



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

Processo n° 16327.720016/2016-65
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1201-002.247 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de junho de 2018
Matéria IRPJ
Recorrentes BANCO DE INVESTIMENTOS CREDIT SUISSE (BRASIL) S/A
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

ÁGIO FUNDAMENTADO EM EXPECTATIVA DE RESULTADOS FUTUROS. DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO.

A legislação que permite a dedução da amortização do ágio em determinadas circunstâncias e desde que preenchidos determinados requisitos é norma indutora de comportamento do contribuinte.

Não havendo ocorrência de fraude ou simulação e tendo sido verdadeiras e legítimas as operações perpetradas, inclusive, com a ocorrência do efetivo pagamento do preço, a dedução do ágio é possível, ainda que o benefício fiscal seja o principal ou mesmo o único elemento motivador.

Uma vez demonstrado o devido propósito negocial e substância econômica na realização de reorganizações societárias, a dedução da amortização do ágio torna-se ainda mais justificada.

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL.

A utilização da chamada "empresa veículo" não guarda qualquer ilegalidade ou abuso em si, sendo necessária a identificação de outros elementos como a fraude ou simulação para que a glosa da dedução do ágio se justifique.

Na hipótese em que presentes para o contribuinte, outras opções de movimentação societária que resultariam no mesmo efeito tributário que é a dedução do ágio, a eventual utilização de empresa veículo configura simples decisão de negócios que não prejudica o benefício fiscal.

LAUDO DE AVALIAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

Indevida a glosa do aproveitamento do ágio sob fundamento de intempestividade do laudo de avaliação vez que sequer existia previsão legal acerca da obrigatoriedade do laudo à época dos fatos.

ÁGIO INTERNO. AUSÊNCIA DE PARTES RELACIONADAS. INOCORRÊNCIA.

O ágio interno pressupõe uma operação que envolva partes que pertençam ao mesmo grupo econômico o que exclui do seu campo de abrangência a operação que envolve partes independentes com interesses diametralmente inversos.

EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. PREÇO. PROJEÇÃO BASEADA NA MÉDIA DO LUCRO DE PERÍODOS ANTERIORES. REACIONAL VÁLIDO. POSSIBILIDADE.

A expectativa de rentabilidade futura prevista na legislação refere-se à capacidade de geração de caixa futura da empresa adquirida. Tal projeção pode ser feita através da apuração de histórico de lucros de períodos passados vez que a geração de caixa no futuro guarda uma relação de continuidade dos resultados obtidos pela empresa no passado.

DA FORMA DE ESCRITURAÇÃO DO ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE DE GLOSA DO ÁGIO POR VÍCIO NA ESCRITURAÇÃO. ESSÊNCIA SOBRE A FORMA.

Uma vez verificada a negociação efetiva das ações, o pagamento efetivo do preço, a validade do racional para definição do preço e a ausência de simulação, a mera ausência de inclusão expressa na escrituração fiscal do embasamento legal do ágio não é motivo suficiente para glosa da dedução.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

CSLL. ÁGIO. REFLEXO DO IRPJ.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fato gerador de vários tributos impõe a constituição dos respectivos créditos tributários, e a decisão quanto à real ocorrência desses eventos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados. Assim, o decidido quanto ao IRPJ aplica-se à CSLL dele decorrente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário. Vencido o Conselheiro José Carlos de Assis Guimarães que dava parcial provimento ao recurso, apenas para afastar a glosa relativa ao 1º (primeiro) ágio. Vencida também a conselheira Ester Marques Lins de Sousa que negava provimento ao recurso. E, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteado - Relator

EDITADO EM: 08/07/2018

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eva Maria Los, Luis Fabiano Alves Penteado, José Carlos de Assis Guimarães, Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Barra Bossa, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Bárbara Santos Guedes (suplente convocada em substituição à ausência do conselheiro Rafael Gasparello Lima) e Ester Marques Lins de Sousa (Presidente). Ausente, justificadamente, o conselheiro Rafael Gasparello Lima.

Relatório

Trata-se de autos de infração à legislação do Imposto de Renda Pessoa Jurídica IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, lavrados em 19/01/2016, contra a contribuinte em epígrafe, em decorrência do procedimento de fiscalização autorizado pelo MPF nº 0816600.2014.00308, relativos a fatos geradores ocorridos nos ANOS-CALENDÁRIO 2012, 2013 e 2014 que resultaram na constatação de ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL (ágio): CUSTO/DESPESA INDEDUTÍVEL e MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE IRPJ E CSLL SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA.

Conforme DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA- LUCRO REAL, foram apuradas infrações cujos créditos tributários autuados perfazem o montante de R\$ 573.471.060, 85, no qual encontra-se incluída a multa de ofício de 150%, a multa isolada e os juros de mora calculados até janeiro de 2016.

Do auto de infração lavrado em relação ao IRPJ apurado, constam as seguintes infrações:

Dedução indevida de amortização de ágio - Primeiro Ágio

O objeto da fiscalização é a verificação da apuração do IRPJ e CSLL nos anos calendário 2012, posteriormente ampliado para os anos-calendário 2013 e 2014, em especial a dedução de pretenso ágio com fundamentação em rentabilidade futura escriturado quando da aquisição pelo Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S/A — doravante "CS" de 100% das ações da sociedade Hedging-Griffo Investimentos S.A. II - HGI-II, ocorrida em 20 de dezembro de 2006, com fechamento em 01 de novembro de 2007 e posterior incorporação em 28 de julho de 2008.

A HGI-II sociedade do tipo "holding", constituída em 07/06/06 sob a denominação de Hedging-Griffo Equities Administradora de Recursos S.A, fazia parte do

Grupo Hedging-Griffo HG composto por empresas operacionais e não operacionais do tipo "holding", conforme quadro abaixo que retrata a composição societária em 18/10/07:

As despesas com amortização de ágio durante o período compreendido nos anos-calendário 2008 a 2011 são decorrentes de eventos societários ocorridos nos anos-calendário 2006 e 2007, os quais demonstraram ter por finalidade criar uma situação que possibilitasse à fiscalizada aproveitar os benefícios fiscais previstos nos artigos 385 e 386 do RIR 1999.

Conforme documento datado de 20 de dezembro de 2006 "Contrato de Compra e Venda de Ações" entre Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S.A. ("Compradora") e as Pessoas Físicas elencadas nas páginas de assinatura ("Vendedores") e como intervenientes Hedging-Griffo Investimentos S.A., Hedging-Griffo Asset Management S.A., Hedging-Griffo Serviços Internacionais Ltda. e Hedging-Griffo Corretora de Valores SA. ("Sociedades Adquiridas") cujo objeto foi a aquisição de 5.001 (cinco mil e uma) ações ordinárias, sem valor nominal, representativas do capital social da HG Investimentos, equivalentes a 50% + 1 das ações do referido capital social (as "Ações Adquiridas").

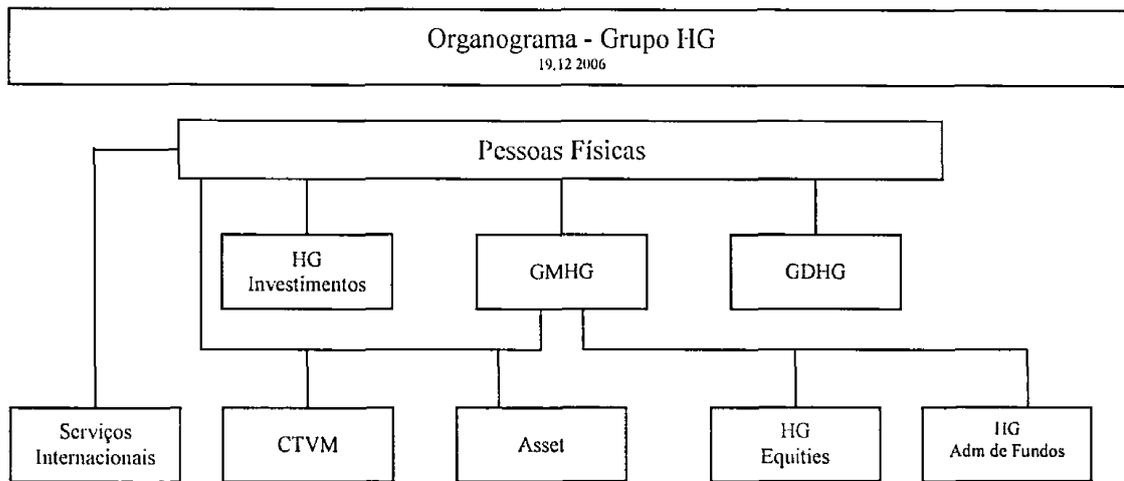
O valor da transação estabelecido foi de R\$ 635.000.000,00, a ser pago em quatro parcelas anuais de R\$ 158.750.000,00, a partir da data de fechamento prevista para ocorrer entre 30 de junho e 31 de dezembro de 2007, observadas as condições contratuais, sendo que cada pagamento estaria sujeito com correção diária pela variação do CDI. Ainda na data de fechamento seria firmado acordo de acionistas para reger a administração dos negócios após a efetivação da transação.

Consta ainda do contrato a previsão de que seria levada a efeito no Grupo HG uma reorganização permitida, reorganização societária interna das Sociedades Adquiridas a ser concluída antes do Fechamento, por meio da qual (i) a titularidade de todas ações emitidas e em circulação representativas do capital social da HG Corretora, HG Serviços Internacionais e HG Asset passará a ser detida diretamente pela HG Investimentos; (ii) na medida do necessário e conforme pactuado com a Compradora, o Negócio será transferido ou de outro modo cedido às Sociedades Adquiridas; e (iii) serão praticados demais atos ligados às aludidas providências, de modo a permitir que o Negócio seja incorporado à HG Investimentos, conforme pactuado entre as partes.

Passa-se neste momento a analisar a reorganização societária que antecedeu a incorporação da HGI-II pelo CS, ora recorrente.

Originalmente, o controle acionário das sociedades componentes do Grupo HG era exercido na sua totalidade por um grupo de 76 pessoas físicas, das quais 4 com participação majoritária. Em cada sociedade havia uma composição diferente de acionistas pessoas físicas e respectivas participações.

Em 19/12/2006, a estrutura societária do Grupo Hedging-Griffo era o seguinte:

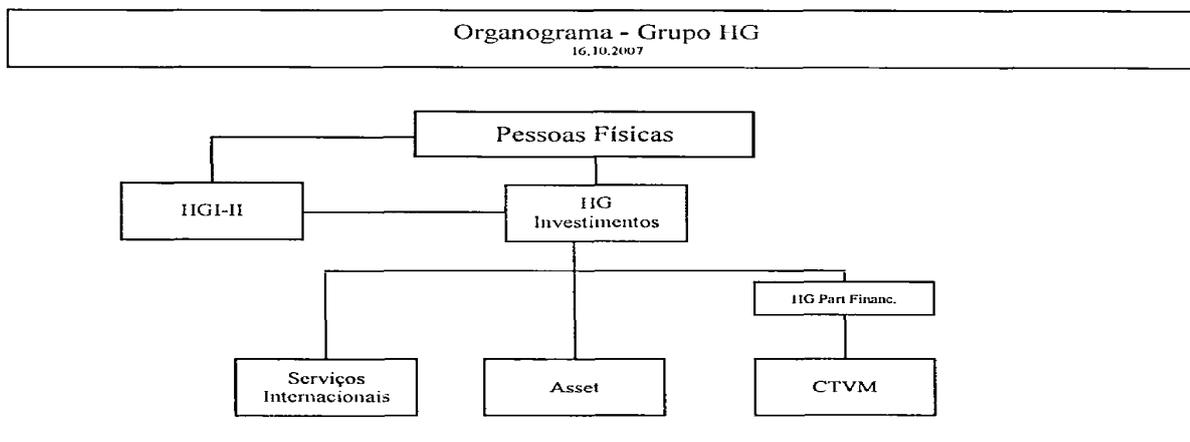
**COMPOSIÇÃO ACIONÁRIA**

<i>HG Serviços Internacionais Ltda.</i>		<i>GMHG</i>	
<i>Descrição</i>	<i>%</i>	<i>Descrição</i>	<i>%</i>
<i>Pessoas Físicas</i>	<i>100%</i>	<i>Pessoas Físicas</i>	<i>100%</i>
<i>Total</i>	<i>100%</i>	<i>Total</i>	<i>100%</i>
<i>HG Corretora de Valores S.A.</i>		<i>IIG Investimentos S.A.</i>	
<i>Descrição</i>	<i>%</i>	<i>Descrição</i>	<i>%</i>
<i>Pessoas Físicas</i>	<i>55%</i>	<i>Pessoas Físicas</i>	<i>100%</i>
<i>GMHG</i>	<i>45%</i>	<i>Total</i>	<i>100%</i>
<i>Total</i>	<i>100%</i>		
<i>HG Asset Management</i>		<i>GMHG</i>	
<i>Descrição</i>	<i>%</i>	<i>Descrição</i>	<i>%</i>
<i>Pessoas Físicas</i>	<i>52%</i>	<i>Pessoas Físicas</i>	<i>100%</i>
<i>GMHG</i>	<i>48%</i>	<i>Total</i>	<i>100%</i>
<i>Total</i>	<i>100%</i>		
<i>HG - Equities</i>		<i>IIG - Adm de Fundos</i>	
<i>Descrição</i>	<i>%</i>	<i>Descrição</i>	<i>%</i>
<i>GDHG</i>	<i>51%</i>	<i>GDHG</i>	<i>51%</i>
<i>GMHG</i>	<i>49%</i>	<i>GMHG</i>	<i>49%</i>
<i>Total</i>	<i>100%</i>	<i>Total</i>	<i>100%</i>

O Grupo HG desenvolvia atividades diversificadas no mercado financeiro e de capitais nacional, até então de forma independente, a saber, *private banking*, gestão de ativos e corretora de valores, através de empresas operacionais tais como Hedging-Griffo Serviços Internacionais S.A. – HGSI, Hedging-Griffo Asset Management SA. – HGAS, e Hedging-Griffo Corretora de Valores S.A. HGCV. Também faziam parte do Grupo as empresas operacionais HG Equities e HG Administradora de Fundos.

Constata-se que, apesar de toda a reorganização societária realizada até o momento anterior ao fechamento da aquisição pelo CS de participação societária majoritária no Grupo HG não sujeita a incorporação, o controle acionário total de 100% das empresas operacionais e não operacionais nunca deixou de ser exercido direta ou indiretamente pelas 76 pessoas físicas acionistas e quotistas do Grupo HG, tendo por único objetivo a transferência do controle societário direto ou indireto de suas empresas operacionais para a Hedging-Griffo Investimentos S/A HGI CNPJ 08.138.922/000171, conforme previsto no Contrato de Compra e Venda de Ações "Reorganização Permitida" e de 50% mais uma de suas ações desta para a HGI-II, conforme aditivo.

Na outra ponta a HGI-II, CNPJ 08.111.476/000101, passou a deter metade mais uma das ações da HG Investimentos CNPJ 08.138.922/000171. Em 28 de fevereiro de 2007 efetivamente a HG Investimentos passou a deter direta ou indiretamente 100% do controle acionário das sociedades operacionais HG Asset, HG Serviços Internacionais e HG Corretora de Valores.

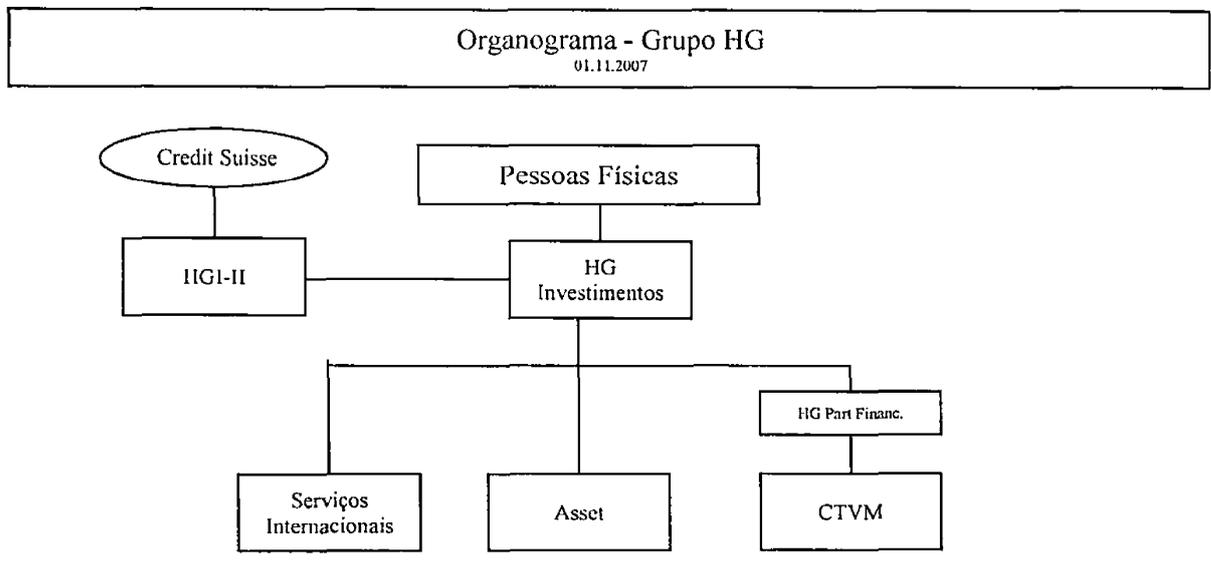


COMPOSIÇÃO ACIONÁRIA

<i>HG Serviços Internacionais Ltda.</i>		<i>HG Part. Financeiras</i>	
<i>Descrição</i>	<i>%</i>	<i>Descrição</i>	<i>%</i>
<i>HG Investimentos S.A.</i>	<i>100%</i>	<i>HG Investimentos S.A.</i>	<i>100%</i>
<i>Total</i>	<i>100%</i>	<i>Total</i>	<i>100%</i>
<i>HG Corretora de Valores S.A.</i>		<i>HG Investimentos S.A.</i>	
<i>Descrição</i>	<i>%</i>	<i>Descrição</i>	<i>%</i>
<i>HG Part. Financeiras</i>	<i>100%</i>	<i>HGI-II</i>	<i>50%</i>
<i>Total</i>	<i>100%</i>	<i>Pessoas Físicas</i>	<i>50%</i>
		<i>Total</i>	<i>100%</i>
<i>IIG Asset Management</i>			
<i>Descrição</i>	<i>%</i>		
<i>HG Investimentos S.A.</i>	<i>100%</i>		
<i>Total</i>	<i>100%</i>		
<i>HGI-II</i>			
<i>Descrição</i>	<i>%</i>		
<i>Pessoas Físicas</i>	<i>100%</i>		
<i>Total</i>	<i>100%</i>		

O restante do controle acionário da HG Investimentos passou a ser exercido 50% menos uma ação por Hedging-Griffo Investimentos S.A. I – HGI-I, CNPJ 07.995.528/000197. A HGI-I foi extinta por incorporação pela própria HG Investimentos em 18 de outubro de 2007, ficando as 50% menos uma ação sob propriedade das pessoas físicas.

Assim, a Hedging-Griffo Investimentos S.A. II - HGI-II, ocupou o lugar da HG Investimentos como a sociedade adquirida em conjunto com as demais sociedades adquiridas pelo CS no fechamento da transação, em 1 de novembro de 2007, conforme quadro abaixo:



COMPOSIÇÃO ACIONÁRIA

<i>HG Serviços Internacionais Ltda.</i>		<i>HG Investimentos S.A.</i>	
<i>Descrição</i>	<i>%</i>	<i>Descrição</i>	<i>%</i>
<i>HG Investimentos S.A.</i>	<i>100%</i>	<i>HGI-II</i>	<i>50%</i>
<i>Total</i>	<i>100%</i>	<i>Pessoas Físicas</i>	<i>50%</i>
		<i>Total</i>	<i>100%</i>
<i>HG Corretora de Valores S.A.</i>		<i>HG Part. Financeiras</i>	
<i>Descrição</i>	<i>%</i>	<i>Descrição</i>	<i>%</i>
<i>HG Part. Financeiras</i>	<i>100%</i>	<i>HG Investimentos S.A.</i>	<i>100%</i>
<i>Total</i>	<i>100%</i>	<i>Total</i>	<i>100%</i>
<i>HG Asset Management</i>			
<i>Descrição</i>	<i>%</i>		
<i>HG Investimentos S.A.</i>	<i>100%</i>		
<i>Total</i>	<i>100%</i>		
<i>HGI-II</i>			
<i>Descrição</i>	<i>%</i>		
<i>Credit Suisse</i>	<i>100%</i>		
<i>Total</i>	<i>100%</i>		

No fechamento, o objeto da compra e venda passou a ser a totalidade das ações da HGI-II, a sociedade adquirida pelo CS em conjunto com as demais "Sociedades Adquiridas".

Em 28 de julho de 2008 a HGI-II foi extinta por incorporação ao CS a valores contábeis, R\$ 154.491.019,89, conforme AGE, Protocolo de Incorporação e Laudo de Avaliação de ambas sociedade. De especial interesse no "Acordo de Acionistas" o fato de que a gestão das empresas adquiridas permaneceu com os antigos sócios majoritários, agora minoritários, corroborando informação constante no despacho do CAPE acima mencionado.

Regularmente intimada a apresentar documentação relativa à aquisição e incorporação da sociedade Hedging-Griffo, bem como demonstrar o ágio apurado e deduzido no período em análise e informar o embasamento legal que suportasse sua dedutibilidade, apresentou expediente onde informa que o CS comprou integralmente a HGI-II, empresa detentora do controle acionário de empresas operacionais grupo Hedging-Griffo, em novembro de 2007, após aprovação do Banco Central do Brasil, conforme contrato de compra e venda.

A empresa foi incorporada pelo CS, conforme Ata de Assembléia Geral Extraordinária realizada em 28 de julho de 2008 pelo valor patrimonial de R\$ 154.491.019,88. Escriturou em seus livros um ágio por expectativa de rentabilidade futura de R\$ 634.869.890,34 a ser amortizado num prazo de 74 meses, conforme Relatório de Avaliação Econômico Financeira emitido pela Ernst & Young.

Na seqüência afirma: "Considerando que em julho de 2008 o CS incorporou a HGI-II e o ágio gerado na referida operação tem com fundamento a expectativa de rentabilidade futura, as amortizações passaram a ser uma despesa dedutível, para fins de apuração do imposto de renda e contribuição social, com base no inciso 111 do art. 386 do Decreto nº 3000, de 1999."

fiscalização considera indedutível a escrituração do ágio e da subsequente dedução de sua amortização levada a efeito pelo CS na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSLL.

A fiscalização reputa inadmissível a dedução de ágio por não ter havido a efetiva incorporação das sociedades adquiridas.

Regularmente intimado a esclarecer a fundamentação legal para a apuração deste ágio e seu tratamento tributário, o CS indicou o embasamento como enquadramento legal no RIR/99 artigo 386, inciso III valor da rentabilidade futura da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros.

Além do motivo acima indicado se verifica ainda a utilização de "empresa veículo" sem propósito negocial, bem como o fato de que, por ocasião da aquisição da participação acionária, o CS não indicou na sua escrituração contábil qual o seu fundamento bem como não possuía o demonstrativo que suportasse a classificação do ágio como sendo fundamentado em expectativa de rentabilidade futura.

Pelos três motivos acima indicados entende esta fiscalização não terem sido atendidos os requisitos legais que suportassem a dedutibilidade do ágio, sendo obrigatório sua adição na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSLL.

Concluiu-se, após o término da fiscalização, que efetivamente se caracterizou todo o planejamento tributário engendrado por CS e Grupo HG não como uma operação de aquisição de controle acionário entre partes independentes com ágio baseado em rentabilidade futura com posterior incorporação da sociedade controlada, mas sim como uma aquisição majoritária de participação acionária, na qual não seria admissível a dedução da amortização do ágio efetivada pelo CS por não haver se concretizado de fato a incorporação de sociedades conforme pretendido pelas partes.

Ainda que se pudesse considerar o planejamento tributário executado pelas partes como válido, o pretense ágio foi, segundo a fiscalização, incorretamente classificado pelo CS como baseado em "expectativa de rentabilidade futura".

O objeto da transação era a aquisição de 50% mais uma ação da HG Investimentos e demais sociedades adquiridas e não de 100% das ações da HGI-II: apesar de que no final o resultado tenha sido o mesmo, esta mudança por ocasião do fechamento se mostrou supostamente sem propósito negocial.

Comprovou-se a impossibilidade de considerar o ágio como fundamentado em rentabilidade futura pelo fato de o demonstrativo exigido pela legislação vigente como documentação comprobatória da fundamentação econômica de qualquer ágio haver sido lavrado em data posterior à efetivação da transação 14 de maio de 2008, em total desacordo com o previsto no caput e § 3º do artigo 385 do RIR 1999.

Foi reputado pela fiscalização que, em não havendo qualquer indicação da fundamentação econômica do ágio e na ausência do demonstrativo exigido legalmente nesta data, por exclusão, uma vez que é pré-requisito indispensável para classificação nos incisos I ou II do § 2º do artigo 385, o investimento e respectivo pretense ágio foi avaliado pelo inciso III do § 2º deste mesmo artigo, isto é, fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

A fiscalização encontra justificativa no fato de o relatório ter sido elaborado posteriormente poderia levar a uma situação não de todo incomum em que o valor do ágio escriturado quando do fechamento da transação R\$ 634 milhões poderia ser superior ao valor indicado na avaliação pela "expectativa de rentabilidade futura" realizada depois de sete meses, situação esta decorrente até mesmo a fatores alheios ao controle entre as partes, tais como alterações das condições de mercado ou regulatórias, inovação tecnológica, economia mundial.

A partir destas afirmações, restou caracterizado o evidente intuito de fraude, uma vez que, simulada a aquisição de participação societária como "total, 100%" e não apenas "majoritária, 50% mais uma ação", aliada à caracterização de ágio de maneira diversa da real "expectativa de resultados futuros" e não "outras razões econômicas" e daí para frente simulados também os demais atos encadeados, em especial a "formal" "incorporação de sociedade" que não ocorreu de fato, o fiscalizado impediu dolosamente, total ou parcialmente a ocorrência do fato gerador do IRPJ e da CSLL de acordo com o art. 72 da Lei nº 4.502, de 30.11.1964.

A base legal para cobrança da multa qualificada de 150%, pelo evidente intuito de fraude é o art. 44, § 1º e inciso II "b" da Lei nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007 em seu art. 14.

Dedução indevida de amortização de ágio - Segundo Ágio

O auto de infração ora em discussão tem como objeto também um chamado "segundo ágio" a partir de 2012 que se refere à aquisição de 50% mais um ação do Grupo HG, conforme descrição abaixo que trago do TVF:

5.1.2 Da aquisição de 50% menos uma ação do Grupo HG – formação e amortização do segundo ágio – a partir de 2012.

Concluído o entendimento relativo à aquisição do primeiro lote de ações – participação majoritária – passamos a analisar a aquisição do segundo lote de ações – saldo de ações de propriedade dos vendedores – compra esta que transformou o grupo HG em subsidiária integral do CS.

Regularmente intimado a apresentar documentação societária relativa à incorporação da sociedade Hedging Griffõ verificada em 2012 – item 3 do TIF nº 01 de 12 de dezembro de 2014, ciência via postal em 17 de dezembro de 2014; após solicitar prorrogação de prazo em 06 de janeiro de 2015, atendeu ao requerido através de expediente-resposta recepcionado nesta DEINF em 16 de janeiro de 2015, a saber:

(...)

Solicitado a apresentar – item 4 do mencionado TIF nº 01 - demonstrativo de apuração, contabilização e amortização bem como embasamento legal, relacionou através do mesmo expediente-resposta o que segue:

(...)

Conforme disposição do citado “Acordo de Acionistas”, a partir de 31 de dezembro de 2011 e por um prazo de 04 (quatro) meses, ambas as partes poderiam exercer direitos em relação às ações remanescentes, representadas por 49,575% do capital social da CSHG-I: melhor explicando, os antigos acionistas do grupo HG por sua iniciativa poderiam vender as ações remanescentes ao CS, bem como o CS poderia comprar o restante das ações possuídas pelos acionistas do grupo HG, mediante simples notificação do exercício desta opção.

Efetivamente, conforme “Notificação de Exercício de Opção de Compra”, datado de 24 de abril de 2012, o CS exerceu sua opção de compra da agora CSHG Investimentos, conforme segue:

(...)

Conforme cláusulas 7.1.(a) e (b) do citado Acordo de Acionistas, o valor do exercício da opção de compra equivaleria a dez vezes a média do lucro líquido ajustado nos anos-calendário 2009 a 2011, conforme segue:

(...)

Após elaboração de Termos de Prosseguimento de Ação Fiscal em 04 de março de 2015, ciência via postal em 06 de março de 2015 e em 27 de abril de 2015, ciência via postal em 29 de abril

de 2015 e com base na análise da documentação apresentada, formulou-se nova intimação – Termo de Intimação Fiscal nº 02 de 26 de junho de 2015, ciência via postal em 02 de julho de 2015 – na qual se solicitaram diversos esclarecimentos adicionais.

Em 17 de julho de 2015 o CS solicitou prorrogação de prazo, tendo atendido ao TIF nº 02 através de expediente resposta recepcionado nesta DEIN em 10 de agosto de 2015, apresentando comprovantes de efetivo pagamento da aquisição de participação acionária e respectiva retenção na fonte e prestou as seguintes informações:

" Justificar a elaboração de laudo de avaliação por Ernst & Young Terco em data posterior à de aquisição de participação com ágio - 18 de julho de 2012 x 12 de junho de 2012, em especial o fato de não embasar previamente o valor da transação mas apenas para justificar a sua amortização com base em expectativa de rentabilidade futura.

O CS contratou a Ernst & Young Terco (E&Y) no mês de Maio de 2012, antes da data de aquisição da segunda parcela das ações da HG, para elaboração de laudo de avaliação. Entretanto, a E&Y finalizou os trabalhos, com a respectiva emissão de Laudo, apenas em 18/07/2012.

Ressaltamos que, de acordo com a conclusão do referido laudo (item 9.1), a E&Y estimou o valor da CSHG em 2.559 milhões. "

Conforme o citado Acordo de Acionistas, o valor de R\$ 1.198.510.415,55 foi pago em quatro parcelas de R\$ 299.627.508,00, parcelas estas acrescidas de juros pelo CDI, sendo a primeira em 12 de junho de 2012 e as demais no dia 02 de janeiro anos de 2013, 2014 e 2015, conforme "Demonstrativo de pagamento e retenção na fonte" apresentado pelo CS.

Através desta aquisição o CS passou a deter 100% das ações da CSHG I.

Com a efetivação em 12 de junho de 2012 da aquisição de 49,58% das ações da CSHG Investimentos – apurado patrimônio líquido total em maio de 2012 de R\$ 174.836.511,58 e patrimônio líquido adquirido equivalente a 49,58% igual a R\$ 86.675.200,62 - o CS registrou ágio na conta 2.1.2.10.15.091-4 "Ágio-CSHG o valor de R\$ 1.111.835.214,93 com o histórico "2221 - Ágio na Aquisição de Investimento", sem indicar sua fundamentação legal. Conforme demonstrativo, o ágio, pretensamente fundamentado em "expectativa de rentabilidade futura", passaria a ser amortizado em 84 parcelas de R\$ 13.236.133,51.

Em 18 de julho de 2012 foi elaborado por Ernst&Young Terco "Laudo de Avaliação da Credit Suisse Hedging Griffo Investimentos S.A."

Em 31 de julho de 2012 conforme ata de Assembléia Geral Extraordinária às 10:00 horas a CS incorporou a valores contábeis a Credit Suisse Hedging Griffo Investimentos S.A e passou a amortizar mensalmente o referido ágio na conta 8.1.9.99.00.42-6 “Amortização Ágio ref Aquisição HG”, perfazendo o total de R\$ 79.416.801,06 no ano-calendário 2012 – de julho a dezembro de 2012, 6 parcelas de R\$ 13.236.133,51. Cabe observar que esta é a mesma conta na qual já vinha sendo lançada a despesa de amortização do primeiro ágio descrito no item 4 deste TVF, em contrapartida à conta redutora 2.1.2.10.15.094-4 - “Amortização de Ágio”.

Ainda em 31 de julho de 2012 conforme ata de Assembléia Geral Extraordinária às 12:00 horas o CS incorporou também a Credit Suisse Hedging Griffo Participações Financeiras S.A. - CSHG – Participações, a valores contábeis: com este último evento societário o CS finalmente concluiu seu planejamento tributário iniciado em 2006, passando a controlar diretamente 100% das empresas operacionais do então grupo HG, a saber, CSHG Corretora de Valores S.A., CSHG Serviços Internacionais Ltda. e CSHG Asset Management S.A. Cabe observar que este último evento não influencia em nada a presente auditoria.

Já mais de um ano antes do prazo para o exercício de opção – início de 2012 - o mercado financeiro especulava qual seria o novo arranjo entre CS e o senhor Luis Stuhlberger, conforme artigo disponível no site do Valor Econômico em 27.09.2010, transcrito a seguir:

(...)

Também mais próximo à aquisição, a imprensa especializada deu o devido destaque , conforme reportagem disponível no site do Valor Econômico em 22.08.2011:

(...)

Ambas reportagens indicam um “modus operandi” típico de uma “Parceria/ Associação” mais de que uma incorporação: cabe destacar a manutenção de estruturas administrativas duplicadas, a transferência de carteiras de negócios, a manutenção da “grife” Hedging Griffo” mesmo após a compra da totalidade de suas ações e por fim e não menos importante a existência de cláusulas de barreira de impedimento do senhor Luis Stuhlberger e sua equipe de abrirem concorrência ao CS até 2015.

Com a proximidade do fim da cláusula de barreira, as partes negociaram nova forma de associação, também noticiada pela imprensa, disponível no site <http://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,creditsuisseeluissstuhlbergerviramsocios,181586e>, Economia – Estadão, caracterizada por um planejamento conhecido como “casa/separa/casa”:

(...)

Por fim trazemos descrição da operacionalização desta nova forma de parceria, obtida de “Prospecto” do fundo “CSHG DIVIDENDOS” - CNPJ 05.586.710/0001-69, conforme segue:

(...)

Por fim cabe observar que as principais fontes de receita proveniente dos negócios adquiridos são a “taxa de administração” e a “taxa de performance-gestão”, sendo que ao longo de todo o período em análise – 2006 a 2015 – suas receitas foram alocadas/relocadas entre as partes conforme acordos operacionais e de parceria – conforme citado nas reportagens acima - mesmo após a aquisição de 100% da HG pelo CS.

5.2 DO DIREITO APLICADO

Regularmente intimado a esclarecer a fundamentação legal para a apuração deste segundo ágio e seu tratamento tributário, o CS indicou como embasamento a “EXPECTATIVA DE LUCROS FUTUROS”, enquadramento legal no RIR/99 – artigo 386, inciso III – valor da rentabilidade futura da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros”.

O dispositivo legal citado foi incorporado ao RIR/99 em combinação com seu artigo 385, a seguir transcrito em conjunto com o artigo 386, que trata da dedutibilidade do eventual ágio apurado quando de incorporação da sociedade em que estiver escriturado.

(...)

Como visto acima, a dedutibilidade do ágio, quando fundamentado em “expectativa de rentabilidade futura”, passa a ser aceita na legislação tributária no momento em que ocorre a incorporação, assim entendida como a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações (Lei das S.A. - Lei n.º 6.404, de 1976, art. 227; Código Civil - Lei n.º 10.406, de 2002, art. 1116).

Desaparecem as sociedades incorporadas, permanecendo, porém, com a sua natureza jurídica inalterada, a sociedade incorporadora.

Preliminarmente e apenas a título de argumentação, esta fiscalização afirmou quando da auditoria da primeira aquisição pelo CS de 50% mais uma das ações das empresas operacionais do Grupo HG, aquisição esta viabilizada através da utilização de empresa-veículo CSHG-II, que havia impossibilidade legal desta incorporação, uma vez que não houve a aquisição de 100% de participação societária nas empresas operacionais, mas apenas de 50% mais uma das suas ações.

Foi aventada na impugnação e julgamento de primeira instância a possibilidade de outras formas de aquisição, tais como

incorporação de ações mediante troca de participações acionárias, tornando-se os antigos donos do Grupo HG sócios do CS, ou ainda a compra pelo CS de participações de acionistas dissidentes: ocorre que qualquer uma destas hipóteses diferente da aquisição direta foi vedada por expressa disposição contratual, item 8.2 letra (c) do “Contrato de Compra e Venda de Ações” firmado em 20 de dezembro 2006, a seguir transcrito:

(...)

Esta segunda aquisição foi o fechamento da utilização de planejamento tributário abusivo com a finalidade única de obter vantagens tributárias indevidas na apuração do IRPJ e CSLL, mediante dedutibilidade de amortização de um novo segundo pretensão ágio fundamentado em “expectativa de rentabilidade futura” .

Cabe observar que a natureza comercial do negócio entre os grupos CS e HG se caracterizou mais como uma “Parceria/ Associação” , mesmo que juridicamente tenha o grupo HG se transformado em subsidiária integral do CS, inicialmente com a aquisição em 2006 de participação majoritária e posteriormente com a aquisição do saldo de ações em 2012, conforme será demonstrado nesta auditoria.

Esta fiscalização reputa inadmissível a dedução da amortização do segundo ágio pelas razões a seguir individualizadas:

- Para efeitos legais e tributários, a segunda aquisição de participação societária se trata de uma nova operação, desvinculada da primeira aquisição;*
- A aquisição da segunda parte de ações se deu entre “partes relacionadas”;*
- Não houve a incorporação das sociedades efetivamente adquiridas, quais sejam, as empresas operacionais do grupo HG. A dedução da amortização do ágio somente foi possível mediante a utilização de “empresa-veículo”, a CSHG-I, sociedade sem propósito comercial;*
- O valor da transação – 10 vezes a média do lucro líquido dos anos calendário 2009 a 2011 - foi pré-estabelecido em Acordo de Acionistas e não guardou relação com “expectativa de rentabilidade futura;*
- a apuração de ágio pretensamente fundamentado em rentabilidade futura visou apenas a obtenção de benefícios fiscais. Por ocasião da aquisição da*
participação acionária o CS não indicou na sua escrituração contábil qual o fundamento do ágio;
- Não possuía na data da aquisição do segundo lote de ações o demonstrativo que suportasse a classificação do ágio como sendo fundamentado em “expectativa de rentabilidade futura”;*
- O Laudo de Avaliação elaborado posteriormente à data de aquisição das ações se mostrou tecnicamente falho e imprestável para a finalidade pretendida.*

Pelos motivos acima indicados entende esta fiscalização não terem sido atendidos os requisitos legais que suportassem a dedutibilidade da amortização do ágio, sendo obrigatório sua adição na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSLL no período em análise, conforme demonstrado a seguir.

5.2.1 Ausência de vinculação entre a primeira e a segunda aquisição de participação acionária. Caracterização de ato jurídico independente.

Preliminarmente cabe observar que, apesar de prevista como possível em Acordo de Acionistas firmado quando da primeira aquisição de ações, esta segunda aquisição se configura como um novo ato jurídico independente, devendo observar as disposições legais do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77, que determina a forma de contabilização da transação “por ocasião da aquisição da participação” e como tal será analisado por esta auditoria.

O Acordo de Acionistas firmado quando da aquisição de metade mais uma das ações do grupo HG previu em sua cláusula “7” e itens apenas e tão somente a possibilidade de exercício de uma opção de compra e venda do restante das ações, não obrigando de forma alguma as partes a efetivarem esta opção.

O mesmo Acordo previu a sua auto-extinção em caso do não exercício da opção, conforme sua cláusula 9.3, letra (b) a seguir transcrita:

(...)

Caso houvesse a obrigação de exercício de venda ou compra pelas partes, tal cláusula seria totalmente desnecessária, comprovando nossa tese de que a aquisição de 49,58% das ações da CSHG-I se trata uma transação independente da primeira aquisição de participação acionária e como tal deve ser tratada.

Também a forma de cálculo do preço da segunda aquisição – 10 vezes a média do lucro dos anos 2009 a 2011 – indica se tratar de uma nova transação: apenas a título de argumentação, caso se pudesse ligar a primeira à segunda aquisição, o preço poderia ser os mesmos R\$ 635.000.000,00 pagos por 50% das ações corrigidos pela variação do CDI, sem a necessidade de estabelecimento de um novo critério de valor.

Por fim e não menos importante, o CS formalizou em 18 de maio de 2012 processo administrativo junto ao Conselho Administrativo de Direito Econômico -CADE do Ministério da Justiça - “Ato de Concentração” nº 08012005636/2012-62, cuja cópia integral passa a fazer parte inseparável deste processo.

Fosse uma mesma operação em relação à primeira aquisição, não haveria necessidade de tal providência pelo CS.

Segundo a Fiscalização a aquisição do segundo lote de ações se deu entre "partes relacionadas" o que impossibilitaria a avaliação do valor da transação pelo critério de "valor justo", conforme também delineado no TVF:

Caracterizada a transação como um ato jurídico independente, no momento de sua efetivação em junho de 2012, e ao contrário do afirmado pelo CS em resposta ao item 7 do TIF nº 02, a compra e venda de ações da CSHG-I se deu entre "partes relacionadas", fato este que por si só já inviabiliza a dedutibilidade da amortização do ágio, pela impossibilidade de determinação de um valor justo de mercado para a transação.

O reconhecimento do ágio gerado em 12 de junho de 2012 pela compra e venda de ações da CSHG-I não encontra respaldo na Teoria Contábil, ou seja, não é possível reconhecer, contabilmente, uma mais-valia de um investimento quando originado de uma transação entre partes relacionadas, tal como no presente caso, uma vez que à época de registro do ágio, a empresa adquirente – CS - era detentora de 50% mais uma das suas ações, enquanto os vendedores - as pessoas físicas relacionadas no anexo B do "Acordo de Acionistas" firmado em 2007 – eram detentores de 50% menos uma das ações envolvidas na operação, ou seja, já eram sócias entre si na própria sociedade objeto da transação, além de compartilharem a gestão dos negócios, o que caracteriza se tratar de uma transação entre partes relacionadas.

A vedação ao reconhecimento de uma mais valia gerada de uma transação entre partes relacionadas advém da Ciência Contábil e foi consagrada pelo Conselho Federal de Contabilidade que enunciou esse impedimento, expressamente, como consequência do Princípio do Registro pelo Valor Original, consoante artigo 7º da Resolução CFC nº 750/93, in verbis:

(...)

O Conselho Federal de Contabilidade editou, ainda, a Resolução CFC nº 1.110/2007 que, em seu item 120, assim determina:

(...)

No mesmo sentido, o item 47 do Pronunciamento Técnico CPC-04/2008 e o item 47 da Resolução CFC 1.139/2008 dispõem que:

(...)

Portanto, se os atos expedidos pelo CFC vinculam os contabilistas, uma vez que sua inobservância pode caracterizar infração no exercício da profissão, a mesma sorte acompanha as pessoas jurídicas, cujas demonstrações financeiras são elaboradas por tais profissionais.

Neste sentido lecionam os professores Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Junior, in "A Incorporação Reversa com ágio gerado internamente: Consequências da Elisão Fiscal sobre a Contabilidade"

(<http://www.congressosp.fipecafi.org/artigos42004/13.pdf>) consoante excerto do referido artigo, a seguir transcrito:

(...)

Percebe-se que a doutrina contábil rejeita o reconhecimento de um ágio formado internamente, uma vez que a ausência de independência entre as partes interessadas no negócio impede a fixação do chamado valor justo a ser tomado

como referência para o reconhecimento ou não da formação da mais valia. Ou seja, o efetivo valor econômico de uma empresa depende do que o mercado está disposto a pagar por ela, entendendo-se por mercado, todavia, um ambiente negocial livre e aberto, com a interveniência de agentes econômicos independentes, o que não ocorre no caso concreto.

Neste sentido, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), autarquia responsável pela fiscalização e regulação do mercado de valores mobiliários também condena o reconhecimento de ágio em operações realizadas dentro mesmo grupo econômico. O Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, de 14/02/2007, em conformidade com outros atos anteriores, expressa esse entendimento:

(...)

Cabe observar que a CVM, quando diz que “ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários”, não está afirmando que as operações de reestruturação societária que geram ágio interno têm cobertura legal, mas sim, ressaltando que elas podem até terem sido efetuadas de acordo com o procedimento previsto na lei societária, isto é, precedidas das formalidades nela previstas, como protocolo e justificação de incorporação, avaliação patrimonial, assembleias de aprovação das companhias envolvidas, que, entretanto, não alteram o fato de que elas não se revestem de substância econômica passível de registro pela Contabilidade, consoante excerto do mesmo Ofício- Circular:

(...)

A CVM adverte que a mera observância das formalidades previstas na lei societária não é condição suficiente para reconhecer o ágio surgido em uma determinada operação, sendo necessário observar, também, requisitos materiais, como a independência das partes, pagamento e um efetivo ambiente concorrencial.

Desta maneira, em consonância com o princípio contábil do registro pelo valor original, somente uma transação entre agentes independentes daria respaldo ao reconhecimento de um ágio.

A impossibilidade de se contabilizar o ágio gerado internamente está ligada ao Princípio do Custo como Base de Valor, que considera o valor de entrada como o que deve servir de base para registro de qualquer ativo.

Se o ágio intragrupo não é reconhecido pela lei societária e pela Contabilidade, também não o será pela lei tributária, por força do disposto nos artigos 247 e 274 do RIR/99.

Em síntese, o ágio somente pode ser admitido quando decorrente de transações envolvendo partes independentes, condição necessária à formação de um preço justo para os ativos envolvidos. Nos casos em que seu aparecimento acontece no bojo de transações entre sócios de uma mesma entidade, o ágio não tem consistência econômica ou contábil, configurando geração artificial de resultado cujo registro contábil é inadmissível. Nessa situação, a despesa com a amortização do ágio é indedutível.

De fato, a amortização do ágio interno configura despesa não incorrida, visto que a sua indedutibilidade repousa em vício na sua própria origem, ou seja, antes de se apresentar inadmissível a sua amortização fiscal, não se reconhece a própria formação desse ágio, por ausência de substância econômica.

Continua ainda a Fiscalização em seu racional que considera ambos os ágios indedutíveis:

A fim de se prevenir eventual alegação do CS de que a primeira aquisição de ações e o conseqüente “Acordo de Acionistas” foram realizados entre “partes independentes” e que a possibilidade da segunda aquisição estava prevista no referido “Acordo”, inclusive com o estabelecimento de critérios para o estabelecimento do preço da transação, não há como considerar estes fatos como determinantes da “independência” entre as partes:

Primeiro, como já provado, se trata de um novo ato comercial e jurídico, completamente independente, sendo o “Acordo de Acionistas” um documento que não obrigou as partes a qualquer efetivação de uma segunda aquisição de ações, mas apenas estabeleceu condições para o exercício de opção.

Segundo, o estabelecimento a priori de critério para o preço da transação – 10 vezes a média do lucro líquido dos anos-calendário 2009 a 2011 – enquanto válido para a determinação de um valor justo para transações entre partes independentes – não pode ser considerado como um critério válido para nosso caso em auditoria, uma vez que o lucro líquido de cada exercício foi fruto da gestão compartilhada dos próprios acionistas compradores e vendedores, que continuaram à frente dos negócios do novo grupo CSHG.

Melhor explicando, apesar do critério ser conceitualmente válido, sua aplicação prática ao nosso caso o invalida, pela “contaminação” decorrente da apuração dos resultados pelos próprios interessados.

Não cabe a esta auditoria avaliar eventual “vantagem” ou “desvantagem” que cada uma das partes possa ter contabilizado, apenas se constata a transação como efetuada entre partes relacionadas e portanto sem possibilidade de apuração de um valor justo. Esta fundamentação também será melhor desenvolvida quando da análise do “Laudo de Avaliação”.

Apenas para prevenir possível alegação do CS de que o Contrato de Compra e Venda de 2006, Capítulo I - “DEFINIÇÕES”, item “Afiliação” dispõe que “...a titularidade das Ações Objeto de Opção de Venda e das Ações Objeto de Opção de Compra (conforme definido no Acordo de Acionistas) não será considerado Afiliação”, e portanto a segunda aquisição se deu entre parte não relacionadas, considera-se que esta cláusula particular é nula de pleno direito, não podendo se opor às definições acima apresentadas relativas à caracterização de transações entre “partes relacionadas”. Sua simples existência demonstra a convicção de se tratar uma operação entre partes relacionadas.

5.2.3 Da ausência de incorporação de fato das sociedades negociadas –utilização da CSHG-I como empresa veículo sem propósito negocial.

Em sua obra “Planejamento Tributário”¹, Marco Aurélio Greco denomina como as aqui descritas de “operações preocupantes” e dedica um capítulo ao estudo dessas operações. Além das “operações em sequência” já acima mencionadas, reproduz-se a seguir as demais lições desse autor relativas à situação ora em análise:

(...)

Caracteriza-se, assim, como sem propósito negocial a utilização da CSHG I na reorganização societária levada a efeito pelo Grupo HG.

A direta observação da seqüência de operações leva a se concluir de pronto pela impossibilidade de dedução de amortização de ágio como pretendido pelo CS pelo simples fato de que, apesar de negociado o saldo de participação minoritária das sociedades adquiridas, esta negociação se deu através de uma empresa veículo, sem propósito negocial– a CSHG I - e não das sociedades operacionais do grupo HG que permanecem ativas até o presente momento, ou seja, não houve a incorporação que possibilitaria, em tese, a dedução da amortização do segundo ágio.

A utilização da sociedade CSHG I caracteriza-se como sem propósito negocial, a conhecida “empresa-veículo” já bem definida na jurisprudência administrativa que trata da matéria e conforme detalhado no item 4.2.2 deste TVF.

Com a aquisição do segundo lote de ações, a definição de fato para o negócio deixou de ser a inicial “aquisição de

participação societária majoritária no Grupo HG pelo CS”, para a “aquisição total do Grupo HG”: neste segundo estágio da operação e como no primeiro estágio os dois grupos econômicos acordaram com a manutenção conjunta da gestão das sociedades adquiridas com os antigos vendedores Fundadores remanescentes.

Efetivamente, a transação entre CS e Grupo HG representada nesta fase pela “conclusão da aquisição em duas etapas do Grupo HG”, caracterizou-se como realizada entre os dois grupos econômicos para exploração recíproca de suas bases de clientes mediante oferecimento de novas linhas de produtos, conforme noticiado pela imprensa à época da primeira aquisição e válida também para a segunda aquisição e novamente transcrito a seguir:

(...)

Conforme descrito quando da aquisição do primeiro lote de ações, também no final do processo concluído com a aquisição do segundo lote de ações, o CS efetivamente não incorporou ao seu patrimônio as “Sociedades Adquiridas”, apesar de deter a totalidade de suas ações.

Melhor explicando, as “Sociedades Adquiridas” continuaram ativas, mesmo após passarem a ter 100% de seu controle acionário detido pelo CS.

A utilização de empresa veículo para a formação de ágio, no caso a CSHG I, reforça a conclusão de diversidade de propósito negocial, uma vez que, se fosse o caso, o CS poderia ter adquirido o controle acionário individual de cada sociedade negociada.

Apenas a título de argumentação e sem discutir o direito de livre organização e iniciativa das empresas, o verdadeiro propósito negocial de exploração recíproca de bases de clientes para o oferecimento de produtos complementares poderia ter sido alcançado sem a necessidade de toda a reorganização societária levada a efeito, mas simplesmente mediante a assinatura de um “ACORDO OPERACIONAL”, com ou sem exclusividade, como efetivamente fez a CSHG Corretora de Valores com os Bancos Credit Suisse Investimentos e Credit Suisse Múltiplo.

Por fim e não menos importante cabe observar que a alegada eficiência administrativa utilizada como pretexto para justificar toda a engenharia societária praticada pelas partes não merece guarida, pois o próprio grupo CS, antes de adquirir o grupo HG, já possui em sua estrutura o controle de 100% de sociedades e/ou objetivos sociais equivalentes aos das Sociedades Adquiridas, conforme extraído de sua DIPJ, ficha 62, “Participações Permanentes em Coligadas e Controladas”, a saber:

- Banco Credit Suisse (Brasil) S.A.*
- Credit Suisse (Brasil) CTVM*
- Credit Suisse (Brasil) DTVM S.A.*

- *Nova Sede Empreendimentos S.A.*
- *Credit Suisse (Bahamas) Ltda.*

Transcrição do Item IV do “Ato de Concentração” do CADE acima citado comprovam a identidade de mercados explorados pelas partes, conforme segue:

(...)

A identidade com o HG da gama de operações financeiras desenvolvidas pelo próprio Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) mais suas controladas comprovam a ausência de propósito negocial no planejamento tributário utilizado no caso em análise.

Melhor explicando, bastaria ao grupo CS “receptionar” os profissionais e as operações do grupo “HG”, mediante a simples contratação destes profissionais e transferência de sua carteira de operações e clientes às respectivas congêneres, seja através de aquisição direta ou até mesmo através de celebração de “Acordo Operacional” como já acima citado, sem prejuízo de aquisição da marca “Hedging Griffó”.

Tese da defesa quando da primeira autuação, cita a hipótese de que se justifica a aquisição de um restaurante famoso apenas quando junto se mantém seu “chefe de cozinha” e equipe reconhecidos pela qualidade de seus serviços: pois bem em nosso caso não haveria necessidade alguma de se adquirir o “restaurante”, pois o CS já possuía este tipo de estabelecimento, podendo apenas contratar o “chefe de cozinha” e sua equipe, no caso, o sr. Luiz Stuhlberger e demais componentes do grupo HG, ou ainda estabelecer uma parceria do tipo “franquia” muito comum neste mercado de alimentação.

Concluimos por todo o exposto que efetivamente se caracterizou todo o planejamento tributário engendrado por CS e Grupo HG não como uma operação de aquisição de controle acionário entre partes independentes com ágio baseado em rentabilidade futura com posterior incorporação da sociedade controlada, mas sim como uma aquisição de controle acionário, onde não seria admissível a dedutibilidade da amortização do ágio efetivada pelo CS por não haver se concretizado de direito e de fato a incorporação de sociedades objeto da negociação, as empresas operacionais do grupo HG.

Fato recente comprova nossa tese: conforme amplamente noticiado pela imprensa, já em meados de 2014 e capitaneado pelo sr. Luiz Stuhlberger foi acordada sua saída do grupo CSHG com a fundação de uma nova gestora que contou com o próprio CS como sócio minoritário, arranjo este levado a efeito logo após o fim do “Período de Restrição” em 1º de janeiro de 2015 e o pagamento da quarta parcela devida pela aquisição em 2012.

5.2.4 Valor da transação determinado por múltiplos de média de rentabilidade passada - Descaracterização do pretense ágio como “EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA”

Ainda que se pudesse considerar o planejamento tributário executado pelas partes como válido, vale observar que também o segundo pretense ágio foi incorretamente classificado pelo CS como baseado em “expectativa de rentabilidade futura”.

apurado: O TVF também aponta vício formal que impossibilita a dedução do ágio

5.2.6- Ausência de indicação na escrituração contábil do embasamento legal do ágio.

(...)

5.2.7 - Ausência de demonstrativo exigido por lei no momento da aquisição do investimento pelo CS – Deficiências técnicas e Imprestabilidade do relatório para a finalidade pretendida.

Ainda que superadas todas as argumentações anteriores, comprova-se a impossibilidade de se considerar o pretense ágio como fundamentado em rentabilidade futura pelo fato do demonstrativo exigido pela legislação vigente como documentação comprobatória da fundamentação econômica de qualquer ágio haver sido lavrado em data posterior à efetivação da transação – 12 de julho de 2012 versus 12 de junho de 2012 respectivamente - em total desacordo com o previsto no “caput e § 3º do artigo 385 do RIR/99:

Por fim, a fiscalização aponta que houve intuito de fraude na conduta do contribuinte o que justificou a aplicação da multa qualificada:

6. DO EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - MULTA QUALIFICADA

O negócio jurídico, para traduzir-se em um comportamento elisivo, legalmente aceito, não pode fraudar o sistema normativo em que foi erigido. O negócio jurídico indireto é composto por vários negócios jurídicos e é suficiente que apenas um esteja eivado de ilicitude para restar contaminado o resultado pretendido. Em nosso caso identificamos dois.

Pelos motivos expostos, em decorrência da desqualificação da operação de incorporação como um todo pela permanência em atividade das sociedades operacionais –bem como impossibilidade decorrente da não aquisição da totalidade das ações das sociedades adquiridas na primeira aquisição - e dos atos a este evento ligados, ficou caracterizada também a ação dolosa da caracterização do ágio como “expectativa de rentabilidade futura” e todos eventos adjacentes dos quais se

destacam a criação de empresa veículo e elaboração de relatório de avaliação posterior ao fechamento da transação para suportar o benefício fiscal pretendido, tudo sem motivação extra-tributária, todo o conjunto das operações aqui citadas levou a uma única finalidade: diminuição ou não pagamento de tributos, no caso do IRPJ e CSLL devidos pelo CS.

Restou caracterizado o evidente intuito de fraude, uma vez que, simulada a aquisição de participação societária como “total, 100%” e não apenas “majoritária, 50% mais uma ação” no primeiro caso, aliada à caracterização de ágio de maneira diversa da real - “expectativa de resultados futuros” e não “outras razões econômicas”, a tentativa de embasar a segunda aquisição como realizada entre partes independentes e fundamentada em “rentabilidade passada” e não como em “expectativa de rentabilidade futura” e daí para frente simulados também os demais atos encadeados, em especial a “formal” “incorporação de sociedade” que não ocorreu de fato, o fiscalizado impediu dolosamente, total ou parcialmente a ocorrência do fato gerador do IRPJ e da CSLL - de acordo com o art. 72 da Lei nº 4.502, de 30.11.1964, in verbis:

Da multa isolada por insuficiência de recolhimento das antecipações mensais

Segundo a fiscalização, a indevida dedução da amortização do primeiro e do segundo ágio resultou em diminuição indevida da estimativa mensal de ambos tributos apurada pelo recorrente conforme sua opção com base em balanço ou balancete de suspensão ou redução para alguns períodos de apuração dos anos-calendário 2012 e 2013.

A base legal para cobrança da multa isolada é o art. 44, II "b" da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007 em seu art. 14. Essa lei 11.488/2007 é produto da conversão da Medida Provisória nº 351/2007, editada em 22/01/2007.

Impugnação

Alega o ora recorrente que o auto de infração lavrado não procede e deve o lançamento ser integralmente cancelado, diante das justificativas explanadas nos tópicos vindouros.

Primeiro Ágio

Para a concretização do ágio, devem ser satisfeitas três premissas básicas: o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; a realização das operações originais entre partes não ligadas; seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida bem como a expectativa de rentabilidade financeira.

Com efeito, a necessidade de que ocorra o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio decorre do simples fato de que, em não havendo pagamento, seja em dinheiro, em direitos ou em ativos passíveis de livre negociação, não há verdadeiro preço nem a correspondente despesa, e, conseqüentemente, nada há que mereça ser legitimamente deduzido dos tributos devidos.

A segunda premissa supõe que a realização das operações originais se dê entre partes não relacionadas, pouco importando que nas etapas imediatamente anteriores à apuração do ágio decorrente do custo de aquisição incorrido naquelas operações originais a sociedade na qual ele for apurado já esteja dentro do grupo.

O que se pretende é que a operação que posteriormente vai dar origem ao ágio (aquela em função da qual se atribuiu determinado valor ao investimento adquirido) seja feita entre partes não relacionadas.

Por fim, é necessário que seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida bem como a expectativa de rentabilidade financeira, pois se por um lado não houver real expectativa de rentabilidade futura faltará exatamente o pressuposto do ágio, e, por outro, a fruição do benefício fiscal só pode prosperar se em princípio não gerar dúvidas sobre a razoabilidade do valor do ágio.

O recorrente alega que, no caso concreto, os três requisitos foram plenamente atendidos, como se pode, inclusive, constatar pela leitura do termo de verificação fiscal.

Inicialmente, o ágio foi efetivamente pago pelo Impugnante, como atesta o termo de verificação fiscal. Da mesma forma, o negócio se deu entre partes não relacionadas, a saber, o impugnante, ora recorrente (Banco de Investimentos Credit Suisse Brasil S.A.) e as pessoas físicas sócias das diversas empresas do Grupo Hedging-Griffo, o que também é descrito no termo de verificação fiscal.

Por fim, alega o recorrente que, muito embora a autoridade fiscal tenha levantado as objeções meramente formais de que no momento da aquisição o ágio não foi classificado pelo impugnante como decorrente de expectativa de rentabilidade futura (o que não é verdade) e que o laudo apresentado seria imprestável pelo mero fato de ter sido elaborado em momento posterior à aquisição (o que não procede), em nenhum momento a autoridade fiscal questiona a lisura na avaliação da empresa adquirida nem nega com base em motivos de índole material a expectativa de rentabilidade financeira envolvida na operação.

Pelo contrário, argui o recorrente que o fiscal autuante expressamente afirma que não se discute na auditoria a operação de compra e venda de ações e a decorrente apuração de ágio.

Muito embora a autoridade fiscal não possa negar o fato de que a HGI-II foi efetivamente incorporada pelo impugnante, sustenta de forma criativa a suposta ausência de incorporação de fato das sociedades negociadas.

Desde o início jamais pretendeu o recorrente adquirir diretamente o controle das empresas HG Asset-Management, HG Serviços Internacionais e HG Corretora.

A aquisição direta de cada uma daquelas sociedades, com acionistas distintos, exigiria a celebração de 3 acordos de acionistas distintos, 3 contratos de compra e venda distintos e uma série de outros controles que jamais foram de interesse do impugnante, que sempre quis adquirir o negócio como um todo.

Daí porque constou expressamente do contrato que: "Considerando que a Compradora deseja comprar dos Vendedores, e os Vendedores desejam vender à Compradora, 5.001 (cinco mil e uma) ações ordinárias, sem valor nominal, representativos do capital social da HG Investimentos, equivalente a 50% + 1 (cinquenta por cento mais uma) ações do referido capital social (as "Ações Adquiridas"), observados os termos e condições estipuladas no presente Contrato; (...) "Reorganização Permitida" significa reorganização societária interna das Sociedades Adquiridas a ser concluída antes do Fechamento, por meio da qual (i) a titularidade de todas as ações emitidas e em circulação representativas do capital social da HG Corretora, HG Serviços Internacionais e HG Asset passará a ser detida diretamente pela HG Investimentos; (ii) na medida do necessário e conforme pactuado com a Compradora, o negócio será transferido ou de outro modo cedido às Sociedades Adquiridas; e (iii) serão praticados demais atos ligados às aludidas providências, de modo a permitir que o Negócio seja incorporado à HG Investimentos, conforme pactuado pelas partes." (fls. 491 e 499)

Além disso, busca a autoridade fiscal caracterizar a HGI-II como uma empresa veículo sem propósito negocial.

Argumenta o recorrente que a razão pela qual se optou por adquirir e vender uma empresa detentora de 50% + 1 das ações da HG Investimentos, e não estas ações diretamente, foi apenas porque tanto os compradores como os vendedores não desejavam tornar-se sócios do recorrente (o que ocorreria no caso de incorporação direta da HG Investimentos), antes de saber se seria exercida pelo impugnante ou pelos vendedores a opção de compra e venda prevista no acordo de acionistas.

Tendo o ágio sido gerado com o pagamento efetuado pelo recorrente aos sócios das empresas do Grupo Hedging-Griffo pelo controle do grupo, não há que se falar na utilização de empresa veículo sem propósito negocial que permita à autoridade fiscal desconsiderar os efeitos tributários da operação.

Neste ponto, concluiu a ora Recorrente em sua Impugnação:

Ademais, cabe salientar que tendo em abril de 2012 o Impugnante exercido sua opção de compra e em julho de 2012 incorporado a HG Investimentos (então denominada CSHG Investimentos) como suas subsidiária integral, resta evidente tanto o papel negocial exercido pela HGI - II quanto a intenção do Impugnante de verdadeiramente adquirir integralmente o grupo HG.

Por fim, pretende a autoridade fiscal descaracterizar o ágio pago pelo recorrente como não sendo decorrente de expectativa de rentabilidade futura.

O recorrente rebate que, diferentemente do que afirma a autoridade fiscal e como se pode facilmente constatar à fl. 752, já em 31.12.2007 era lançado, ao lado do saldo de R\$634.869.890,34, o histórico "valor ágio ref. performance fundos HG", sendo certo que entre os possíveis fundamentos econômicos do ágio, o valor pago em razão da "performance" só pode se referir à expectativa da rentabilidade futura desse investimento, razão pela qual não há falar que momento da aquisição não fora indicado o fundamento econômico do ágio.

Além disso, ainda que para argumentar tivesse o recorrente realmente falhado em registrar o fundamento econômico do ágio no exato momento da aquisição do investimento na Hedging-Griffo, tratar-se-ia de mero lapso no cumprimento de obrigação acessória,

corrigível a qualquer tempo e incapaz de fazer que, por exclusão tal ágio deva ser classificado como decorrente da aquisição de fundo comércio, intangíveis e outras razões econômicas (fl. 1364), sobretudo quando se considera que a autoridade fiscal, possivelmente ciente da fragilidade de sua tese, em momento algum sequer tentou demonstrar que o ágio pago pelo impugnante teria efetivamente outro fundamento que não a expectativa de rentabilidade futura, limitando-se a apresentar objeções de ordem formal.

Quanto ao relatório de avaliação elaborado pela Ernst & Young, em momento algum questiona a fiscalização as conclusões do laudo ou que de fato no caso o seu pagamento se deu por conta da expectativa de rentabilidade futura, mas sim apenas e tão somente o fato de não ser o laudo contemporâneo à aquisição.

Por fim, alega a recorrente que a objeção da fiscalização segundo a qual entre a data da aquisição e a data da feitura do laudo poderia ter mudado a avaliação das sociedades adquiridas, não parece ter considerado o fato de que, como consta do Relatório de Avaliação, a database da avaliação econômico financeira é 31 de outubro de 2007.

O período projetivo considerado foi de 10 (dez) anos e dois meses, compreendendo o período de 1º de novembro de 2007 a 31 de dezembro de 2017 e perpetuidade (fl. 841), ou seja, o referido relatório retratava a expectativa de rentabilidade futura no momento da aquisição, o que por si só demonstra que de qualquer forma seriam evitadas as distorções.

Alega a autoridade fiscal a presença de evidente intuito de fraude.

No caso concreto o recorrente atesta que não omitiu nem procurou omitir qualquer elemento pertinente à operação em exame, encontrando-se tais elementos devidamente registrados nos órgãos competentes e acessíveis ao público, tendo, além disso, o recorrente fornecido todas as respostas, informações e documentos solicitados pela fiscalização nos vários termos de intimação emitidos ao longo do procedimento administrativo.

Assim, ausente o dolo, defende a Recorrente o afastamento da aplicação da multa qualificada.

Do segundo Ágio

Em relação ao segundo ágio, a ora Recorrente combate em sua Impugnação a desvinculação alegada pela fiscalização.

