denominada Banco General Motors S.A., da sua controladora à época, a General Motors do Brasil Ltda., para a então *holding* financeira mundial do grupo, a General Motors Acceptance Corporation LLC.

Segundo afirmou a Recorrente no mister de assentar a legitimidade das operações, a citada transferência era necessária, dentre outros motivos, para reunir as sociedades financeiras do grupo em todo o mundo, sob o controle exclusivo da GMAC, pretendendo assim, unificar o controle financeiro do grupo e permitir a subsequente venda mundial do controle dessa empresa a terceiros, razão pela qual haveria nítido contesto empresarial nas operações e não apenas o conteúdo eminentemente tributário.

Com efeito, demonstrou a Recorrente existir um propósito, almejado pelo grupo General Motors, consistente em transferir a participação detida na Recorrente, da GMB para a GMAC, segregando suas atividades financeiras e automotivas no Brasil em canais de negócios distintos, justificado, falo do negócio na formatação adotada, pela necessidade de preservação de registro de capital estrangeiro junto ao Banco Central do Brasil, que como tem justificado a contribuinte, constitui outra razão empresarial para a estruturação dessa transferência com a participação da sociedade Braco Participações Ltda., sendo que esse aspecto foi, inclusive, objeto de análise prévia pelo Banco Central do Brasil, demonstra não prospera o entendimento da decisão recorrida de que a Braco foi mera empresa veículo, criada sem outra finalidade que não a de permitir uma amortização fiscal de ágio, apresentando um histórico com explicações sobre o processo de segregação da GM e da GMAC.

Diante disso, ao menos duas inegáveis razões empresariais defluem do caso apresentado: (i) a premente necessidade de transferência do controle acionário da Recorrente (ii) a preservação do registro de capital estrangeiro perante o Banco Central do Brasil.

No tocante à CSLL, anoto que repousando o lançamento nos mesmos fatos e mesmo fundamento jurídico do lançamento do IRPJ, as decisões quanto a ambos devem ser a mesma.

Concluo, destarte, no sentido de rejeitar as preliminares de decadência e nulidade, mas no mérito, DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para, reformando a decisão recorrida, reconhecer legítima a dedutibilidade das despesas com amortização de ágio.

Sala das Sessões, em 11 de junho de 2013.

(assinado digitalmente)

Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior.