



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

**Processo nº** 16327.001743/2010-34  
**Recurso nº** Voluntário  
**Acórdão nº** 1301-001.505 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 06 de maio de 2014  
**Matéria** IRPJ - GLOSA DE DESPESAS  
**Recorrente** BANCO CACIQUE S/A  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Exercício: 2009, 2010

DESPESA. DESNECESSIDADE. GLOSA. PROCEDÊNCIA.

Se, por um lado, a Fiscalização reúne argumentos e demonstrativos que indicam a apropriação de dispêndios com pessoa ligada em conta específica, cujos serviços que serviram de fundamento foram contabilizados em rubrica distinta, e, por outro, o contribuinte não aporta aos autos argumentos e documentos capazes de elidir a tese de duplicidade de registros, há de se manter a glosa.

DESPESAS. COMPROVAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Para fins de dedução, na apuração do resultado fiscal, do gasto incorrido, não basta ao contribuinte descrever as características operacionais de suas atividades e demonstrar a plausibilidade de sua ocorrência no mundo fático, torna-se necessário reunir ao processo comprovantes hábeis e idôneos que possibilitem desautorizar a glosa perpetrada pela autoridade fiscal.

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO - INOCORRÊNCIA. No contexto das Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto nº 2.546/97, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 mediante utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso em relação às despesas não necessárias, vencidos os Conselheiros Valmir Sandri, Carlos Augusto de Andrade Jenier e Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior; por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso em relação às despesas não comprovadas; por maioria de votos, dado provimento ao recurso em relação à amortização de ágio, vencidos os Conselheiros Wilson Fernandes Guimarães e Paulo Jakson da Silva Lucas; por maioria de votos, negar provimento ao recurso em relação aos juros de mora sobre a multa de ofício, vencido o Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Valmir Sandri. Ausente, justificadamente o Conselheiro Valmar Fonsêca de Menezes (Presidente). Presente o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado (Substituto Convocado). Presidiu o julgamento o Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães. Fez sustentação oral o Procurador da Fazenda Nacional Dr. Marco Aurelio Zortea Marques.

“documento assinado digitalmente”

Wilson Fernandes Guimarães

Relator e Presidente

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri

Redator Designado

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado

Declaração de Voto

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Paulo Jakson da Silva Lucas, Wilson Fernandes Guimarães, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Valmir Sandri, Edwal Casoni de Paula Fernandes Júnior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

## Relatório

BANCO CACIQUE S/A, já devidamente qualificado nestes autos, inconformado com a decisão da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, que manteve, na íntegra, os lançamentos tributários efetivados, interpõe recurso a este colegiado administrativo objetivando a reforma da decisão em referência.

Trata o processo de exigências de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL relativas aos anos-calendário de 2008 e 2009, formalizadas em razão da imputação das seguintes infrações:

i) DESPESAS NÃO COMPROVADAS (R\$ 1.116.123,35) – despesas de comissões (R\$ 232.601,83) e desconto/convênio público (R\$ 883.521,52);

ii) DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS (R\$ 36.474.165,71) – conta 8176300081 (serviços prestados – PJ Sociedade Ligada) – comissões pagas à CACIQUE PROMOTORA DE VENDAS (foi considerada desnecessária a despesa com a referida empresa na parte que se referia às comissões calculadas sobre serviços prestados por terceiros (R\$ 455.927.071,34 X 8%);

iii) AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO (R\$ 14.346.070,14 em 31.12.2008 e R\$ 57.384.280,45 em 31.12.2009) – abaixo, transcrição do relato feito em primeira instância acerca da referida infração.

...

4.1- Em 16/1/2007 foi constituída a empresa Marigane Participações Ltda. CNPJ 08.631.625/0001-63), com capital de R\$ 1.000,00, tendo como sócios a pessoa física Sra. Diva Maria Batista Martins Ramalho (CPF 050.446.548-17) e a pessoa jurídica S&A Serviços Empresariais Ltda. A seguir, em 7/3/2007, a Marigane é passada gratuitamente para o Banco Societê Generale Brasil S/A, com alteração da denominação social para Trancoso Participações Ltda., com registro na Junta Comercial em 12/3/2007 (fls. 124/131 do volume 1).

4.2- Em 25/2/2007 o Banco Societê Generale Brasil S/A firmou contrato de compra da totalidade do capital da empresa CACIPAR Comércio e Participações Ltda., no montante de R\$ 850 milhões (fls. 144/189 do volume 1). Posteriormente, em 7/3/2007, o Banco Societê Generale Brasil S/A cedeu para a empresa Trancoso os direitos do contrato de compra da CACIPAR (fls. 191/192 do volume 1).

4.3- Em 30/11/2007, com protocolo e registro na Junta Comercial em 30/1/2008, o Banco Societê Generale Brasil S/A promoveu um aporte de R\$ 930.523.599,00 no capital da Trancoso (fls. 555/561 do volume 3). Em seguida, a Trancoso efetua o pagamento pela aquisição da CACIPAR, registrando em sua contabilidade como custo do investimento o valor de R\$ 317.809.235,11 e ágio de R\$ 570.563.618,89. Ainda na mesma data, a Trancoso promove um aumento de capital na Cacipar, no valor de R\$ 37.000.000,00, registrando o valor como custo do investimento.

4.4- O fundamento do ágio teria sido a rentabilidade futura, tendo como base o relatório de avaliação econômico-financeira emitido pela empresa KPMG Corporate Finance Ltda.

4.5- Segundo a fiscalização a KPMG foi contratada em junho/2008 e procedeu a avaliação da CACIPAR na data base de 31/12/2007, posterior à data de pagamento do ágio (30/11/2007). O relatório foi entregue em 23/10/2008 (fls. 629/667 do volume 4).

4.6- Na assembléia geral extraordinária do interessado, em 31/10/2008, foram aprovados os protocolos de incorporações reversas das empresas CACIPAR e Trancoso. Informa a fiscalização que ata só foi protocolizada na junta comercial em 23/4/2009 (fls. 753/778 do volume 4), bem como o aumento de capital provocado pela incorporação, no valor de R\$ 88.009.961,93, com emissão de 22.465 ações, não constam do livro de transferência de ações (fl. 669/690 do volume 4).

4.7- Em consequência da incorporação, o ágio pago pela Trancoso quando da aquisição da CACIPAR foi transferido para o interessado, que iniciou sua amortização sem adicioná-lo na apuração do IRPJ e da CSLL (fls. 806/821 do volume 5).

4.8- Como resultado das duas incorporações reversas, o Banco Societê Generale Brasil S/A passou a ser controlador direto do interessado e o ágio pago pela Trancoso na aquisição da CACIPAR foi transferido para o interessado. O único intuito das incorporações reversas foi de levar para o interessado (empresa investida) o ágio pago, que também foi reconhecido pelo Banco Societê Generale Brasil S/A, investidor de fato.

4.9- Assim, as amortizações do ágio vindo da Trancoso, que tinham como fundamento a rentabilidade futura da empresa CACIPAR, que por sua vez era a controladora do interessado, foram consideradas indedutíveis nas apurações do IRPJ e da CSLL.

Destaca a decisão de primeira instância que, em virtude de compensações de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas, não foram apurados valores devidos relativamente ao ano-calendário de 2009.

Em sede de impugnação (fls. 1.643/1.703), a contribuinte argumentou:

- que, como atividade fundamental ao desenvolvimento de seu objeto social, firmava contratos com diversos prestadores de serviços objetivando a promoção e incremento de vendas de crédito (promotoras);

- que a prestação de serviços de promotoras de vendas, além da intermediação de negócios, abrangeria a recepção e encaminhamento de pedidos de empréstimos e de financiamentos, a análise de crédito e cadastro, a execução de serviços de cobrança e de processamento de dados das operações pactuadas;

- que, em 1985, teria sido criada a Cacique Promotora de Vendas Ltda. para prestar os serviços financeiros auxiliares, como os acima descritos, com o objetivo de expandir a participação em âmbito nacional;

- que a Cacique Promotora de Vendas Ltda., à época da fiscalização, mantinha mais de 750 empregados;

- que, além da questão operacional da formalização das operações de créditos, a ampla abrangência territorial imporia desafios, tais como, evitar o alto custo de manter agência em cada município e suprir deficiências técnicas típicas desse mercado de promoção de vendas e de correspondentes bancários;

- que seria dentro deste contexto que a Cacique Promotora de Vendas Ltda. desempenharia outro papel fundamental: viabilizar a formalização e operações para as quais outras promotoras não possuiriam condições estruturais de cumprir;

- que a Cacique Promotora de Vendas Ltda. possuiria mais de cento e setenta e cinco filiais em todo o Brasil;

- que as etapas para concessão do crédito seriam desenvolvidas entre as promotoras e a Cacique Promotora de Vendas Ltda., ou mesmo isoladamente por esta, quando as promotoras se restringiriam a indicar o cliente;

- que, diferentemente do que ocorreria no caso da contratação das promotoras, em que haveria remuneração pelo serviço prestado baseada na produção de

créditos gerados, os convênios públicos teriam por único objeto promover a oferta de créditos aos servidores da União, motivo pelo qual haveria previsão legal e regulamentar tão-somente de reposição de custos, e não remuneração;

- que, depois de verificadas as condições de atuar como consignatária perante servidores públicos, seria determinado o custo a ser ressarcido para cada operação de crédito;

- que o custo ressarcido aos órgãos públicos conveniados representaria despesa relacionada à atividade de oferta de créditos, sendo lançado a resultado conforme disponibilização do crédito a cada servidor;

- que na operação de aquisição da CACIPAR pela Trancoso teria sido verificado a geração de ágio fundamentado em rentabilidade futura, em função do estudo de avaliação realizado pelo Banco UBS Pactual;

- que, com a incorporação da CACIPAR e da Trancoso, teria registrado contabilmente o ágio reconhecido pela Trancoso, e, após incorporações, iniciou a dedução das despesas decorrentes da amortização do ágio contabilizado;

- que as despesas decorrentes de serviços prestados pela Cacique Promotora preencheria todos os requisitos exigidos pela legislação do IRPJ para qualificá-la como dedutível na apuração do lucro real;

- que durante a fiscalização teriam sido apresentados os contratos, notas fiscais, comprovantes de pagamentos e vinculação da comissão paga com os créditos gerados;

- que a remuneração seria paga tanto para as promotoras quanto para a Cacique Promotora, pelo fato de que ambas prestam serviços;

- que as promotoras fazem a intermediação de negócios e, na medida do possível, a análise prévia da documentação que sustentará os empréstimos, com posterior encaminhamento à Cacique Promotora;

- que a Cacique Promotora, além de captar clientes, realizaria os serviços administrativos relacionados à formalização da operação de crédito, tanto em relação a sua produção quanto a de terceiros;

- que a constatação de identidade de objetos dos contratos de prestação de serviços firmados com as promotoras e com a Cacique Promotora não poderia sustentar a presunção de que os serviços não foram prestados, especialmente quando se verifica que a finalidade principal da contratação é a produção de créditos, isto é, a captação de clientela;

- que teria sido apresentada a documentação de suporte da despesa (contratos, notas fiscais e pagamentos), sem qualquer suspeição da sua idoneidade; enquanto que o Fisco não teria apresentado provas da não prestação dos serviços;

- que as despesas glosadas representariam receitas na Cacique Promotora e teriam sido submetidas às respectivas tributações no âmbito federal e municipal;

- que a carga tributária combinada suportada pela Cacique Promotora se aproximaria de 50% (IRPJ/CSLL = 34% + Pis/Cofins = 9,25% + ISS = 5% , totalizando 48,25%);

- que não haveria lógica nem propósito elisivo algum que autorizasse a presunção de que a despesa tivesse sido forjada ou duplicada, pois não teria havido prejuízo ao erário público;

- que, para reforçar a comprovação da efetividade da despesa incorrida, juntava declarações de promotoras confirmando que no "contrato de prestação de serviços - CAP/CP aposentados/pensionistas do INSS", a documentação de pedidos de empréstimos ou financiamentos de crédito pessoal, cadastro e análise de crédito, em que atuaram como intermediadoras, teriam sido encaminhadas à filial da Cacique Promotora, para conferência e formalização dos créditos;

- que os valores pagos ou descontados para viabilizar os empréstimos concedidos teriam sido inseridos na regra geral de necessidade, usualidade e normalidade das despesas, para fins de dedução na apuração do lucro real;

- que considerar não comprovadas as despesas incorridas nos convênios firmados com órgãos públicos, significaria colocar em dúvida a própria higidez da administração pública na celebração dos convênios;

- que o ressarcimento de custos aos órgãos públicos apresentaria valores unitários reduzidos, como, por exemplo, R\$ 2,00 por linha, R\$ 95,00 mensais ou R\$ 0,59 por linha;

- que a composição de mais de R\$ 883 mil compreenderia centenas de milhares de lançamentos, bem como número equivalente de documentos e de cruzamentos de dados, motivo pelo qual protestava pela posterior juntada de documentos e a realização de diligência caso a Turma de julgamento entendesse necessário;

- que a diligência requerida seria necessária à comprovação dos valores registrados na conta "BCAC órgãos públicos", através da análise da composição da despesa pelo confronto do elevado número de documentos que a suportavam;

- que o ágio verificado na aquisição de empresa avaliada pelo método de equivalência patrimonial é registrado na contabilidade como um ativo e sua amortização é feita com o lançamento de despesas operacionais;

- que tais despesas são dedutíveis para apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL se atendidos os requisitos do art. 386 do RIR/1999;

- que o critério de amortização dessas despesas e sua dedutibilidade para fins tributários dependerá do fundamento econômico para o pagamento dessa diferença;

- que no estudo realizado pelo Banco UBS Pactual, em fevereiro de 2007, o fundamento do ágio na aquisição da empresa CACIPAR teria sido a rentabilidade futura;

- que o estudo apresentado pela KPMG em outubro de 2008, adotando como data base 31 de dezembro de 2007, ratificava o estudo do Banco UBS Pactual;

- que não restariam dúvidas acerca do cumprimento do art. 385, §3º, do RIR/1999;
- que todas as operações (aquisição da Trancoso pelo Societê, cessão pelo Societê à Trancoso dos direitos oriundos do contrato de compra e venda, aumento de capital da Trancoso, aquisição da CACIPAR pela Trancoso e incorporações da CACIPAR e Trancoso pelo interessado) teriam sido registradas nos órgãos competentes e haviam sido realizadas nos limites da legislação;
- que atrasos nos registros não invalidam os atos praticados;
- que não havia qualquer norma que impedisse a realização das operações em análise;
- que pareceria claro que no acórdão 103-23.290 do Conselho de Contribuintes denominou-se "veículo" a empresa criada apenas para possibilitar a realização das condições necessárias à dedução das despesas com a amortização do ágio, isto é, a criação de uma empresa "veículo", em todos os casos, era a única forma de se viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio gerado, sem que a adquirente, de fato, precisasse incorporar a adquirida;
- que não haveria similitude fática entre o caso narrado no mencionado acórdão e o presente caso;
- que, se não tivesse sido constituída a Trancoso, sendo a aquisição da CACIPAR realizada diretamente pelo Banco Societê, a despesa referente à amortização do ágio gerado nessa aquisição poderia ser deduzida pelo Banco Societê, bastando para isto que fosse realizada a incorporação da CACIPAR pelo Banco Societê;
- que a incorporação da CACIPAR pelo Banco Societê não alteraria a estrutura que se verificou após a incorporação, no final de 2008;
- que a criação da Trancoso deu-se dentro do cenário de expansão do Banco Societê no segmento específico de crédito consignado no Brasil, tendo sido conveniente para ele, naquele momento, contar com uma empresa de participações para deter diretamente a participação na CACIPAR;
- que o objetivo teria sido segregar as atividades do Banco Societê (com foco em banco de investimentos) daquelas do Banco Cacique (crédito consignado);
- que não haveria previsão legal para adição da despesa com amortização do ágio na base de cálculo da CSLL;
- que os juros não poderiam incidir sobre a multa de ofício, por ausência de previsão legal;
- que o art. 13 da Lei nº 9.065/1995, que prevê a cobrança dos juros com base na taxa Selic, remete ao art. 84 da Lei 8.981/1995, o qual estabeleceria a cobrança dos acréscimos apenas sobre tributos;

- que a cobrança de juros de mora para atualização dos créditos tributários desrespeitaria o princípio constitucional da legalidade, previsto nos artigos 5º, II, e 37 da Constituição.

A já citada 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro, analisando o feito fiscal e a peça de defesa, decidiu, por meio do Acórdão nº. 12-38.034, de 29 de junho de 2011, pela procedência dos lançamentos.

O referido julgado restou assim ementado:

#### DILIGÊNCIA. INDEFERIMENTO.

O instituto da diligência não se presta para elaborar demonstrativos que deveriam ter sido preparados pelo contribuinte.

#### JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS.

Cabe à instância seguinte admitir ou não a juntada de documentos após proferido o acórdão pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento.

#### COMPROVAÇÃO DAS DESPESAS. DEDUTIBILIDADE.

As despesas para serem dedutíveis na apuração do lucro real devem estar comprovadas com documentos hábeis e idôneos.

#### COMISSÕES SOBRE SERVIÇOS PRESTADOS. DEDUTIBILIDADE.

Somente são dedutíveis as comissões sobre os serviços prestados se forem comprovadas as efetivas contrapartidas daquilo que foi contratado.

#### INCORPORAÇÃO ÀS AVESSAS. EMPRESA CONTROLADA INCORPORANDO A EMPRESA VEÍCULO CONTROLADORA. ÁGIO DE SI PRÓPRIO NA INCORPORAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

O ágio se origina de uma contraposição de receita (para o vendedor) e custo (para o comprador). Os pressupostos do ágio são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico.

Na operação de incorporação às avessas, na qual o controlado incorpora a sua controladora (empresa veiculo), cujo controle acionário havia se originado de uma aquisição anterior, não se justifica a contabilização, por parte do incorporador, de ágio de si próprio, por faltar os pressupostos do ágio. A contabilização pelo incorporador deste valor chamado de ágio em conta de ativo, configura uma duplicação do ágio já contabilizado pelo investidor original.

Despesas, pela legislação tributária, são dispêndios necessários às atividades e à manutenção da empresa. São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa. Estas despesas devem ser usuais ou normais nos tipos de transações, operações ou atividades da empresa.

A posterior transferência desse valor denominado de ágio para conta de resultado, sob o título de amortização, configura uma despesa indedutível, por faltarem os pressupostos de ágio e despesa.

#### JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

O crédito tributário não pago integralmente no vencimento é acrescido de juros de mora, qualquer que seja o motivo determinante. Por ser parte integrante do crédito tributário, a multa de ofício também se submete à incidência dos juros nas situações de inadimplência.

#### LANÇAMENTO REFLEXO.

Inexistindo fatos novos a serem apreciados, o decidido no lançamento matriz aplica-se ao lançamento reflexo.

Irresignado, o contribuinte apresentou o recurso de folhas 2.979/3.078, por meio do qual sustentou:

#### DESPESAS DECORRENTES DE SERVIÇOS PRESTADOS PELA CACIQUE PROMOTORA

- que em nenhuma intimação houve qualquer tentativa por parte da Fiscalização de entender a razão pela qual a fórmula de cálculo da remuneração, em alguns casos, considerava valores gerados por outras promotoras de vendas;

- que o acórdão recorrido não apontou, de forma objetiva e inquestionável, a fundamentação que suportaria a glosa da despesa;

- que houve simples descarte de toda a explicação apresentada na impugnação, explicação essa que afasta qualquer dúvida em relação à efetiva prestação de serviços pela CACIQUE PROMOTORA;

- que, da análise do julgado (acórdão nº 103-16.619) utilizado pela decisão recorrida para sustentar a manutenção do auto de infração, conclui-se que não há qualquer elemento de identidade com o presente caso;

- que obteve declarações de inúmeras promotoras de vendas por ela contratadas, confirmando que a CACIQUE PROMOTORA efetuava a análise, formalização e encaminhamento das operações que ela captava;

- que, além de apresentar toda a documentação possível (contratos, notas fiscais, pagamentos e escrituração contábil), que não foi contestada ou declarada irregular, se viu obrigado a efetuar diligências que caberiam ao Fisco;

- que a jurisprudência do antigo Conselho de Contribuintes se posicionou no sentido de que a glosa das despesas é legítima quando há a identificação, por parte da Fiscalização, de indícios graves, precisos, definidos e concordantes, apontando e convergindo num único sentido, que autoriza a presunção de que, efetivamente, não ocorreu a prestação dos serviços;

- que, se a Fiscalização tivesse dúvidas sobre a documentação de suporte dos gastos, antes de presumir a duplicação dos dispêndios, forçosa seria a conclusão de que essa duplicação teria que atender algum fim escuso, como seria, por exemplo, o caso de algum tipo de economia tributária, o que não foi o caso;

- que não deve ser esquecida a tarefa de diligência a diversos prestadores de serviços para obter declarações que confirmam a prestação de serviços, anexadas à impugnação.

### DESPESAS DECORRENTES DOS CONVÊNIOS COM ÓRGÃOS PÚBLICOS

- que o acórdão recorrido apresenta fundamentação superficial, desprovida do detalhamento e análise dos argumentos de defesa apresentados na impugnação;

- que os valores pagos ou descontados – a depender dos termos do convênio, a modalidade de ressarcimento varia – para viabilizar os empréstimos concedidos estão inseridos na regra geral de necessidade, usualidade e normalidade das despesas, para fins de dedução na apuração do lucro real;

- que é insubsistente o lançamento com base em suposto não enquadramento da despesa como “operacional”;

- que, no caso, não se trata de remuneração pela prestação de serviços de intermediação de negócios, mas, sim, de ressarcimento dos custos incorridos pelos órgãos públicos na execução dos convênios, conforme previsão legal e regulamentar a respeito da consignação em folha de pagamento de servidores públicos;

- que, para a formação de livre convicção e em atendimento ao princípio da verdade material, protestou, alternativamente, pela posterior juntada de documentos e a realização de diligência, caso a Turma Julgadora *a quo* entendesse necessário ao deslinde da questão.

### DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO

- que a Fiscalização, ao analisar a reestruturação societária, expressamente reconheceu a existência do ágio;

- que, pela análise da decisão recorrida, nota-se que a Turma Julgadora justificou a manutenção dos lançamentos com base em outros argumentos, que não foram, em nenhum momento, citados pela Fiscalização para fundamentar as autuações fiscais;

- que, no entendimento da Turma Julgadora, os pressupostos do ágio não teriam sido preenchidos, porquanto ela (i) não recebeu nenhuma participação societária nas incorporações do CACIPAR e da TRANCOSO; e (ii) teria contabilizado o próprio ágio (ágio interno), o que seria vedado pela CVM;

- que as premissas que serviram de suporte para a conclusão da Turma Julgadora de primeiro grau (existência de “inchaço contábil fruto de abuso de direito” e “duplicação de ágio”) não foram, em nenhum momento, invocadas pela Fiscalização para fundamentar a glosa da despesa;

- que a apresentação pela Turma Julgadora de primeiro grau de novos argumentos para aperfeiçoar o lançamento realizado pela Fiscalização deve ser rechaçada;

- que a Turma Julgadora de primeiro grau ignorou a maioria dos argumentos expostos na peça impugnatória, violando, assim, o princípio da ampla defesa e do contraditório<sup>1</sup>;

- que a etapa preliminar da operação que resultou no surgimento do ágio (aquisição pela TRANCOSO das quotas da CACIPAR) é regida pelo *caput* e parágrafo 1º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77;

- que o direito à amortização do ágio está previsto no art. 386, inciso III, parágrafo 2º do RIR/99;

- que é totalmente equivocada a conclusão a que chegou a Turma Julgadora de primeiro grau, pois confundiu momentos distintos (o do surgimento do ágio e o correspondente ao direito de sua amortização), ignorando, dessa forma, os atos societários que efetivamente ocorreram;

- que, além de nunca ter sido cogitado pela Fiscalização a “existência de ágio interno”, a Turma Julgadora de primeiro grau concluiu de forma equivocada de que o ágio teria sido apurado com base na rentabilidade futura do próprio recorrente;

- que, considerando-se que o patrimônio líquido representa a diferença entre o valor dos ativos e o dos passivos e que o patrimônio líquido da CACIPAR refletia justamente sua participação no recorrente (entre outros), por óbvio que o laudo de avaliação de sua rentabilidade futura teria que se referir, em última análise, à rentabilidade futura da investida, ou seja, do próprio recorrente e das demais controladas;

- que o nascimento do ágio decorreu de negócio celebrado entre Grupos Econômicos distintos;

- que o único motivo capaz de impedir o aproveitamento do ágio seria o descumprimento do disposto no parágrafo 2º do art. 386 do RIR/99, o que não ocorreu no presente caso;

- que, conforme se verifica da simples leitura dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, o ágio gerado na aquisição de investimentos será amortizado caso a adquirente incorpore a adquirida, ou a adquirida (CACIPAR/RECORRENTE) incorpore a adquirente (TRANCOSO);

- que o ágio nasceu em razão da compra e venda celebrada entre empresas diversas, pertencentes a Grupos econômicos distintos, o que por si só deixa evidente o equívoco cometido pela Turma Julgadora de primeiro grau ao falar em “ágio de si mesmo”;

- que não existem dois ágios, mas apenas um, que foi gerado em único momento, qual seja: a aquisição das quotas da CACIPAR pela TRANCOSO.

<sup>1</sup> A recorrente afirma que a autoridade julgadora de primeira instância não apreciou os seguintes argumentos: a) rentabilidade futura como fundamento do ágio - cumprimento dos requisitos legais; b) legalidade das operações; c) inexistência de "sociedade veículo" - aproveitamento do ágio independentemente da criação da TRANCOSO e existência de propósito negocial; e d) inexistência de previsão legal para a adição, na base de cálculo da CSLL, da despesa com ágio.

Adiante, a Recorrente renovou argumentos expendidos na peça impugnatória que, segundo ela, não foram apreciados pela Turma Julgadora de primeiro grau, quais sejam: i) rentabilidade futura como fundamento do ágio - cumprimento dos requisitos legais; ii) legalidade das operações; iii) inexistência de "sociedade veículo" - aproveitamento do ágio independentemente da criação da TRANCOSO e existência de propósito comercial; iv) inexistência de previsão legal para a adição, na base de cálculo da CSLL, da despesa com ágio; e v) ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa.

Esta Primeira Turma Ordinária, em sessão realizada em 07 de agosto de 2012, resolveu converter o julgamento em diligência (Resolução nº 1301-000.075) para que a unidade administrativa de origem intimasse a contribuinte a:

i) apresentar original e tradução, realizada por tradutor juramentado, do estudo aportado ao processo às fls. 2.366/2.407, elaborado por UBS PACTUAL;

ii) apresentar toda e qualquer documentação que possibilitasse aferir a data e os responsáveis pela elaboração do estudo de fls. 2.366/2.407;

iii) esclarecer o significado da expressão PROJECT HARLEY na capa do documento de fls. 2.366/2.407;

iv) apresentar toda e qualquer documentação capaz de demonstrar que o Relatório produzido pela empresa KPMG Corporate Finance Ltda. (fls. 629/667) tomou por base o estudo de fls. 2.366/2.407.

Intimada pela Delegacia Especial de Instituições Financeiras em São Paulo (fls. 3.173), a contribuinte trouxe aos autos os esclarecimentos de fls. 3.175/3.184, por meio do qual apresenta resumo das operações societárias realizadas, presta informações e anexa documentos.

É o Relatório.

## Voto Vencido

Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães

Atendidos os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo.

Passo, pois, a apreciar os argumentos expendidos na peça recursal.

### DESPESAS DECORRENTES DE SERVIÇOS PRESTADOS PELA CACIQUE PROMOTORA

Relativamente à glosa da despesa em referência, a autoridade autuante assinalou:

..., ficou constatado que o Banco Cacique aplicou, no decorrer de 2008, o percentual de 8% sobre os créditos de produção de terceiros correspondentes, produção esta que representava serviço já objeto de contrato de serviço firmado com os prestadores diretamente, e cuja despesa correspondente já havia sido contabilizada por vezes à rubrica 8176300069 e por vezes à rubrica 71.

Ora, se o serviço foi efetivamente prestado pelas prestadoras terceirizadas, conforme definido em contrato, e resultou em registro em despesa e efetivo pagamento destas, necessário não se torna a despesa paga a coligada CACIQUE PROMOTORA, relativamente a 8% sobre os créditos deles advindos uma vez que quanto a estes, não se comprova a efetiva prestação de serviços por parte da CPV.

Por amostragem (fls. 1.569), devido ao grande volume de informações envolvidas, buscamos juntar os valores contabilizados à conta 69 e/ou 71 (demonstrados nas planilhas entregues pelo contribuinte), com os contabilizados a conta 81 (demonstrados no relatório terceiros), para a prestação de serviço realizada por terceiros, comprovando a nossa conclusão para vários correspondentes e/ou lojistas. Devendo ser observado que o valor da despesa varia, tendo em vista que para a composição do valor a pagar aos correspondentes, tem-se por base os percentuais incidentes sobre os financiamentos, os quais variam de acordo com o prazo dos mesmos, já em relação ao valor a pagar a coligada CPV, fixou-se o percentual em 8% dos financiamentos.

Sendo certo então que tais valores de despesas referentes a serviços prestados por terceiros (correspondentes), não deveria ter servido de base ao cálculo da despesa contabilizada a rubrica 81, no decorrer de 2008, devendo então parte da despesa lançada à rubrica 81 ser glosada ( $R\$455.927.071,34 * 8\% = 36.474.165,71$ ).

A autoridade julgadora de primeira instância, por sua vez, partindo da análise dos contratos trazidos ao processo (anexo I) concluiu que:

a) todo o trabalho de obtenção da documentação dos clientes, elaboração dos respectivos contratos e processamento das informações em sistema do Recorrente, compete às denominadas PROMOTORAS DE VENDAS;

b) o Recorrente é responsável pela verificação dos procedimentos acima, cabendo-lhe, de forma exclusiva, a liberação do produto líquido de cada empréstimo ou financiamento;

c) as condições contratuais estabelecidas indicam que o Recorrente mantém contato direto com as PROMOTORAS DE VENDAS, sem qualquer interferência da CACIQUE PROMOTORA DE VENDAS;

d) relativamente às declarações juntadas ao processo, seu exame restou prejudicado, haja vista a não anexação dos respectivos contratos com o Recorrente; e

e) é inconcebível que o Recorrente tenha contratado duas empresas para fazer o mesmo serviço em cima de cada contrato de empréstimo financeiro.

Pelo que se depreende do esposado na peça recursal, a despesa em questão decorre do fato de que a CACIQUE PROMOTORA DE VENDAS, além de captar novos negócios, realiza a análise de documentação e formaliza as operações de crédito captadas pelas PROMOTORAS TERCEIRIZADAS, o que justificaria o pagamento feito a ela por conta de serviços prestados relacionados aos citados terceirizados.

Nessa linha, esclarece o Recorrente:

...

1) Quando as Promotoras captam possíveis interessados na obtenção de créditos e financiamentos, as etapas de formalização da operação de crédito é desenvolvida em conjunto entre as Promotoras e a CACIQUE PROMOTORA, ou mesmo isoladamente por esta, quando as Promotoras se restringem a indicar o cliente, deixando toda a tarefa de formalização da operação a seu encargo;

2) Normalmente, as promotoras de venda captam possíveis clientes e recebem documentação que suportará o empréstimo/financiamento, realizando, quando possível, análise prévia;

3) Em seguida, enviam à filial da CACIQUE PROMOTORA mais próxima, a quem incumbe verificar o cumprimento de todas as regras internas do Recorrente e do BACEN;

4) Quando necessário, a CACIQUE PROMOTORA requisita documentos faltantes às demais promotoras de vendas. Além disso, confere a entrada das operações, no sistema do Recorrente, quando tais promotoras transmitem eletronicamente a operação;

5) Quando as Promotoras não estão aptas a transmitir eletronicamente as operações captadas, a CACIQUE PROMOTORA assume esta tarefa, com todos os encargos subjacentes, conforme fluxo operacional acima descrito;

6) Após cumprido todo o procedimento necessário e formalizada a operação, a CACIQUE PROMOTORA encaminha, para arquivo do Recorrente, a documentação que serviu de suporte para a concessão do crédito;

...

Em conclusão, esclarece o Recorrente que, nesses casos, remunera a ambas as entidades, vez que houve dupla prestação de serviços (intermediação pura por parte das PROMOTORAS DE VENDA e formalização, conferência documental e outras atividades por parte da CACIQUE PROMOTORA).

Para sustentar a tese de que a despesa apropriada na conta 81 (PRODUÇÃO DE TERCEIROS NA REDE PROMOTORA) revelou-se desnecessária, haja vista que os serviços remunerados já haviam sido objeto de cômputo nas contas 69 e 71, a Fiscalização reuniu aos autos as planilhas de fls. 1.569/1.578, que representam amostragem de valores que foram considerados nas contas 81, 69 e 71 para os mesmos prestadores.

Com a devida permissão, a alegação de que a glosa das despesas ora sob apreço derivou,  *muito provavelmente*, da falta de conhecimento da estrutura envolvida nas operações, não se sustenta, eis que referida estrutura e a fórmula de cálculo da remuneração do suposto serviço não apresentam complexidade digna de incompreensão.

Desnecessário, pois, a meu ver, a formalização de intimação visando entender a razão pela qual a fórmula de cálculo da remuneração, em alguns casos, considerava valores gerados por outras promotoras de vendas.

Discordo, também, do argumento de que a “*referida glosa – baseada na suposta inexistência da prestação de serviços – não foi acompanhada por qualquer indício, prova, suposição ou qualquer pecha que pudesse maculá-lo*”, pois, como já relatado, a autoridade autuante: a) esclareceu que o Recorrente, para fins de determinação do montante da despesas, aplicou o percentual de 8% sobre os créditos de produção de terceiros correspondentes; b) informou que tal produção representava serviço que já havia sido objeto de contrato firmado diretamente com os prestadores; c) apresentou planilha em que busca demonstrar, por amostragem, que, por conta de serviços prestados, as promotoras de venda terceirizadas foram remuneradas, sendo os valores correspondentes contabilizados em outras contas; e d) destacou que a mera aplicação de 8% sobre os empréstimos/financiamentos revelou incoerência na remuneração dos serviços prestados por correspondentes, vez que a despesa tem valor variável, uma vez que toma por base percentuais incidentes sobre financiamentos, que variam conforme o prazo dos referidos financiamentos.

Não tenho dúvida acerca da plausibilidade da estrutura operacional descrita pelo Recorrente. Contudo, não é exatamente esta a questão a ser dirimida, mas, sim, se foram colacionados aos autos elementos capazes de autorizar o afastamento das conclusões esposadas pela autoridade responsável pelo procedimento fiscal, isto é, de remuneração desnecessária de serviços, haja vista a apropriação, em outras rubricas contábeis, de dispêndio de igual natureza, revelando, assim, duplicidade de registros de despesas.

Nesse contexto, o fato de um dos componentes da Turma Julgadora de primeira instância acolher a tese expendida na peça impugnatória, com a devida permissão, não traz qualquer subsídio à solução da controvérsia.

A alegação de que o acórdão recorrido não aponta, *de forma objetiva e inquestionável*, a fundamentação que suportaria a glosa da despesa, também não encontra respaldo, eis que o voto condutor da referida decisão deixa claro (como já relatado): a) que a “questão” limita-se à conclusão acerca da necessidade ou não da despesa apropriada; b) que a análise dos contratos apresentados indicam que o Recorrente mantém contato direto com as PROMOTORAS DE VENDAS, sem qualquer interferência da CACIQUE PROMOTORA DE VENDAS; e c) que, considerados os elementos apreciados, revela-se inconcebível que o Recorrente tenha contratado, por conta de cada contrato de empréstimo financeiro, duas empresas para fazer o mesmo serviço.

Debruçando-se sobre as declarações juntadas ao processo pelo ora Recorrente, esclareceu a autoridade julgadora que seu exame restou prejudicado, haja vista a não anexação dos respectivos contratos com o Recorrente.

A referência feita na decisão de primeira instância a pronunciamento do então Primeiro Conselho de Contribuintes, à evidência, presta-se, tão-somente, para fortalecer o entendimento de que, tratando-se de despesa com prestação de serviços, a sua dedutibilidade está condicionada à comprovação da sua efetividade.

No caso vertente, em que a prestadora dos serviços é controladora do Recorrente, detendo 100% do seu capital, os cuidados na manutenção em ordem e boa guarda dos documentos que servem de suporte para os registros feitos a título de despesa devem ser redobrados (a Fiscalização ressalta que os instrumentos contratuais firmados entre o Recorrente e a CACIQUE PROMOTORA DE VENDAS são assinados por pessoas que exercem poder decisório em ambas as empresas, sendo que, ora assinam como representante de uma, ora como representante da outra).

Repiso que o que se encontra em discussão não é o fato de as promotoras de vendas, eventualmente, não disporem de estrutura física e operacional para realizar a análise da documentação e demais procedimentos relacionados às operações de crédito, mas, sim, a comprovação de que tais serviços, quando efetuados pela CACIQUE PROMOTORA, foram contabilizados na conta 8176300081, tendo sido remunerados com o percentual de 8% sobre a produção das referidas promotoras de venda, e, principalmente, não se confundem com os registrados nas contas 8176300071 e 8176300069.

Intimada a apresentar a composição dos valores registrados nas contas 8176300081; 8176300071; 8176300045; e 8176300069, bem como a respectiva documentação de suporte, conforme Termo de fls. 76, o Recorrente prestou os seguintes esclarecimentos:

a) ITEM 1 - Apresentamos em meio magnético a composição dos valores lançados nas contas 817.63.00.045, 817.63.00.069, 817.63.00.071 e 817.63.00.081.

b) ITEM 2 - No respectivo arquivo em meio magnético consta a abertura de informações solicitadas, tais como número da NF, nome do fornecedor/prestador do serviço, valor da nota fiscal/recibo, data do pagamento e data da contabilização.

c) ITEM 3 - Arquivo apresentado de acordo com as especificações.

d) ESCLARECIMENTOS - Conta 817.63.00.045 - COBRANÇA SOCIEDADES LIGADAS - Trata-se de serviço prestado pela empresa controlada COBRACRED COBRANÇA ESPECIALIZADA LTDA. Esta empresa presta serviços de cobrança para o BANCO CACIQUE conforme contrato de prestação de serviços entre as partes, e o valor cobrado é sobre o êxito na cobrança de contratos em atraso. Anexamos ao presente documento cópia do faturamento de dezembro de 2008, bem como o contrato de prestação de serviço e aditivos contratuais.

e) ESCLARECIMENTOS - Conta 817.63.00.069 - SERVIÇOS PRESTADOS - ANALISE DE CRÉDITO - Trata-se de serviços de correspondentes bancários, que fazem o processo de captação e aprovação de propostas de financiamentos/créditos pessoais. Os pagamentos são feitos baseados em produções desses correspondentes bancários através de apresentação de NFS, conforme tratativas comerciais entre as partes.

f) ESCLARECIMENTOS - Conta 817.63.00.071 - SERVIÇOS PRESTADOS - ANÁLISE CRÉDITO/COMISSÕES - Trata-se de acordos comerciais onde o lojista ou associações, na maioria dos casos, apresentam ou fazem intermediações de operações de crédito, recebendo uma comissão, que quando lojistas, o crédito é feito em borderô de pagamento e quando associações o pagamento é feito após apresentação de recibos, sendo que em ambos os casos há a retenção do IRF de 1,5%.

g) ESCLARECIMENTOS - Conta 817.63.00.081 - SERVIÇOS PRESTADOS SOCIEDADE LIGADA - Trata-se de serviços de correspondente bancário pela controlada CACIQUE PROMOTORA DE VENDAS LTDA. ao Banco Cacique. Há contrato entre as partes, e a prestação de serviços está baseado na produção de contrato de financiamentos/crédito pessoal da CACIQUE PROMOTORA DE VENDAS.

Às fls. 1.239/1.241, consta cópia de CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS em que o Recorrente contrata à CACIQUE PROMOTORA DE VENDAS LTDA. os seguintes serviços: encaminhamento de documentação dos financiamentos; execução de cobrança amigável; e outros serviços de controle, inclusive os informatizados de operações de financiamento pactuadas por ele.

No que diz respeito à remuneração pelos serviços prestados, o referido contrato estabelece:

4) Pela prestação de serviços referida na cláusula primeira, a **PROMOTORA** receberá do **BANCO** a remuneração correspondente a até 20% (vinte por cento) do valor total dos financiamentos cuja documentação for encaminhada em cada semestre civil, definindo-se o exato percentual que prevalecerá em cada semestre, através de mútuo entendimento das partes, sendo admitidos em favor da **PROMOTORA** adiantamentos a serem feitos em cada mês, os quais serão compensados no último dia de cada semestre civil do total que for devido em favor da mesma, à título de remuneração. (GRIFOS DO ORIGINAL)

Às fls. 1.242/1.258, encontram-se reunidos aditamentos em que, especialmente, a cláusula de remuneração pelos serviços prestados é alterada. Às fls. 1.259/1.260 constam correspondências do Recorrente à CACIQUE PROMOTORA DE VENDAS confirmando que no período de 27 de outubro de 2008 à 25 de dezembro de 2008 a remuneração pelos serviços seria de 8% sobre a base de cálculo definida contratualmente.

Por meio de TERMO DE ESCLARECIMENTO (fls. 1.261/1.262), o Recorrente informou à Fiscalização:

"PRODUÇÃO ANUAL DO OPERAÇÕES DE CRÉDITO" x "DESPEAS COM SERVIÇOS PRESTADOS DE ANÁLISE DE CRÉDITO E DESPEAS COM APRESENTAÇÃO DE NEGÓCIOS".

Fomos indagados por V.Sas., em relação ao total de valores pagos pelo BANCO CACIQUE S/A, para a CACIQUE PROMOTORA DE VENDAS S/A, para LOJISTAS FILIADOS AO BANCO CACIQUE e para PROMOTORAS TERCEIRIZADAS, valores esses que totalizaram em 2008 o montante de R\$ 194.898.652,16, registrados nas contas contábeis a seguir:

817.63.00.069 - Serviços prestados - Análise de Crédito R\$ 37.218.161,43

817.63.00.071 - Serviços prestados - Análise de Crédito/Comissão R\$ 39.471.206,85

817.63.00.081 - Serviços prestados - P.J. Sociedade Ligada R\$ 118.209.283,88

Nos TERMOS DE ESCLARECIMENTOS 97/2010 e 98/2010 que nesta data entregamos à V.Sas., em relação às contas 817.63.00.069 e 817.63.00.071, elucidamos a finalidade daquelas contas, identificando os respectivos valores lançados, ficando a necessidade de esclarecer o montante da conta 817.63.00.081 - Serviços prestados - P.J. Sociedade Ligada.

A conta retro mencionada, registra o montante de remuneração paga pelo BANCO CACIQUE S/A à sua controlada CACIQUE PROMOTORA DE VENDAS LTDA, pelos serviços que são prestados no decorrer do ano-calendário de 2008, assim demonstrada:

A base do valor pago a CACIQUE PROMOTORA DE VENDAS LTDA., resume-se ao percentual acordado entre as partes (8% em 2008) sobre a produção de contratos de empréstimos (CP-Carteira Sysin) produzido nas filiais da CACIQUE PROMOTORA DE VENDAS LTDA. e encaminhados ao BANCO CACIQUE S/A., além daqueles contratos de CDC produzido pelos LOJISTAS FILIADOS ao BANCO CACIQUE, acrescido da produção de contratos de CP produzidos pelas PROMOTORAS TERCEIRIZADAS, pois cabe a CACIQUE PROMOTORA DE VENDAS LTDA. o controle administrativo destas produções, conforme contrato firmado entre as partes.

Desta forma, na produção a ser faturada pela CACIQUE PROMOTORA DE VENDAS LTDA., incluem-se os créditos de sua própria produção, além daqueles oriundos da produção dos LOJISTAS FILIADOS e das PROMOTORAS TERCEIRIZADAS.

Do Termo de Verificação (fls. 1.605/1.613), releva destacar os seguintes pontos:

1. intimado a apresentar a composição da base de cálculo relativa à despesa em questão (conta 817.63.00.081), o Recorrente apresentou documentos por meio dos quais foi possível extrair os seguintes elementos:

LOJAS PRÓPRIAS/CALL CENTER E LOJISTAS

CRÉDITO: 1.021.616.534,34

DESPESA (8% DO CRÉDITO): 81.729.322,75

CORRESPONDENTES

CRÉDITO: 455.927.071,34

DESPESA (8% DO CRÉDITO): 36.474.165,71

2. os documentos fornecidos pelo Recorrente permitiram também efetuar a seguinte segregação, relativamente aos créditos que serviram de base para a determinação do valor da despesa:

CALL CENTER.....26.867.018,42

LOJAS PRÓPRIAS.....366.498.948,96

LOJISTAS.....628.250.566,70

3. intimada a apresentar os instrumentos contratuais firmados com os LOJISTAS, o Recorrente apresentou contratos (PADRÃO) denominados CONTRATO DE FILIAÇÃO DE LOJISTA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, em que a CACIQUE PROMOTORA DE VENDAS é parte;

4. no contrato acima referenciado, são os seguintes os serviços a serem prestados pela CACIQUE PROMOTORA: *“Para consecução dos financiamentos a serem concedidos com base neste contrato a PROMOTORA se compromete a prestar os seus serviços compreendendo os contatos com clientes da lojista visando a formalização do financiamento pretendido, colhendo os dados e documentação necessários, bem como promovendo a respectiva análise de crédito e de cadastro, ou de outra forma conforme o contido no anexo nº 01, deste”*;

5. não obstante as informações prestadas pelo Recorrente no curso da ação fiscal, destaca a autoridade autuante que os serviços prestados pelas promotoras terceirizadas, definidos em CONTRATO PADRÃO, eram, basicamente, os seguintes: coleta de documentos; análise e pré-aprovação de créditos; formalização das cédulas de crédito bancários e dos demais documentos necessários com preenchimento e obtenção das assinaturas dos pretendentes; preparação e digitação de cada operação em sistema disponibilizado pelo Banco, que em seguida obterá a aprovação ou não da consignação pretendida junto ao INSS.

6. as despesas decorrentes dos contratos referenciados no item 5 acima foram contabilizadas nas contas 817.63.00.069 e 817.63.00.071 (cópia dos contratos no ANEXO I do presente processo);

7. demonstrativo elaborado pela autoridade fiscal autoriza concluir que a utilização do percentual de 8% para cálculo da despesa com a CACIQUE PROMOTORA DE VENDAS representou, em última análise, a utilização de quase a totalidade dos créditos gerados (R\$ 1.477.616.028,50 de R\$ 1.595.690.270,68), de modo que a diferença (R\$ 118.074.242,18<sup>2</sup>) não pode justificar a apropriação de despesas de R\$ 37.218.161,43 na conta 817.63.00.069 (Promotoras Terceirizadas) e R\$ 39.471.206,85 na conta 817.63.00.071 (Lojistas e Associações)<sup>3</sup>.

No mais, noto que o Recorrente não aporta aos autos razões e documentos para contraditar a planilha de fls. 1.569/1.578, elaborada pela autoridade fiscal com o intuito de confirmar sua conclusão no sentido de ter havido duplicidade na apropriação das despesas com serviços prestados pelos denominados terceiros correspondentes, bem como não traz argumentos capazes de elidir as conclusões apresentadas no Termo de Verificação (fls. 1.605/1.613).

Pelas razões acima expostas, tenho por inatacável a conclusão da autoridade fiscal no sentido de que *“ficou constatado que o Banco Cacique aplicou, no decorrer de 2008, o percentual de 8% sobre os créditos de produção de terceiros correspondentes, produção esta que representava serviço já objeto de contrato de serviço firmado com os prestadores*

<sup>2</sup> Houve erro de digitalização no Termo de Verificação, eis que ali restou assinalado R\$ 118.074,22.

*diretamente, e cuja despesa correspondente já havia sido contabilizada por vezes à rubrica 8176300069 e por vezes à rubrica 71”.*

Destaco que, ainda que se possa admitir que a então controlada do Recorrente, CACIQUE PROMOTORA DE VENDAS, subsidiariamente, promovia análise documental e demais procedimentos inerentes à aprovação de empréstimos e financiamentos captados por terceirizados, os dispêndios correspondentes, quando apropriados na conta 817.63.00.081, deveriam estar suportados por documentos segregados dos demais (contratos e notas fiscais), de modo a efetivamente demonstrar a prestação dos serviços e a ausência de cômputo nas rubricas 817.63.00.069 e 817.63.00.071.

### DESPESAS NÃO COMPROVADAS

Em conformidade com o Termo de Verificação – Glosa de Despesas com Serviços de Terceiros (fls. 1.605/1.613), foram analisadas as seguintes rubricas contábeis: a) 8176300071: SERVIÇOS PRESTADOS – ANÁLISE CRÉDITO/COMISSÕES/SERVIÇOS PRESTADOS-ANAL CRED/COMISS-CDC; b) 8176300069: SERVIÇOS PRESTADOS DE ANÁLISE DE CRÉDITO; e c) 8176300081: SERVIÇOS PRESTADOS – PJ SOCIEDADE LIGADA).

A apreciação da rubrica contábil 8176300081 (SERVIÇOS PRESTADOS – PJ SOCIEDADE LIGADA) foi objeto do item anterior, eis que a glosa efetuada pela Fiscalização teve fundamento distinto do considerado para as demais rubricas.

Ao promover a análise da rubrica 8176300071, a Fiscalização constatou a existência de prestadores identificados como BCAC LOGISTA C (R\$ 16.664.486,27) e BCAC ÓRGÃOS PÚBLICOS (R\$ 883.521,52), representativos do total de valores relativos a diversos prestadores de serviços.

Intimada a detalhar e a apresentar a respectiva documentação de suporte, o Recorrente, relativamente à rubrica BCAC LOGISTA C apresentou comprovantes no montante de R\$ 16.431.884,44, restando não comprovado o total de R\$ 232.601,83, representativo da diferença entre o total contabilizado (R\$ 16.664.486,27) e o lastreado em documentos (R\$ 16.431.884,44).

Relativamente ao BCAC ÓRGÃOS PÚBLICOS (R\$ 883.521,52), a Recorrente informou que o valor foi indevidamente escriturado na conta 8176300071, pois deveria ter sido registrado na conta 817.54.00.004, por tratar-se de desconto que o convênio público faz ao repassar os valores descontados dos funcionários públicos. Para a Fiscalização, contudo, tal fato não restou comprovado.

A questão, como se vê, a exemplo da apreciada no item anterior, limita-se à comprovação dos dispêndios apropriados na apuração do resultado fiscal, quais sejam: R\$ 232.601,83 do total de R\$ 16.664.486,27; e R\$ 883.521,52, apropriados na conta 8176300071 como BCAC LOGISTA e BCAC ÓRGÃOS PÚBLICOS, respectivamente.

As glosas promovidas pela Fiscalização foram mantidas pela Turma Julgadora de primeira instância com base no argumento de que não foram trazidos aos autos elementos de comprovação dos valores apontados nas peças acusatórias. A referida autoridade julgadora destaca que, para o montante apropriado de R\$ 16.644.486,27, o Recorrente produziu documento com seis colunas e mais de cento e cinquenta e três mil linhas, porém, só conseguiu

comprovar o valor de R\$ 16.431.884,44, restando, assim, como não comprovado o total de R\$ 232.601,83. Para o valor de R\$ 883.521,52, assegura a decisão *a quo* que só foi apresentada explicação acerca de uma suposta contabilização indevida na conta auditada, isto é, não foram apresentados documentos capazes de justificar a despesa.

Observo que, em sede de impugnação, o Recorrente não trouxe qualquer explicação ou documentos que possibilitasse considerar insubsistente a diferença apontada de R\$ 232.601,83. Relativamente aos supostos dispêndios incorridos na celebração de convênios, limitou-se a afirmar:

...

135. Deve se notar, ainda, que o ressarcimento de custos aos órgãos públicos apresenta valores unitários, em geral, deveras reduzido, isto é, R\$ 2,00 por linha, R\$ 95 mensais, R\$ 0,59 por linha, entre outras.

136. Isso significa dizer que a composição da despesa de mais de R\$ 883 mil compreende centenas de milhares de lançamentos, bem como número equivalente de documentos e de cruzamentos de dados, motivo pelo qual a Impugnante protesta pela posterior juntada de documentos e a realização de diligência, caso esta E. Turma de Julgamento entenda necessário ao deslinde da questão.

137. Em cumprimento ao disposto no artigo 16, inciso IV, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 ("Decreto no 70.235/72"), a diligência requerida é necessária à comprovação dos valores lançados à conta "BCAC órgãos públicos", através da análise da composição da despesa pelo confronto do elevado número de documentos que a suportam.

Na peça recursal impetrada, também não encontro justificativas ou prova documental relacionada à diferença de R\$ 232.601,83. Quanto às despesas decorrentes dos convênios com órgãos públicos, a alegação do Recorrente é que a Turma Julgadora não analisou a documentação de suporte que foi submetida à sua análise. Não identifiquei, contudo, qualquer indicação de que documentação seria essa.

No mais, discorre sobre a natureza do dispêndio, sobre o fato de a modalidade de crédito vinculado ao gasto está intrinsecamente relacionada às suas atividades operacionais e sobre a necessidade do ressarcimento, por parte dele, dos custos incorridos na execução dos convênios. Não traz, porém, como já dito, nenhum indício de prova ou amostra que possibilite ao julgador criar convicção acerca da procedência da despesa.

Digna de reparo a afirmação do Recorrente de que a Fiscalização, ao fundamentar a glosa, considerou a despesa não operacional. Com o devido respeito, o fato de o enquadramento legal citado pela autoridade autuante fazer menção ao art. 299 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (RIR/99), não autoriza tal conclusão.

No recurso voluntário, a exemplo do que fez na impugnação, o autuado protesta pela juntada posterior de documentos e pela realização de diligência.

Com a devida permissão, ainda que relativa à "*centenas de milhares de lançamentos*", deveria o Recorrente ter aportado um mínimo de prova, uma amostra que fosse, que, como já disse, conduzisse ao convencimento acerca da procedência da apropriação dos referidos dispêndios na determinação do resultado fiscal.

Diante de tais circunstâncias, sou pela manutenção da glosa em questão.

### DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

Dos autos, extraio as seguintes informações:

i) em 25 de fevereiro de 2007, o Banco Société Générale Brasil S/A (Société Brasil), como COMPRADOR, e Maria Yolanda Cerqueira César Coimbra, Cesário Coimbra Neto, Sérgio Coimbra e Daniela Cerqueira César Coimbra, como VENDEDORES, ajustaram a compra e venda da totalidade das quotas da empresa CACIPAR COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA. (CACIPAR) – contrato às fls. 144/189;

ii) a aquisição da totalidade das quotas representativas do capital social da CACIPAR foi devidamente aprovada em Ata de Assembléia Geral da SOCIÉTÉ BRASIL, em 22 de fevereiro de 2007;

iii) em 07 de março de 2007 (registro na Junta Comercial do estado de São Paulo em 12 de março de 2007, fls. 114), S&A SERVIÇOS EMPRESARIAIS LTDA. e DIVA MARIA BATISTA MARTINS RAMALHO, únicas sócias de MARIGANE PARTICIPAÇÕES LTDA., cedem e transferem, a título gratuito, a totalidade de suas quotas ao SOCIÉTÉ BRASIL (em razão da mudança do controle societário em referência, a sociedade passou a denominar-se TRANCOSO PARTICIPAÇÕES LTDA. – fls. 124/131);

iv) a empresa MARIGANE PARTICIPAÇÕES LTDA. foi constituída em 16 de janeiro de 2007, com capital de R\$ 1.000,00, tendo como sócios a Sra. DIVA MARIA BATISTA MARTINS RAMALHO e a empresa S&A SERVIÇOS EMPRESARIAIS LTDA.;

v) de acordo com pesquisas efetuadas nos controles da Receita Federal em 04 de novembro de 2010, a Sra. DIVA MARIA BATISTA MARTINS RAMALHO, além de constar como sócia da empresa S&A SERVIÇOS EMPRESARIAIS LTDA., é sócia de outras vinte e três empresas, todas sem receita declarada, sem informação acerca da atividade explorada e apresentando, em sua razão social, a expressão “PARTICIPAÇÕES”;

vi) em 07 de março de 2007, SOCIÉTÉ BRASIL transfere, por meio de INSTRUMENTO DE CESSÃO, à TRANCOSO PARTICIPAÇÕES, os direitos relacionados à aquisição da totalidade das quotas da CACIPAR, objeto do contrato firmado em 25 de fevereiro de 2007 de que trata o item (i);

vii) em 22 de agosto de 2007, por meio de uma segunda alteração contratual, ingressa como sócio na TRANCOSO PARTICIPAÇÕES o Sr. ALAIN DOSSA, recebendo, a título gratuito, uma única quota (nessa mesma alteração contratual, o objeto social da referida empresa é alterado de “Participações em outras sociedades, incluindo instituições financeiras, como sócia ou acionista, no Brasil ou no exterior” para “Participação em instituições financeiras no Brasil”);

viii) em 30 de novembro de 2007 (registro na Junta Comercial do estado de São Paulo em 30 de janeiro de 2008), por meio de uma terceira alteração contratual da TRANCOSO PARTICIPAÇÕES, o SOCIÉTÉ BRASIL aporta capital no montante de R\$ 930.523.599,00;

ix) em 30 de novembro de 2007, a TRANCOSO PARTICIPAÇÕES promove o pagamento referente à compra da CACIPAR, registrando ágio de R\$ 570.563.618,89;

x) em 30 de novembro de 2007, a TRANCOSO PARTICIPAÇÕES promove aporte de capital na CACIPAR no montante de R\$ 37.000.000,00;

xi) em 30 de julho de 2008, a CACIPAR transfere a totalidade de suas ações do BANCO CACIQUE para o SOCIÉTÉ BRASIL (fls. 681);

xii) em 31 de outubro de 2008, por meio de Assembléia Geral Extraordinária do BANCO CACIQUE, são aprovados os protocolos de incorporação das empresas CACIPAR e TRANCOSO (referidas aprovações só foram registradas na Junta Comercial em 23 de abril de 2009), momento a partir do qual o ágio pago pela TRANCOSO passou a ser amortizado pelo Recorrente.

A partir de suas averiguações, a Fiscalização extraiu as seguintes conclusões (Termo de Verificação Fiscal, fls. 1.590 e seguintes):

a) o ágio pago na aquisição de uma participação societária deverá ser registrado segregado do seu valor de patrimônio líquido, não devendo ter efeitos fiscais antes da alienação ou baixa do investimento;

b) não obstante o considerado em “a”, em caso da incorporação a lei faculta benefício fiscal que propicia a amortização do ágio pago com fundamento em rentabilidade futura;

c) caso o Société Brasil tivesse contabilizado diretamente em sua escrituração o negócio realizado com ágio, não poderia este ser amortizado com o benefício fiscal concedido pelo artigo 7º da Lei nº 9.532/97;

d) considerados os elementos coligidos aos autos, resta fora de dúvida que, no caso, estamos diante de investimento feito pelo Banco Société Brasil, representado pela aquisição do controle societário da CACIPAR e, por decorrência, do Banco Cacique;

e) o SOCIÉTÉ BRASIL, alterando as condições do fato gerador, tratou de adquirir, em 07/03/2007, uma empresa veículo (“MARIGANE”), com capital social de R\$1.000,00, constituída em 16/01/2007, aparentemente transferindo para ela os direitos da transação efetuada, na ordem de R\$ 850.000.000,00, com o único intuito de posteriormente utilizá-la no âmbito de uma seqüência de operações societárias, que culminaria, ao término de duas incorporações reversas, com a transferência do Banco Cacique para seu controle;

f) não ficou suficientemente comprovado que o ágio pago resultou de rentabilidade futura, vez que o demonstrativo exigido por lei foi elaborado posteriormente à transação, com base em balanço levantado também em data posterior; e

g) restou comprovado que o uso da empresa Trancoso (empresa veículo), deu-se sem qualquer finalidade negocial, apenas com o intuito de tornar o ágio fiscalmente dedutível.

Tem-se, a partir de tais conclusões, que os fundamentos da autuação são os seguintes: falta de efetiva comprovação do fundamento econômico do ágio (rentabilidade futura) e utilização de empresa-veículo para fins de viabilização da dedução do ágio.

A Turma Julgadora de primeira instância, apreciando a defesa inicial impetrada pelo autuado e tomando por base a “demonstração” elaborada pela KPMG, concluiu que as análises empreendidas para fins da determinação da rentabilidade futura tiveram por suporte, quase que exclusivamente, as operações do BANCO CACIQUE, ou seja, a CACIPAR era uma empresa holding e o ágio apurado na sua aquisição decorreu do valor econômico-financeiro do BANCO CACIQUE.

Nessa linha, partindo do entendimento de que os pressupostos do ágio é a aquisição de participação societária e o seu fundamento econômico, concluiu a autoridade julgadora de primeira instância que, ao incorporar a CACIPAR e a TRANCOSO, o Recorrente não recebeu qualquer participação societária, visto que as próprias ações não são participações societárias, haja vista que nenhuma empresa participa de si mesma.

Para a autoridade julgadora *a quo*, o motivo que justificou a contabilização do ágio na TRANCOSO foi a rentabilidade futura do BANCO CACIQUE (ora Recorrente), motivo esse que não poderia prevalecer na incorporação, pois não se pode justificar o registro na contabilidade de rentabilidade futura de si próprio.

Na avaliação do Recorrente, a linha de raciocínio empregada pela Turma Julgadora de primeiro grau representou inovação na fundamentação da autuação.

Penso que a argumentação esposada pelo voto condutor da decisão recorrida, ainda que entendida como elemento de reforço da autuação, e não de inovação, não obstante apresentar-se como correta quanto ao efeito ali vislumbrado (em última análise, dada a peculiaridade da empresa adquirida, uma *holding*, ao final do processo de reorganização societária, a incorporadora passa a amortizar ágio sobre a sua própria rentabilidade futura), não se amolda à situação enfrentada no presente processo. Isto porque, abstraindo-se de qualquer outra consideração, o ágio, em si, não foi gerado internamente, isto é, não decorreu de negócio envolvendo pessoas ligadas (ao menos tal informação não foi trazida ao processo).

De qualquer forma, se o entendimento for dirigido no sentido de que os fundamentos trazidos pela decisão de primeira instância representaram inovação em relação aos utilizados pela autoridade autuante, penso que isso não constitui razão para a invalidação do feito fiscal, vez que o que se encontra sob apreciação são os fatos e fundamentos legais trazidos pela peças de autuação. Nesse sentido, só caberia falar em nulidade do trabalho fiscal na circunstância em que a sua manutenção dependesse, ainda que indiretamente, das razões aportadas pela autoridade julgadora de primeiro grau, ou seja, na situação em que, ausente a argumentação esposada na decisão de primeira instância, os lançamentos tributários encontrar-se-iam desprovidos de sustentação.

Como se verá adiante, não é esse o caso dos autos.

Incabível também, a meu ver, a decretação de nulidade da decisão recorrida.

Na mesma linha, deixo de acolher a alegação de nulidade da decisão de primeiro grau por não ter ela apreciado a “maioria” dos argumentos da impugnação, pois, na esteira de pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não representa negação à

prestação jurisdicional o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

Creio que o acórdão recorrido enquadra-se com perfeição na situação acima descrita, pois, ao servir-se de fundamentação complementar para rejeitar a dedução da despesa, desprezou argumentos de defesa que se revelaram incompatíveis com a linha de entendimento adotada, não deixando, contudo, de solucionar, na íntegra, a controvérsia instalada no processo.

Destaco que o Recorrente renovou, em sede de recurso voluntário, toda a argumentação apresentada na peça impugnatória que, na sua avaliação, não foi apreciada na instância *a quo*, ou seja, a suposta inovação trazida pela decisão recorrida não cerceou o direito de defesa do fiscalizado, eis que não o induziu a abandonar as alegações tidas como não analisadas.

Por outro lado, por entender, em convergência com o alegado pelo Recorrente, que, ao menos em parte, a Turma Julgadora de primeira instância não interpretou adequadamente os fatos retratados nos autos, retomo, a partir da apreciação das razões de defesa a eles vinculados, os fundamentos expendidos pela Fiscalização para promover a glosa da despesa.

Nesse diapasão, destaco que o Recorrente revela contradição quando afirma que “*em momento algum a Fiscalização questionou a rentabilidade futura como fundamento do ágio*”, pois, logo adiante, reproduz excerto do Termo de Verificação Fiscal em que consta assinalado:

Muito importante torna-se ressaltar que, conforme consta DOS FATOS, **não ficou suficientemente comprovado a esta fiscalização que tal ágio, pago em 30/11/2007, foi resultante da Rentabilidade Futura**, uma vez que o demonstrativo exigido por lei como comprovação desta rentabilidade, apresentado pelo contribuinte, foi elaborado posteriormente a referida data, em julho de 2008, com base em balanço levantado em 31/12/2007, ambas as datas posteriores ao pagamento do referido ágio. (GRIFEI)

À evidência, se a autoridade fiscal diz que não restou comprovado que o ágio derivou de rentabilidade futura, ela efetivamente está questionando o referido fundamento econômico.

O Recorrente, dando aparência de emprestar pouca relevância à “demonstração” referenciada pelo parágrafo 3º do art. 385 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (RIR/99), consigna:

Vale destacar que esse dispositivo não foi regulamentado por qualquer outra norma, pelo que se **entende que qualquer “demonstração” seria suficiente à comprovação do fundamento econômico adotado, entre ele o da rentabilidade futura da coligada/controlada.** (GRIFO DO ORIGINAL)

Talvez tenha sido em razão de tal entendimento, qual seja, o de que **qualquer “demonstração”** seria suficiente à comprovação do fundamento econômico adotado, que o Recorrente tenha aportado aos autos o “estudo” do Banco UBS Pactual de fls. 2.366/2.407. Com o devido respeito, se é esse o documento por meio do qual se pretende comprovar que a rentabilidade futura encontra-se devidamente suportada pela “demonstração” exigida pela lei, o

entendimento da Fiscalização a respeito da inexistência de comprovação, no momento da aquisição, do fundamento do ágio verificado na operação, ao contrário do sustentado na peça recursal, deve persistir.

Com efeito, o referido documento produzido pelo UBS Pactual, redigido em língua inglesa, além de não ter aparência de relação com a aquisição da CACIPAR, nos termos do disposto no art. 224 do CPC, sequer deveria ser conhecido, eis que não tem efeitos legais.

Alega o Recorrente que o estudo elaborado pela KPMG, em 2008, serviu apenas como uma segunda opinião acerca do preço pago na aquisição da empresa CACIPAR.

Quanto a tal argumento, cabe apenas destacar que o que o fiscalizado deveria ter apresentado à Fiscalização era a primeira opinião, devidamente expressa na língua pátria, com conteúdo capaz de deixar fora de dúvida a expectativa de rentabilidade, em exercícios futuros, dos ativos adquiridos.

Destaco que não encontro nos autos indicativo de que o denominado “estudo do Banco UBS Pactual” tenha sido, em algum momento, apresentado à autoridade fiscal.

Este fato, por si só, já seria suficiente à manutenção da glosa efetuada pela Fiscalização, isto é, para dirimir a controvérsia, eis que o registro do ágio foi feito sem suporte documental, no caso, sem a comprovação de seu fundamento econômico, seja em razão de o documento produzido pela KPMG ser posterior ao registro, seja pelo fato de o documento emitido pelo UBS Pactual não produzir efeitos legais.

Não obstante, decidiu esta Turma Julgadora oportunizar meios ao Recorrente para que ele prestasse esclarecimentos complementares acerca do documento elaborado pelo UBS Pactual.

Em vista disso, em atendimento à intimação formalizada em procedimento de diligência, o Recorrente trouxe aos autos, entre outros, os seguintes documentos:

- fls. 3.175/3.184 - resposta à intimação formalizada, por meio da qual discorre sobre o resumo das operações societárias realizadas e presta as seguintes informações: que providenciou a tradução juramentada do que denominou LAUDO DE AVALIAÇÃO elaborado pelo UBS Pactual; que, para fins de comprovação da data da elaboração do referido Laudo, traduziu diversos documentos que retrataram as negociações entre o Grupo Cacique e o Grupo Société; que a expressão “PROJECT HARLEY” foi utilizada pelo UBS PACTUAL para designar a operação de aquisição junto à CACIPAR das empresas BANCO CACIQUE S/A e CACIQUE PROMOTORA DE VENDAS S/A; e que apresenta quadro-demonstrativo comprovando que o critério de avaliação adotado pela KPMG teve como premissa a mesma metodologia do UBS Pactual, tendo, inclusive, acesso ao estudo elaborado pela referida instituição;

- fls. 3.249/3.416 - documento denominado PROJECT HARLEY, em língua inglesa;

- fls. 3.419/3.467 - cópia de tradução juramentada do documento denominado PROJECT HARLEY;

- fls. 3.497/3.532 – cópia de documento em língua inglesa;
- fls. 3.534/3.575 - cópia de correspondências diversas, traduzidas por tradutor juramentado;
- fls. 3.578/3.581 - ata notarial atestando a existência de mensagens eletrônicas;
- fls. 3.583/ 3.620 – cópia da avaliação feita pela KPMG;
- fls. 3.622/3.647 - cópia de documento denominado Parecer Técnico Contábil.

A documentação apresentada pelo Recorrente não deixa dúvida acerca das tratativas e de uma possível avaliação do Grupo Cacique. Porém, não é isso que se questiona, mas, sim, o fato de, intimada no curso da ação fiscalizadora a comprovar o atendimento de requisito que lhe daria direito a amortizar o ágio supostamente incorrido na aquisição de participação societária, ter apresentado um LAUDO elaborado em data posterior à realização do negócio.

Como dito, não obstante a existência de indícios da realização de estudo prévio acerca do valor das empresas que se pretendia adquirir, penso que não se pode admitir que um documento que, destaque, sequer foi submetido ao crivo da autoridade fiscalizadora, desprovido de assinatura, de data de emissão, e que, inclusive, registra textualmente que não pode ser garantida a exatidão ou perfeição de qualquer material nele apresentado, possa suprir a DEMONSTRAÇÃO a que faz referência o parágrafo 3º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, viabilizando assim o aproveitamento de benefício fiscal de tão elevada dimensão.

Ao procurar demonstrar que o LAUDO DE AVALIAÇÃO elaborado pela KPMG baseou-se no estudo efetuado pelo UBS PACTUAL, o Recorrente, contraditoriamente, assinala:

[...]

Deste modo, não obstante a KPMG tenha tomado como *Base de informações* o laudo de avaliação elaborado pelo UBS Pactual e outros documentos fornecidos pelo Sociéte Générale, **fato é que seu estudo foi pautado em uma análise independente e crítica**, como se infere de diversas passagens de seu parecer:

- "O objetivo dos nossos trabalhos foi **efetuar, de forma independente**, a avaliação econômico-financeira da Cacipar, com base na rentabilidade futura, para servir de referência na análise do fundamento do ágio pago na aquisição do seu capital social." - fl. 03;

- "**Nossa avaliação está fundamentada, substancialmente, em informações e premissas fornecidas pela Administração da Empresa, ajustadas segundo nossa própria visão quanto à razoabilidade destas.**" - fl 05;

Tal fato reforça que o laudo de avaliação elaborado pelo UBS Pactual, à época da aquisição da Cacipar, é suficiente para sustentar o ágio pago com base na sua expectativa de rentabilidade futura, tanto que o valor econômico-financeiro apurado pela KPMG de R\$ 991 milhões, ratificou a margem prevista pelo UBS Pactual, qual seja, entre R\$ 890,07 milhões a R\$ 994,79 milhões.

(GRIFEI)

Com o devido respeito ao esforço envidado pelo Recorrente, o esclarecimento acima reproduzido apenas reafirma o fato de que o LAUDO DE AVALIAÇÃO que serviu de lastro para o registro do ágio foi elaborado em data posterior à operação da qual ele resultou, restando não atendida, assim, a condição preconizada pela legislação de regência.

À evidência, os fragmentos transcritos pelo próprio Recorrente, ao consignar afirmação no sentido de que o estudo realizado foi pautado em uma análise independente e fundamentada, substancialmente, em informações e premissas fornecidas pela Administração da Empresa, ratifica o entendimento de que não existe relação entre o Laudo de Avaliação elaborado pela KPMG e o estudo supostamente elaborado pelo UBS Pactual.

Para que não se alegue que a maioria dos argumentos de defesa deixaram de ser apreciados, avanço às demais questões referenciadas na peça recursal.

Sustentando a legalidade das operações praticadas, afirma o Recorrente que todas as operações realizadas foram registradas nos órgãos competentes.

Contudo, não é essa exatamente a conclusão que se extrai dos autos.

Com efeito, no Termo de Verificação Fiscal (fls. 1.583), a autoridade autuante assinala que, por tratar-se de operação de transferência/aumento de participações societárias em instituição financeira, intimou a TRANCOSO (por meio da incorporadora, o Recorrente) e o SOCIÉTÉ BRASIL a apresentar as solicitações prévias previstas na legislação de regência.

Em atendimento, foram apresentados documentos relacionados a protocolo no Banco Central do Brasil e na Secretaria de Direito Econômico.

Restou verificado, entretanto, que apesar de o SOCIÉTÉ BRASIL já ter transferido formalmente os direitos de aquisição do BANCO CACIQUE para a TRANCOSO, nas autorizações analisadas não foi feita qualquer referência à citada empresa (TRANCOSO). Ressalta a Fiscalização que o SOCIÉTÉ BRASIL apresentou documento protocolado na Secretaria de Direito Econômico, em 16 de março de 2007, onde ele e o Recorrente descrevem a operação realizada em 25 de fevereiro de 2007 (ajuste de compra da CACIPAR), mas não fazem qualquer referência à cessão de direitos (à TRANCOSO) em 07 de março de 2007.

Não obstante, o registro em órgão competente e a observância das normas legais, no caso que ora se aprecia, em que a glosa da despesa repousa em um conjunto de argumentos que busca demonstrar ausência de propósito negocial e prática de artificialismo na redução das bases tributáveis, significa pretender emprestar ao formalismo importância maior que a substância econômica dos atos praticados.

Fatos como esses, conjugados com outros que adiante serão abordados, concorrem para demonstrar que a aquisição da empresa MARIGANE PARTICIPAÇÕES LTDA., que depois passou a denominar-se TRANCOSO PARTICIPAÇÕES LTDA., em que pese o cuidado que se teve com o atendimento às formalidades inerentes, objetivou, única e exclusivamente, antecipar o benefício fiscal introduzido pelo art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Como bem ressaltou a autoridade autuante, inexistente a TRANCOSO e, por decorrência, o processo de reorganização societária, o ágio pago na aquisição da CACIPAR só produziria efeitos fiscais com a alienação ou a baixa do investimento.

Contribuem, ainda, para a convicção de que a empresa MARIGANE representou no planejamento tributário engendrado veículo capaz de viabilizar o aproveitamento antecipado do ágio, os seguintes fatos:

1. relativamente à transferência dos direitos e deveres relacionados à aquisição da totalidade das quotas da CACIPAR, promovida pela SOCIÉTÉ BRASIL à TRANCOSO PARTICIPAÇÕES, no Termo de Verificação Fiscal de fls. 1.581/1.604, naquilo que importa destacar, a autoridade fiscal assinala: a) na data da citada transferência, a alteração do contrato social da MARIGANE sequer havia sido registrada na Junta Comercial; e b) a cláusula 9.5 do contrato de compra e venda das quotas da CACIPAR obrigava o comprador a notificar, de imediato, os vendedores, no caso de cessão de direitos<sup>4</sup>;

2. as decisões provenientes do Conselho de Administração e da Assembléia Geral Extraordinária do SOCIÉTÉ BRASIL foram dirigidas no sentido de autorizar a compra da CACIPAR, inexistindo manifestação de igual natureza relativa à cessão de direitos à TRANCOSO;

3. ausência de aprovação pelo Conselho de Administração do SOCIÉTÉ BRASIL do investimento efetuado na TRANCOSO, o que, dado o montante envolvido, constituía exigência do estatuto;

4. na linha do decidido em primeira instância, “a justificativa de que a Trancoso foi introduzida entre o Banco Société Generale Brasil S/A e a CACIPAR, com a finalidade de se criar uma empresa holding para separar as operações do Banco Société Generale Brasil S/A das operações do interessado”, não pode ser acolhida, já que a CACIPAR era uma empresa holding e, ao final de todo o processo de reorganização societária, SOCIÉTÉ BRASIL passou a ter participação direta no BANCO CACIQUE;

5. registra a Fiscalização, *in verbis*:

[...]

Segundo termos 3909 a 3911 (fls. 669 e seguintes), registrados em Livro 21 de transferências de ações do Banco Cacique, temos em 30/11/2007 a transferência de 4 ações para os Srs. Maxime Bernard Thibaud Perignon, Stephane Nicolas Denn e François Alain Dossa.

Em seguida, em 30/07/2008, temos novos Termos de transferência de ações (fls. 677) com transferências para Inês Claire Christine Marie Robin Merceau, Laurent Theva Thone Vann, Henfii Louis Marie Bonnet, Jean Yves Rene Bruna (todos uma ação cada) e principalmente o termo 3916 (fls.681) onde se transferem 55.062 ações do Banco Cacique, da CACIPAR para o SOCIÉTÉ BRASIL, constando a seguinte observação:

<sup>4</sup> O Recorrente sustenta que os vendedores foram devidamente notificados. Citada notificação, pelo que se pode supor, está representada pelo documento de fls. 2.408, que, não obstante ter sido datado de 08 de março de 2007, não contém uma única indicação de que foi devidamente recepcionado pelos supostamente notificados, revelando-se, assim, não hábil à comprovação pretendida.

"através do contrato de compra e venda de 25.02.2007, a CACIPAR alienou ao BANCO SOCIÉTÉ GENERALE BRASIL as 55.069 ações ordinárias pagas em 30/11/2007, processo aprovado pelo Banco do Brasil em 31/01/2008, DOU de 08/02/2008.

Desse total a CACIPAR havia transferido aos Srs. Jean Francisco G R Gaultier, Stephane N Demon e Francois Alain Dossa (30/07/2007) e Ines C.C M Robins Merceau, Laurent TT Vahn e Henri L M Bonnet e Jean Yves Rene Bruna (30.07.2008) 1 (uma) ação cada, razão da transferência de 55.062 ações, preço da quitação da CACIPAR (R\$88.372.854,00)."

Observe-se então que já em julho/2008, antes das operações de reorganização societária de incorporações reversas sucessivas (primeiro a CACIPAR e segundo a TRANCOSO) as quais veremos a seguir, o BANCO CACIQUE já havia transferido a totalidade de suas ações para o SOCIÉTÉ BRASIL, sem uso inclusive de nenhuma empresa veículo.

Se, como afirma a Fiscalização, a totalidade das ações do Recorrente já havia sido transferida para o SOCIÉTÉ BRASIL, a TRANCOSO, que, por deter 100% do capital da CACIPAR, detinha o controle indireto do BANCO CACIQUE, deixa de ter qualquer controle sobre o ora Recorrente. Não obstante, o PROTOCOLO E JUSTIFICAÇÃO DE INCORPORAÇÃO da CACIPAR pelo Recorrente, datado de 29 de outubro de 2008 (e registrado em 26 de maio de 2009), assinala que a CACIPAR era titular de 55.062 ações do Recorrente.

No que tange a tais incoerências, o Recorrente assinala:

No mais, quanto aos equívocos identificados pela Fiscalização no que tange ao registro no Livro de Transferência de Ações do Banco Cacique, é de se frisar que tais registros não eram necessários sob a ótica da legislação comercial, uma vez que as transferências de ações por incorporações não dependem desses registros em livros. Isso porque os atos societários de incorporação produzem todos os efeitos necessários à transferência das ações.

Ocorre, porém, que os registros destacados pela Fiscalização foram promovidos em data anterior ao processo de reorganização, merecendo, em razão disso, explicação mais densa acerca dos fatos retratados por ele, pois, do contrário, como é o caso, concorrem para robustecer a tese de que todo o processo de aquisição de empresa e incorporações sucessivas não tiveram propósito outro que não fosse o de antecipar os benefícios fiscais trazidos pela amortização do ágio.

Cumpra notar que a utilização da expressão "antecipação do benefício" não pode aqui ser entendida como algo capaz de suscitar que, no caso vertente, estamos diante de mera antecipação de despesa, cujos efeitos tributários seriam meramente postergatórios.

Não é isso, obviamente, eis que a antecipação do gozo do benefício tem por referência a baixa ou alienação do investimento por quem incorreu na despesa, ou a sua reorganização societária (art. 386 do RIR/99), eventos incertos sob o ponto de vista temporal, o que torna descabido falar-se em postergação do pagamento do imposto.

No que tange à ausência de qualificação da multa qualificada, penso que a autoridade fiscal revelou-se conservadora na tipificação da conduta do Recorrente, eis que

limitou-se a promover a glosa da despesa, não obstante ter carreado aos autos elementos autorizadores da exasperação da penalidade.

Elemento confirmador da opção exercida pela autoridade autuante reside no fato de ela não ter percorrido o caminho da desconstituição dos efeitos jurídicos dos atos societários praticados, cingindo-se a desconsiderar, tão-somente, a redução das bases de cálculos das exações em razão da apropriação das despesas com ágio.

Repiso, em respeito a reiterada argumentação expendida pelo Recorrente, que não cuidam os autos de desconstituição de atos jurídicos, mas, tão-somente, de glosa de despesas.

No que diz respeito à alegação de que não existe norma capaz de impedir o Recorrente de realizar as operações ora apreciadas, mas, sim, permissivas, friso que a orientação dos julgados deste Colegiado tem sido dirigida no sentido de repudiar os efeitos tributários decorrentes de “planejamentos tributários” que, desprovidos de qualquer substância econômica, têm por propósito única e exclusivamente reduzir a base tributável das exações devidas, mitigando, assim, a sua verdadeira capacidade contributiva.

Nessa linha, transcrevendo excertos da defesa apresentada pelo Recorrente, procurarei demonstrar que, em direção oposta às conclusões ali apresentadas, o pronunciamento feito por meio do acórdão nº 103-23.290, respeitadas as peculiaridades do caso concreto ali apreciado, aplica-se à presente situação.

Afirma o Recorrente:

[...]

263. Parece claro que no acórdão 103-23.290 denominou-se "veículo" a empresa criada apenas para possibilitar a realização das condições necessárias à dedução das despesas com a amortização do ágio. Ou seja, a criação de uma empresa "veículo", em todos os casos, era a única forma de se viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio gerado, sem que a adquirente, de fato, precisasse incorporar a adquirida.

264. Em suma, no caso analisado no acórdão 103-23.290 fica evidente que as partes envolvidas diretamente na compra e venda não desejavam uma incorporação entre si. Para tanto criaram uma empresa veículo, de forma que o aproveitamento fiscal do ágio se tornasse possível com a incorporação dessa "veículo", não sendo necessária a incorporação entre adquirente e adquirida.

265. Ou seja, o comprador cria uma sociedade "veículo" para não se desviar de seu objetivo negocial e ao mesmo tempo aproveitar o benefício fiscal do ágio, o que não seria possível sem a criação dessa nova empresa.

266. Parece evidente, assim, que o antigo Conselho de Contribuintes não admitiu a falta de propósito econômico da empresa "veículo", vez que ela fora criada pelo comprador apenas e como única maneira de viabilizar o aproveitamento do benefício fiscal, sem que o comprador precisasse incorporar a empresa comprada.

267. Nessa linha, há que se destacar que não há qualquer similitude fática entre o caso narrado no acórdão mencionado e o caso tratado nos autos do presente processo.[...]

Segmentando cada uma das passagens acima reproduzidas, observo que o Recorrente retratou com maestria quadro que, em tudo, se assemelha ao refletido nos presentes autos, senão vejamos:

- “veículo a empresa criada apenas para possibilitar a realização das condições necessárias à dedução das despesas com a amortização do ágio”: representa exatamente a empresa MARIGANE PARTICIPAÇÕES LTDA. (TRANCOSO);

- “única forma de se viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio gerado, sem que a adquirente, de fato, precisasse incorporar a adquirida”: única forma de se viabilizar o aproveitamento do ágio gerado, sem que o SOCIÉTÉ BRASIL, de fato, precisasse incorporar a CACIPA;

- as partes envolvidas diretamente na compra e venda não desejavam uma incorporação entre si. Para tanto criaram uma empresa veículo, de forma que o aproveitamento fiscal do ágio se tornasse possível com a incorporação dessa "veículo", não sendo necessária a incorporação entre adquirente e adquirida: SOCIÉTÉ BRASIL e CACIPA não desejavam uma incorporação entre si. Para tanto criaram (adquiriram) a MARIGANE (TRANCOSO), de forma que o aproveitamento fiscal do ágio se tornasse possível com a incorporação dela (veículo), não sendo necessária a incorporação entre SOCIÉTÉ BRASIL e CACIPA;

Ou seja, o comprador cria uma sociedade "veículo" para não se desviar de seu objetivo negocial e ao mesmo tempo aproveitar o benefício fiscal do ágio, o que não seria possível sem a criação dessa nova empresa: Ou seja, o SOCIÉTÉ BRASIL cria (adquire) uma sociedade "veículo" (MARIGANE – TRANCOSO) para não se desviar de seu objetivo negocial e ao mesmo tempo aproveitar o benefício fiscal do ágio, o que não seria possível sem a criação (aquisição) dessa nova empresa.

Parece evidente, assim, que o antigo Conselho de Contribuintes não admitiu a falta de propósito econômico da empresa "veículo", vez que ela fora criada pelo comprador apenas e como única maneira de viabilizar o aproveitamento do benefício fiscal, sem que o comprador precisasse incorporar a empresa comprada: Parece evidente, assim, que o antigo Conselho de Contribuintes não admitiu a falta de propósito econômico da empresa "veículo" (MARIGANE), vez que ela fora criada pelo comprador (SOCIÉTÉ BRASIL) apenas e como única maneira de viabilizar o aproveitamento do benefício fiscal, sem que o comprador (SOCIÉTÉ BRASIL) precisasse incorporar a empresa comprada (CACIPAR).

A partir da exposição acima, a conclusão, me parece, não pode ser outra que não seja a de que a situação retratada no acórdão nº 103-23.290, ao menos na parte reproduzida pelo Recorrente, guarda inteira similitude fática com a analisada no presente processo.

Na linha dos pronunciamentos da Comissão de Valores Mobiliários – CVM (Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349/01), o uso de empresa-veículo visando o aproveitamento antecipado do benefício fiscal trazido pelo art. 7º da Lei nº 9.532/97, distorce a figura da incorporação em sua dimensão econômica.

Em que pese o fato de que, no presente caso, a operação de compra ter se dado entre terceiros independentes, resta evidente que a interposição da empresa-veículo na referida operação buscou, apenas, viabilizar a amortização do ágio incorrido, sem que a efetiva adquirente precisasse, para tanto, incorporar a empresa adquirida.

Analisar a questão posta nos autos sob ângulos distintos no que tange à aquisição e à reorganização societária (aquisição da CACIPAR pela SOCIÉTÉ BRASIL, com posterior incorporação), me parece fora de propósito, eis que o julgador deve levar em conta os fatos efetivamente ocorridos.

Irrelevante, assim, para fins de interpretação dos atos praticados pela Recorrente, o fato de o resultado final pretendido poder também ser obtido por meio de procedimentos diversos dos retratados nos autos.

Na tentativa de demonstrar ter havido propósito negocial justificador da aquisição da empresa MARIGANE (TRANCOSO) e, posteriormente, da reorganização empreendida, o Recorrente discorre acerca da doutrina que trata da matéria (propósito negocial).

Nesse sentido, apresenta, como elemento justificador de todo o processo do qual o ágio glosado emergiu, o fato de que a aquisição de uma instituição financeira por outra já existente, assim como de uma empresa por outra já existente (em atividade há muito tempo, com uma série de obrigações já assumidas), é muito mais complexa do ponto de vista de documentação necessária, certidões e registros obrigatórios, do que a aquisição por meio de uma empresa criada para esse fim. Alega ainda:

Não bastasse isso, é de se frisar que a criação da Trancoso deu-se dentro do cenário de expansão da presença do Société no segmento específico de crédito consignado no Brasil, tendo sido de todo conveniente para o Société, naquele momento, sob uma perspectiva de mercado, contar com uma empresa de participações (*holding*) para deter diretamente a participação na CACIPAR, tanto para segregar de maneira mais clara e transparente as atividades do Société (mais abrangentes, com foco em banco de investimento, pelas quais o Société já era amplamente conhecido e respeitado) daquelas do Banco Cacique, focadas em crédito consignado, quanto para a realização de outras atividades que o Société poderia desejar fazer no País.

A exposição, com o devido respeito, apenas corrobora a ausência de justificativa referenciada pela decisão recorrida, eis que, sendo a CACIPAR uma *holding* e detendo ela o controle do Banco Cacique, toda a estratégia desejada pelo SOCIÉTÉ poderia ter sido empreendida a partir da aquisição direta da CACIPAR, revelando-se absolutamente desnecessária a intervenção da TRANCOSO no processo.

Nesse contexto, merece reparo o argumento do Recorrente de que estabelecer o “propósito negocial” como fundamento para análise da dedutibilidade da despesa com ágio significa considerá-lo fato gerador de obrigação tributária sem a respectiva previsão em norma geral e abstrata.

Com efeito, como reiteradamente afirmado, aqui, não se está diante de glosa de despesa calcada na desconsideração de negócio jurídico (fundamentada em ausência de propósito negocial), mas, sim, de desconsideração de elemento subtrativo na determinação das bases de cálculo das exações examinadas em virtude da constatação de fatos impeditivos da dedutibilidade pretendida.

Neste particular, ganha relevo a ausência de comprovação da fundamentação econômica do ágio (rentabilidade futura) antes apreciada.

As considerações acerca das operações realizadas pelo Recorrente (aquisição da MARIGANE - TRANCOSO; aquisição da CACIPAR; incorporações da CACIPAR e da TRANCOSO) constituem meros instrumentos de reforço à imputação feita pela Fiscalização, vez que reveladoras do artificialismo que serviu de suporte para a redução dos resultados tributáveis.

O Recorrente fala em “inexistência de previsão legal para a adição, na base de cálculo da CLL, da despesa com a amortização de ágio”. Contudo, não se trata, à evidência, de falta de autorização para adição, mas, sim, de ausência de previsão legal para amortização, por força do disposto no inciso III do art. 386 do RIR/99, isto é, a faculdade de amortização refere-se à apuração do lucro real. Assim, ainda que se admitisse, no presente caso, a amortização pretendida pela fiscalizada, ela só seria possível na determinação da base de cálculo do imposto de renda, senão vejamos:

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:

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;**

[...]

Esquece a Recorrente que, não obstante a reiterada referência à despesa, a amortização de ágio tratada no presente processo decorre de benefício fiscal introduzido pelo art. 7º da Lei nº 9.532/97 e, como tal, deve ser interpretada restritivamente.

No que diz respeito à incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício, em que pese a existência de densos pronunciamentos deste Colegiado em sentidos diversos, mantenho o entendimento de que a expressão “...débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal” assinalada pelo artigo 61 da Lei nº 9.430/96, não dá respaldo para que, com base no parágrafo 3º do mesmo artigo, possa ser cobrado juros SELIC sobre a multa de ofício.

Diante de tais circunstâncias, inclino-me no sentido de acolher os argumentos trazidos pela ilustre Conselheira Sandra Maria Farone no acórdão nº 101-94.441, de 03 de dezembro de 2003.

Ali restou ementado, *verbis*:

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Acolhem-se os embargos de declaração para deixar claro que, na execução do acórdão, os juros de mora à taxa selic só**

incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa aplicada. Sobre a multa podem incidir juros de mora à taxa de 1% ao mês, contados a partir do vencimento do prazo para impugnação.

Os fundamentos de tal entendimento encontram-se a seguir reproduzidos.

[...]

O art. 161 do CTN determina que o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, ressalvando apenas a pendência de consulta formulada dentro do prazo legal para pagamento do crédito. O § 1º do mesmo artigo determina que, se a lei não dispuser de forma diversa, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês. No caso de multa por lançamento de ofício, seu vencimento dá-se no prazo de 30 dias contados da ciência do auto de infração. Assim, o valor da multa lançada, se não pago no prazo de impugnação, sujeita-se aos juros de mora. As disposições legais que tratam dos juros de mora são as seguintes:

*Lei 8.383/91*

*Art. 59. Os tributos e contribuições administrados pelo Departamento da Receita Federal, que não forem pagos até a data do vencimento, ficarão sujeitos à multa de mora de vinte por cento e a juros de mora de um por cento ao mês calendário ou fração, calculados sobre o valor do tributo ou contribuição corrigido monetariamente.*

*Lei 8.981/95*

*Art. 84. Os tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores vierem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária serão acrescidos de:*

*I - juros de mora, equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna;*

*Lei 9.065/95*

*Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente. (Obs. A alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei 8.847/94 e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei 8.981/95 referem-se a juros sobre parcelamentos).*

*Lei 9.430/96*

*Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.*

*Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.*

Como se vê, só há dispositivo legal autorizando a cobrança de juros de mora à taxa SELIC sobre a multa no caso de lançamento de multa isolada, não porém quando ocorrer a formalização da exigência do tributo acrescida da multa proporcional. Nesse caso, só podem incidir juros de mora à taxa de 1%, a partir do trigésimo dia da ciência do auto de infração, conforme previsto no § 1º do art. 161 do CTN.

[...]

Nessa mesma linha, os acórdãos abaixo indicados:

*ACÓRDÃO nº 107-09.344, julgado em 16/04/2008:*

*MULTA DE OFÍCIO - JUROS DE MORA – Sobre a multa de ofício lançada juntamente com o tributo ou contribuição, não paga no vencimento, incidem juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 161 do Código Tributário Nacional.*

*ACÓRDÃO nº 101-96.448, julgado em 09/11/2007:*

*JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO – No lançamento de ofício, o valor originário do crédito tributário compreende o valor do tributo e da multa por lançamento de ofício. Sobre a multa por lançamento de ofício não paga no vencimento incidem juros de mora. Em se tratando de tributos cujos fatos geradores tenham ocorrido após 31/12/1994, sobre a multa por lançamento de ofício incidem juros de mora de 1% ao mês.*

Por todo o exposto, conduzo meu voto no sentido DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário unicamente para determinar que na execução da presente decisão sejam cobrados juros de mora de 1% sobre a multa de ofício lançada.

“documento assinado digitalmente”

Wilson Fernandes Guimarães – Relator

## Voto Vencedor

Conselheiro Valmir Sandri, Relator.

Com a devida *vênia* ao bem fundamentado voto do Ilustre Relator, ousou dele divergir em relação à matéria Despesas de Amortização de Ágio, eis que, entendo, encontra-se em consonância com a legislação de regência, seja em relação ao Laudo de Avaliação efetuado com base na rentabilidade futura, seja em relação a utilização da chamada “empresa veículo”, senão vejamos.

Com relação ao argumento despendido pelo Nobre Relator relativo a inexistência de laudo de avaliação que suporte a rentabilidade futura da Cacipar, entendo eu que está mais que provado nos autos que referido ágio decorreu do valor econômico-financeiro do BANCO CACIQUE, elaborado por UBS Pactual anterior ao contrato celebrado entre o Societé Générale com os “Vendedores” (Maria Yolanda Cerqueira Coimbra, Cesário Coimbra Neto, Sérgio Coimbra e Daniela Cerqueira Coimbra) das quotas do capital da Cacipar (25/02/2007), estudo este denominado de PROJECT HARLEY (fls. 2366/2407 dos autos).

De se registrar que posteriormente (julho de 2008), para respaldar o estudo acima, foi elaborado um relatório produzido pela empresa KPMG Corporate Finance Ltd. (fls. 629/667), que tomou por base o laudo elaborado no Project Harley, confirmando o ágio apurado com base na expectativa de rentabilidade futura do Grupo Cacique, tendo sido estes documentos trazidos novamente por ocasião do julgamento, agora devidamente traduzidos para o vernáculo.

De fato, da análise de tais documentos, não paira qualquer dúvidas de que o Recorrente atendeu às formalidades da legislação que regula a amortização de ágio no Brasil, inclusive, e principalmente, no que diz respeito a autoria da elaboração do Laudo de Avaliação pelo UBS Pactual, bem como o período de sua concepção, anterior à celebração do contrato – 25/02/2007, razão pela qual não merece prosperar a manutenção da glosa do ágio amortizado pelo Recorrente, sob o fundamento da inexistência de laudo que sustente a expectativa de rentabilidade futura.

Neste sentido, o Recorrente carrou aos autos ainda Parecer do Professor Eliseu Martins, acerca dos fatos discutidos nos presentes autos, no qual o eminente professor atesta que: “(...) *restou provada a existência de dois documentos que justificavam a classificação do ágio como derivado da expectativa de rentabilidade futura: um emitido no mês da assinatura do contrato de compra, ou seja, fevereiro de 2007, e outro em outubro de 2008, quando começou o processo de dedutibilidade fiscal da amortização desse ágio.*”.

Logo, entendo perfeitamente provado que o ágio apurado na aquisição da empresa Cacipar, com fundamento na expectativa de rentabilidade futura, encontra-se acobertado por estudo elaborado pelo Banco UBS Pactual em fevereiro de 2007, e ratificado em julho de 2008, por laudo de avaliação elaborado pela empresa KPMG Corporate Finance Ltd., e sendo assim, afastos os argumentos despendidos pela fiscalização no sentido de que tal

ágio, pago em 30/11/2007, não foi resultante da Rentabilidade Futura, uma vez que o demonstrativo exigido por lei como comprovação desta rentabilidade, apresentado pelo contribuinte, foi elaborado posteriormente a referida data, em julho de 2008, com base em balanço levantado em 31/12/2007, ambas as datas posteriores ao pagamento do referido ágio, o que, como visto acima, não ocorreu.

Com relação a alegação do Ilustre Relator de que o processo de aquisição de empresa e incorporações sucessivas não tiveram propósito outro que não fosse o de antecipar os benefícios fiscais trazidos pela amortização do ágio, inclusive com a utilização da chamada “empresa veículo” constituída para esse fim, com a devida “*vênia*”, ouso dele novamente discordar, eis que a criação de empresas, bem como a sua extinção por incorporação, envolvendo uma controlada e controladora, independe de qualquer motivação econômica ou financeira, pois está na órbita exclusiva da decisão dos sócios.

Por estas razões não faz o menor sentido a motivação que levou o auto de infração considerar ter ocorrido um planejamento inoponível ao fisco, por não ter havido razão econômica “*na aproximação dos interessados*” relativamente à incorporação de modo a possibilitar a dedução do ágio.

A razão econômica da incorporação está exatamente no fato de que, com a incorporação, a autuada passou a ter o direito, *sponte sua*, de amortizar o ágio pago na privatização, tendo sido esta a conduta abarcada e induzida pelo ordenamento, por intermédio das regras estipuladas no artigo 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.<sup>5</sup>, sendo bastante comum em direito societário para se alcançar determinado efeito, não prosperando, portanto, o argumento de que a real motivação da incorporação foi a utilização do benefício fiscal previsto na lei.

Ora, a motivação não há que ser, necessariamente, econômica, podendo ser de qualquer ordem, desde que verdadeira, sendo, portanto, repito, fora de propósito a alegação fiscal de que não se denota nenhuma finalidade econômica na aproximação dos interessados, mormente quando não há no ordenamento pátrio tal figura.

Como é sabido, a alienação ou extinção de participação societária implica resultado operacional (ganho ou perda de capital), em cuja apuração influencia o ágio que compôs o preço da respectiva aquisição.

<sup>5</sup> Ricardo Mariz de Oliveira, em trabalho intitulado “*Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e dos deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária*”, publicado no livro “Direito Tributário Atual nº 23”, editado em 2009 pela Dialética, destaca que o espírito da norma dos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97 é que a dedução da amortização do ágio (fundamentado na rentabilidade futura) em razão da absorção da pessoa jurídica a que se refira é que ele seja considerado juntamente com os lucros da atividade a que se refere. E assenta:

“Em suma, no contexto dos art. 7º e 8º é essencial que haja absorção de patrimônio por via de incorporação, fusão ou cisão, de maneira a reunir ágio ou deságio e lucro numa única pessoa jurídica.

É por isso mesmo – por ser acontecimento inerente ao tratamento objetivado pela lei – que a reunião das pessoas jurídicas é coisa natural e não deve ser vista com a desconfiança que tem caracterizado alguns procedimentos fiscais, a qual é totalmente descabida quando efetivamente tenha ocorrido uma aquisição com ágio, eis que o passo subsequente inevitável, previsto na lei, é a incorporação, fusão ou cisão das pessoas jurídicas investidora e investida.

É ainda por isso que, nesses casos, se torna irrelevante como se processa a reunião das duas pessoas jurídicas, para o que a lei abre inúmeras alternativas, e nem mesmo é prejudicial aos efeitos da lei que essa reunião tenha se realizado em curto ou longo prazo, podendo mesmo efetivar-se no próprio dia da aquisição do investimento.”

Para fins fiscais, nos casos de extinção de participação societária decorrente de incorporação, fusão ou cisão, o art. 34 do Decreto 1.598/77 (art. 430 do RIR/99) somente permitia a dedução como perda de capital da diferença entre o valor contábil registrado pelo investidor e o acervo incorporado, avaliado a preço de mercado, pois a mesma representava perda efetiva do custo de aquisição do investimento. Não havia prazo mínimo para esta operação de registro da perda.

Por sua vez, a Lei nº 9.532/97 alterou essa norma em relação aos casos de aquisição com ágio e posterior incorporação, fusão ou cisão. Nessa hipótese, em se tratando de ágio com fundamento na rentabilidade futura, o legislador admitiu sua amortização à razão de sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração (artigo 386, III, do RIR/99).

Essa norma tornou irrelevante, para fins fiscais, a avaliação de acervo líquido quando existente ágio ou deságio, e criou prazo mínimo para a amortização, como forma de evitar o ganho fiscal imediato que anteriormente se obtinha, pelo reconhecimento imediato da diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido.

De se verificar também que independentemente do caminho trilhado pelas empresas envolvidas, tanto a Incorporada como a Incorporadora, sem infringir a legislação fiscal, poderiam beneficiar-se da dedutibilidade do ágio pago na aquisição, porquanto, os dois caminhos alternativos (incorporação direta ou mediante uso de empresa veículo) não resultariam em carga tributária diferente, sendo descabido falar em falta de disposição expressa no ordenamento para a opção por um ou por outro e/ou espaço de tempo utilizado nessas operações, não havendo, portanto, que se falar em abuso de direito para se obter o benefício fiscal.

De se pontuar que a inserção da figura do abuso de direito no campo tributário, como fator justificativo da ineficácia dos atos praticados perante o fisco, liga-se a situação em que há uma redução da carga tributária (*compromete a eficácia do princípio da capacidade contributiva*). Invocar o abuso de direito para considerar ineficaz a conduta frente ao fisco só se justifica se essa conduta houver sido determinante para redução da carga tributária (compromisso da capacidade contributiva). E isso não ocorreu no caso concreto pois, como visto, a carga tributária seria mesma, quer a incorporação fosse direta, quer se desse por meio da empresa veículo, sendo impertinente também para justificar o lançamento, pois pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros.

No caso, não se materializou excesso frente ao direito tributário, eis que não houve prejuízo da Fazenda, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo.

Pelas razões expostas, sou pelo provimento do recurso quanto a esta matéria (Despesas com Amortização de Ágio).

É como voto.

Valmir Sandr, Redator Designado.

## Declaração de Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado

Tendo acompanhado o voto divergente, em que pese o bem fundamentado voto do ilustre Relator, tendo em vistas as nuances que a matéria relativa à amortização de ágio suscita, julgo oportuno externar as razões de meu convencimento neste caso.

Antes de adentrar o mérito da exigência fiscal, entendo ser necessário tecer algumas considerações acerca da questão da amortização do ágio em face de reorganizações societárias, que vem sendo largamente utilizado e discutido enquanto mecanismo de planejamento tributário das empresas.

Tal discussão é bastante tormentosa, o que se revela na própria jurisprudência administrativa, e não está imune a algum grau de subjetividade por parte dos intérpretes e aplicadores do direito.

A primeira observação que faço refere-se à liberdade de auto-organização do contribuinte, tida como absoluta pelos intérpretes e doutrinadores liberais, que defendem que “o Fisco só pode cobrar (tributos) mediante tipicidade fechada e legalidade estrita” enquanto que o contribuinte pode fazer tudo que não está restringido pela lei.

Desta visão decorre o entendimento de que atendidos os aspectos puramente formais dos atos e operações do contribuinte, independente de seu conteúdo real, nenhuma objeção pode ser feita pelo Fisco.

Tal visão desconsidera o aspecto finalístico da lei e sua interpretação sistêmica.

Não há dúvidas de que o contribuinte tem ampla liberdade de auto-organizar-se, inclusive no sentido de adotar as opções negociais que lhe propiciem a menor carga tributária possível.

Esta liberdade de auto-organização, no entanto, não é absoluta; está sujeita a restrições, como o respeito à livre concorrência, à boa fé, à função social da empresa, etc. Tampouco se aplica às hipóteses de simulação, fraude à lei e abuso de direito.

Desta feita, não há que se falar em liberdade de auto-organização quando o ato praticado visa única e exclusivamente a reduzir o tributo devido, pois “a carga tributária decorre da lei e não pode ficar ao sabor da ‘criatividade’ do contribuinte. Nem se diga que o ordenamento autoriza estas condutas, pois a opção fiscal (desejada ou induzida pelo ordenamento) é diferente da ‘montagem fiscal’ (construção de um modelo apenas formal para atingir um redução do tributo)”.<sup>6</sup>

Portanto, a liberdade de auto-organização do contribuinte perante o Fisco e a sociedade não é absoluta; está sujeita a restrições, como o respeito à livre concorrência, à boa

fé, à função social da empresa e não se coaduna com as práticas de simulação, abuso de direito ou fraude à lei.

O segundo aspecto a ser observado refere-se aos fundamentos da existência do ágio e das condições para sua amortização.

A questão do ágio com fundamento econômico na rentabilidade futura da empresa investida, ganhou relevância em meados da década de 1990 no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, com a edição da Lei nº 9.532, de 1997, mais especificamente dos seus artigos com base nos artigos 7º, inciso III, e 8º.

Antes da edição da Lei nº 9.532/1997, o ágio na aquisição de investimento somente tinha efeitos fiscais na tributação do ganho ou perda de capital quando de sua alienação (DL nº 1.598/77, art. 33), sendo sua amortização fiscalmente neutra (era adicionada no LALUR).

Muitos doutrinadores e estudiosos do direito enxergam os dispositivos da Lei nº 9.532/97 como um incentivo fiscal às privatizações, visando a aumentar a participação nos leilões de privatização de estatais

Em sentido contrário, Luiz Eduardo Shoueri enxerga a norma como uma restrição *“da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que o justificassem”*<sup>7</sup>

Qualquer que fosse o objetivo, é certo que o legislador baseou-se em um motivo econômico da maior relevância quando tratou da possibilidade fiscal de dedução do ágio pago na aquisição de investimentos, com fundamento na expectativa de rentabilidade futura, na Lei nº 9.532/1997.

Independente da premissa ou pressuposto para a instituição da previsão legal de dedução do ágio, verifica-se que a lei não cuidou de restringir o seu alcance apenas para as operações de aquisições de participações visando o programa nacional de desestatização, de sorte que é correta a sua extensão a toda e qualquer operação de aquisição de investimentos, inclusive naquelas ocorridas entre particulares, desde que seja equivalente às da previsão legal.

Assim é que, em uma operação de aquisição de investimentos entre duas empresas independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses, havendo o pagamento de ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura e, cumpridos os requisitos legais, o Fisco não pode opor qualquer óbice à sua amortização.

Por outro lado, a lei não ampara as reorganizações societárias em que não existe uma efetiva aquisição de investimentos; quando há uma mera simulação de negócios societários visando unicamente a criar um ágio artificial para reduzir a carga tributária do contribuinte.

São os casos em que ainda que formalmente regulares, os negócios societários não tem substância ou existência real, caracterizando-se a simulação em sua vertente absoluta, pois sequer existe um negócio (verdadeiro) dissimulado.

As principais características desses arranjos societários simulados são: - reorganização societária dentro de um grupo de empresa sob controle comum; - a criação ou aquisição de empresas sem atividade econômica real (empresas veículos); - subscrição de capital na empresa veículo, integralizada com quotas ou ações da empresa operacional do grupo (ou outra holding intermediária), avaliadas "a valor de mercado" com base na expectativa de rentabilidade futura; - ausência de pagamento efetivo (não há qualquer dispêndio ou sacrifício patrimonial); - inexistência de qualquer outra finalidade nas operações, que não a geração do ágio; - operações formais realizadas em curto espaço de tempo (geralmente menos de um ano); - incorporação reversa da investidora pela investida, que passa a adotar a razão social ou marca daquela; - controle societário da empresa operacional (direto ou indireto) resulta inalterado ao final da reorganização societária.

Assim, no exame das operações societárias visando a aferir a efetividade da existência do ágio, no meu entendimento, há que se levar em consideração, principalmente: a existência de motivação econômica para a operação; a independência entre as partes na formação do preço pago pela participação; a existência de efetivo pagamento (mesmo que com bens ou direitos); modificação da participação no controle (direto ou indireto) da empresa operacional após a reorganização.

Ainda deve ser observado que a lei exige que o contribuinte demonstre documentalmente os fundamentos do ágio pago, valendo-se os interessados, geralmente, de laudos técnicos de empresas especializadas que avaliam o investimento a preço de mercado.

Quanto a esse aspecto destaquei, ao proferir o voto vencedor no Acórdão nº 1302-001.108, que é praticamente inviável o desafio do Fisco contrapor-se aos "laudos" de avaliação elaborados pelas empresas de consultoria contratadas pelo próprio contribuinte que engendra tais reorganizações societárias intragrupo. Além da natural precariedade e incerteza quanto à "expectativa de rentabilidade futura" estimada, agregam-se à projeções dados empíricos e subjetividades não passíveis de serem questionados. O único mecanismo de aferição do valor real do negócio em uma operação de aquisição de investimento por uma sociedade em outra, é o efetivo pagamento pelo preço fixado. Neste caso, o ágio surge límpido, bastando comparar o valor efetivamente pago com o valor patrimonial da investida na data do negócio.

De se observar que na avaliação do investimento a valor de mercado pode estar embutido no ágio pago o preço atualizado de outros bens ou intangíveis e não apenas a rentabilidade futura da investida, mas para o Fisco desqualificar o laudo, se o mesmo atribuir o fundamento de rentabilidade futura ao total do ágio pago, necessitará de outros elementos concretos, como documentos contendo outras avaliações realizadas pelos próprios envolvidos na operação apontando noutro sentido.

Outro aspecto que costuma aparecer nas operações de envolvendo o pagamento de ágio, é a compra ou criação, pela empresa investidora, de outra empresa, que sob seu controle direto recebe o aporte de capital e efetua a aquisição das quotas ou ações da empresa investida.

Em momento posterior, essas empresas geralmente são incorporadas (incorporação reversa) pela investida visando ao aproveitamento (amortização) do ágio. A justificativa econômica, na maioria das vezes, é de que as investidoras não têm interesse em fundir-se diretamente com a empresa investida, seja por motivos estratégicos, financeiros ou mesmo operacionais, como por exemplo a necessidade de separação por ramos de negócio ou manutenção da marca.

Assim, para viabilizar a amortização do ágio constituem estas empresas intermediárias para a aquisição do investimento.

Entendo que havendo justificativa econômica para o ágio originalmente pago não exista óbice para tal operação, pois se não há vício na formação do ágio o seu aproveitamento posterior, nos termos da previsão legal, deve ser respeitado pelo Fisco. Aqui, segundo entendo, encontra-se o espaço legal para que o contribuinte, dentro de sua liberdade negocial e de auto-organização, realize a operação nos moldes que melhor atendam os seus interesses, inclusive levando em conta a que lhe propicie maior economia fiscal.

Feitas estas breves considerações, passo a analisar o caso concreto.

Do exame das operações realizadas, entendo que, desta feita, restou evidenciado que não estamos diante da criação do chamado ágio interno, ou seja, aquele criado exclusivamente dentro de um grupo de empresas sem modificação efetiva da participação societária de seus controladores.

No presente caso o Banco Societé Brasil, por meio de uma empresa controlada (Trancoso), adquirida especificamente para esse fim, adquiriu o controle da empresa Cacipar, anteriormente convencionada entre o Banco Societé e os sócios da empresa vendedora.

A operação envolveu a efetiva capitalização da empresa Trancoso no montante de R\$ 930.523.599,00. Uma vez capitalizada, a empresa Trancoso efetuou a aquisição da empresa Cacipar, mediante o pagamento de R\$ 888.372.854,00 aos sócios controladores da vendedora. A empresa Trancoso registrou em sua contabilidade como custo do investimento o valor de R\$ 317.809.235,11 e ágio de R\$ 570.563.618,89. Na mesma data, a Trancoso promoveu um aumento de capital na Cacipar, no valor de R\$ 37.000.000,00, registrando o valor como custo do investimento.

Na sequência, em 30 de julho de 2008, a CACIPAR transferiu a totalidade de suas ações do BANCO CACIQUE para o SOCIÉTÉ BRASIL. E, em 31 de outubro de 2008, por meio de Assembléia Geral Extraordinária do BANCO CACIQUE, são aprovados os protocolos de incorporação das empresas CACIPAR e TRANCOSO (referidas aprovações só foram registradas na Junta Comercial em 23 de abril de 2009), momento a partir do qual o ágio pago pela TRANCOSO passou a ser amortizado pelo Recorrente.

O ágio, portanto, não foi formado em operação interna (intragrupo), mas sim da entrada de capital de um novo investidor no grupo que promoveu a efetiva alteração do controle societário da empresa vendida.

A fiscalização apontou uma série de questionamentos formais ao negócio entabulado, tais como: - ausência de deliberação interna no Grupo Societé visando transferir a aquisição do investimento por meio da empresa Trancoso; - ausência de notificação do

vendedor, estabelecida no contrato de compra e venda, quanto à cessão de direitos; - erros e inconsistências no Livro de Transferência de Ações do Banco Cacique.

Entendo que não obstante tais aspectos formais não são suficientes para invalidar a conclusão de que ocorreu o pagamento de um ágio na aquisição de uma participação entre partes não relacionadas.

O fato de o negócio ter sido entabulado pela Banco Societé Brasil e efetivado por meio de uma empresa controlada, que recebeu o aporte de capital para fazer o investimento ao meu ver não contamina o negócio, nem desnatura a ocorrência do ágio. Havia inclusive previsão contratual para que ocorresse dessa forma. Ainda que não tenha existido a notificação prévia é certo que os vendedores não se opuseram, tanto que celebraram a venda.

Não enxergo simulação neste caso, mas sim a adoção de uma estrutura para as operações societárias compatível com o negócio efetivamente realizado, ainda que evidentemente estruturada com vistas a obtenção dos benefícios futuros de amortização desse ágio, conforme a previsão legal.

Entendo que, desta feita estamos no campo daquelas situações em que o contribuinte se valeu licitamente do direito de organizar o seu negócio de acordo com suas necessidades e/ou interesses, inclusive optar pela forma negocial que lhe propiciasse o menor custo ou maior vantagem tributária, obedecidos os ditames legais.

A dúvida que me ocorreu durante os debates foi quanto à comprovação do fundamento econômico do ágio.

No curso da ação fiscal a fiscalizada havia apresentado um laudo de avaliação elaborado pela empresa KPMG em 1998, tendo como referência demonstrações financeiras de dezembro de 2007, ou seja, posterior ao negócio que se concretizou em 30/11/2007, no qual se atestava o valor econômico da empresa com base na sua rentabilidade futura. Na ausência de outro elemento de comprovação este foi um dos motivos pelos quais a fiscalização efetuou a glosa do ágio, pois inexistia comprovação do fundamento econômico do ágio na data do negócio.

Na fase litigiosa a recorrente trouxe ao autos outro estudo, elaborado por UBS PACTUAL, em língua inglesa, elaborado em fevereiro de 2007, como elemento adicional de comprovação do fundamento econômico do ágio pago. Tendo em vista a ausência de tradução do documento e de outros aspectos relacionados ao seu conteúdo e autenticidade a turma julgadora, em sessão anterior, havia resolvido converter o julgamento em diligência para que a recorrente apresentasse tradução juramentada do documento, apresentasse documentação que possibilitasse aferir a data e os responsáveis pela elaboração do estudo e, ainda, esclarecesse o significado da expressão Project Harley na capa do documento.

A recorrente trouxe aos autos a tradução juramentada do estudo e de diversas correspondências eletrônicas entre o Banco Societé e representantes da UBS Pactual, demonstrando as tratativas no sentido da elaboração de avaliação do Banco Cacique, com vistas a uma possível aquisição pelo Grupo Societé. Esclareceu ainda que a expressão Project Harley foi utilizada pelo UBS Pactual para designar o estudo de aquisição das empresas do grupo Cacipar, destacando referências expressas ao Banco Cacique SA e à Cacique Promotora de Vendas S/A, nas páginas 4 e 6 do Laudo elaborado pelo UBS.

Examinando os documentos, entendo que, de fato, o laudo elaborado pela empresa KPMG não pode servir de base à definição do fundamento econômico do ágio pago, posto que elaborado em momento posterior à concretização do negócio e, ainda, tomando por base demonstrações financeiras levantadas também após a realização da aquisição.

A sua elaboração após a formalização das operações societárias que deram ensejo ao surgimento do ágio, impede, por questão lógica, que seja este o documento hábil para informar o fundamento econômico que justificou o pagamento do ágio, tendo em vista o disposto no § 3º do art. 385 do RIR/1999.

Resta evidente, pela leitura do dispositivo, que a demonstração do fundamento deve ao mínimo ser contemporânea ao reconhecimento do ágio na escrita contábil do contribuinte. Se a legislação atual não estabelece a forma dessa demonstração, é possível deduzir do dispositivo legal que essa demonstração deva existir ao menos na data do registro da aquisição da participação societária, com vistas ao seu desdobramento contábil.

Não se trata, portanto, de inferir que o fundamento do ágio seja outro motivo econômico; trata-se sim de ônus probatório do sujeito passivo com vistas a possibilitar a futura amortização do ágio pelo fundamento alegado.

Não obstante, entendo que a recorrente se desincumbiu razoavelmente de demonstrar que o estudo realizado pelo Banco UBS Pactual era autêntico e anterior ao negócio realizado e, ainda, apontou o valor econômico estimado para o investimento a ser concretizado, com base na projeção de sua rentabilidade futura, compatível com o valor pago. Do exame da documentação juntada na diligência, entendo que resta comprovado o vínculo do documento com o negócio realizado, não apenas por meio das correspondências apresentadas, trocadas entre o Grupo Societé e o Banco UBS Pactual, como na citação textual no estudo das empresas Banco Cacique SA e à Cacique Promotora de Vendas S/A, que formavam o grupo Cacipar.

À corroborar a existência do estudo, anterior ao negócio, encontra-se a citação feita no próprio Termo de Verificação Fiscal (fl. 1632 do e-processo), de Nota Explicativa nos Balanços do Banco Societé Brasil, que menciona a existência do ágio em decorrência da aquisição do Grupo Cacipar, que teria sido suportado com base em avaliação econômico-financeiras de empresa especializada contratada para o exercício findo de 2007 e complementada por outra avaliação para o exercício financeiro de 2008. O estudo foi baseado, segundo a nota, na metodologia de Fluxo de Dividendos Descontados, ou seja, a mesma empregada na análise do Banco UBS Pactual.

Assim, entendo que a despeito de tal documento não ter sido apresentada na etapa investigatória, o que se constituiu, sem dúvida, em motivo suficiente para a realização do lançamento, tendo em vista os elementos aportados aos autos na fase litigiosa e, em respeito ao princípio da verdade material, restou comprovada a fundamentação econômica do ágio pago, com base na rentabilidade futura projetada para o investimento.

Com isto, restaram configuradas: a existência de motivação econômica para a operação, a independência entre as partes na formação do preço pago pela participação, a existência de efetivo pagamento do ágio (baseado em laudo de avaliação de empresa especializada) e, a modificação no controle da empresa adquirida.

Processo nº 16327.001743/2010-34  
Acórdão n.º **1301-001.505**

**S1-C3T1**  
Fl. 3.697

---

Pelo exposto, do ponto de vista estritamente fiscal, entendo que a operação societária realizada vai ao encontro dos dispositivos legais, que permitiam ao contribuinte beneficiar-se do ágio pago, mediante a sua amortização mensal na base de 1/60 avos.

Por estas razões, acompanhei o voto divergente, no sentido de dar provimento do recurso voluntário.

*(assinado digitalmente)*

Luiz Tadeu Matosinho Machado