Segundo a ora Recorrente, ainda que distintas, as operações não seriam desvinculadas, posto que teriam sido ambas contratadas no momento em que definida a primeira aquisição.

Aduz que o fato da segunda aquisição ter seu preço fixado por critério distinto daquele utilizado na primeira também não tem o condão de torná-las independentes, sendo natural que, tendo a segunda aquisição ocorrido quando as partes contratantes já atuavam juntas há quatro anos (desde a primeira aquisição), tenham as partes optado por critério que melhor refletisse o resultado do negócio para a quantificação do valor a ser pago pelas ações remanescentes, no lugar de pura e simplesmente utilizar critério aplicado na primeira aquisição, como sugere o i. fiscal autuante.

Além disso, a ora Recorrente rebate o racional da fiscalização acerca da formação de ágio interno, uma vez que o negócio fora celebrado entre partes independentes. Os acionistas fundadores não possuíam qualquer participação acionária na Impugnante.

Reitera a ocorrência de incorporação do grupo HG, que daria ensejo à dedutibilidade da amortização do ágio escriturado.

No que se refere ao valor da operação registrada e ora questionada, enfrenta a contribuinte o argumento da autoridade fiscal de que teria sido estabelecido com base em rentabilidade passada, não futura. Alega que o próprio legislador complementar teria se baseado em indicador similar ao elaborar a Lei de responsabilidade Fiscal, em seu artigo 12, estabelecendo a observância das receitas apuradas nos três últimos anos como parâmetro para determinar a receita futura.

Quanto à multa isolada

Depois de reconhecer que antes da alteração do artigo 44 da Lei nº 9.430, 1996 promovida pela Lei nº 11.488, de 2007, a multa isolada prevista no inciso II do referido artigo não podia ser exigida em concomitância com a multa de ofício. Colaciona o recorrente jurisprudência dominante do CARF neste sentido.

Da não incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício

Alega o recorrente que não existe base legal para a exigência de juros sobre a multa de ofício (não isolada), que não pode prevalecer sob pena de violação não só do próprio art. 61 da Lei n. 9.430, de 1996, mas também dos arts. 5º, II e 150, I da CF 1988 e, do artigo 97 do CTN. A legislação somente autoriza a incidência de multa e juros sobre o valor atualizado do tributo ou da contribuição.

Acórdão nº 14-64.130 - 13ª Turma da DRJ/RPO

Em sessão de 13 de fevereiro de 2017 a 13ª Turma de Julgamento da DRJ/RPO decidiu:

1. Em relação ao primeiro ágio:

a. por maioria de votos, em manter a glosa de amortização do ágio, por interposição de empresa-veículo. Vencida a Julgadora Maria Lucia Aguilera, que a mantinha apenas em parte, conforme Declaração de Voto;

b. por unanimidade de votos, manter a glosa de amortização do ágio, por falta de comprovação de ser rentabilidade futura o seu fundamento econômico;

c. por maioria de votos, manter a multa qualificada para todo o período. Vencida a Julgadora Maria Lucia Aguilera, que fará Declaração de Voto.

2. Em relação ao segundo ágio:

- a. por unanimidade de votos, afastar a caracterização da aquisição da parte remanescente do investimento como sendo entre partes relacionadas;
- b. por unanimidade de votos, manter a glosa de amortização do ágio, por falta de comprovação de ser rentabilidade futura o seu fundamento econômico;
- c. por maioria de votos, afastar a interposição de empresa-veículo, como fundamento para a glosa de amortização do ágio e reduzir a aplicação da multa de ofício para 75%. Vencido o Julgador Sidnei de Sousa Pereira, que fará declaração de votos.

A decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

OPERAÇÕES DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. CRIAÇÃO DE ÁGIO AMORTIZÁVEL. SIMULAÇÃO. GLOSA DAS EXCLUSÕES INDEVIDAS DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL.

As operações de reorganização societária, para serem legítimas, devem possuir causa negocial real, inalterável ao arbítrio de quem o pratica, e decorrer de atos efetivamente existentes, e não serem artificiais e apenas formalmente registrados nos contratos sociais e na escrituração contábil.

Desse modo, há simulação quando os atos negociais são realizados com finalidade não correspondente exatamente a sua causa legítima.

Confirmada a simulação dos atos negociais que possibilitaram o aparecimento do ágio amortizável, é cabível a glosa das exclusões da base de cálculo do IRPJ e da CSLL decorrentes da amortização do ágio.

OPERAÇÕES SEM PROPÓSITO NEGOCIAL.

Nas operações estruturadas em seqüência, o fato de cada uma delas, isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a legitimidade do conjunto das operações, quando restar comprovado que os atos foram praticados sem propósito negocial.

ÁGIO. FUNDAMENTO ECONÔMICO. PROVA. DEDUTIBILIDADE.

No lançamento contábil do ágio deve estar indicado o fundamento econômico, e quando este for o valor de rentabilidade futura da investida, deve estar baseado em demonstração a ser arquivada como comprovante da escrituração. Na ausência de apresentação da prova hábil do fundamento econômico, in casu, da demonstração de rentabilidade futura das investidas, considera-se não comprovado o ágio contabilizado na aquisição dos investimentos, configurando-se irregular as decorrentes despesas de amortização.

MULTA QUALIFICADA.

Não há como afastar a imputação fiscal de sonegação e simulação e a conseqüente aplicação da multa qualificada se descritas pela Fiscalização circunstâncias que demonstram a ocorrência de reestruturação societária para criar, formalmente, por meio da constituição e posterior incorporação de “empresa veículo”, uma situação que se enquadrasse na exceção legal que possibilita deduzir despesas de amortização de ágio, advinda com a Lei 9.532/97, o que justifica, além da glosa das correspondentes deduções, a multa no percentual de 150%. Cancela-se a multa de ofício qualificada em relação à operação societária em que não comprovada a ocorrência de simulação.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

MULTA ISOLADA. FALTA/INSUFICIÊNCIA DO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAS.

Constatada a falta/insuficiência do recolhimento das estimativas devidas, fica a pessoa jurídica sujeita à multa de ofício isolada sobre os valores inadimplidos.

MULTA ISOLADA. INCIDÊNCIA.

O artigo 44, da Lei nº 9.430, de 1996, ao prever as infrações por falta de recolhimento de antecipação e de pagamento do tributo ou contribuição (definitivos) não significa duplicidade de tipificação de uma mesma infração ou penalidade. Ao tipificar essas infrações o artigo 44 da Lei nº.9.430, de 1996 demonstra estar tratando de obrigações, infrações e penalidades tributárias distintas, que não se confundem e não se excluem.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Data do fato gerador: 31/12/2010, 31/12/2011, 31/12/2012

CSLL. BASE DE CÁLCULO. NORMAS DE APURAÇÃO

Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro as mesmas normas de apuração para o Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas.

LANÇAMENTO REFLEXOS. CSLL.

A decisão relativa ao auto de infração do IRPJ deve ser igualmente aplicada no julgamento do auto de infração da CSLL, uma vez que ambos os lançamentos, do IRPJ e da CSLL, estão apoiados nos mesmos elementos de convicção.

Recurso Voluntário

Irresignado com a decisão, a autuada apresentou seu recurso voluntário, no qual ratifica os argumentos trazidos na peça impugnatória e destaca o julgado desta 1ª Turma de Julgamento da 2ª Câmara que julgou em 07 de junho de 2016 auto de infração que tratava do primeiro ágio ora em combate em relação aos anos de 2008, 2009, 2010 e 2011 (acórdão 1201-001.438) e concluiu pela possibilidade de dedução do ágio.

Recurso de Ofício

Foi apresentado Recurso de Ofício em relação à parte do lançamento que fora cancelada.

Contrarrazões da PGFN

A PGFN apresentou contrarrazões ao Recurso Voluntário no qual após trazer um resumo dos fatos narrados no Relatório, defende que a glosa da despesa de amortização de ágio deve ser mantida, conforme trecho abaixo transcrito:

Não merecem reparos as razões apresentadas no acórdão recorrido. Em primeiro lugar, resta evidente que a metodologia escolhida para determinar o valor das ações remanescentes da HG INVESTIMENTOS não corresponde à metodologia conhecida como “expectativa de rentabilidade futura”. Ora, se a intenção fosse estabelecer como parâmetro a rentabilidade futura, bastaria ter inserido essa previsão na cláusula 7.1(b) do “Acordo de Acionistas”, mas não foi essa a opção das partes. Contudo, isso não foi feito.

Em segundo lugar, cabe perguntar se a metodologia descrita na cláusula 7.1 (b) do “Acordo de Acionistas” foi ou não utilizada para calcular o valor das ações para o exercício da opção de compra, pelo BANCO CS, em 2012. Se a resposta for afirmativa, tem-se que o laudo da ERNEST&YOUNG representaria mera “conta de chegada”, pois serviria apenas para dar formalmente a aparência de rentabilidade futura a uma “opção de compra” com fórmula de cálculo previamente determinada. Por outro lado, se prevalecer o laudo da ERNEST&YOUNG, isso significa que a metodologia prevista na cláusula 7.1 (b) do “Acordo de Acionistas” foi abandonada? Ou os valores da cláusula 7.1 (b) do “Acordo de Acionistas” e do laudo da ERNEST&YOUNG “coincidentemente” são os mesmos?

Por todas essas razões, fica difícil aceitar a tese do contribuinte, no sentido de que a rentabilidade futura da HG INVESTIMENTOS foi o fundamento econômico para o ágio HGI-I. Na realidade, o preço das ações da HG INVESTIMENTOS teve como parâmetro a fórmula prevista na cláusula 7.1 (b) do “Acordo de Acionistas”, o que não pode ser confundido com rentabilidade futura. Assim, tem-se que não restou comprovado o fundamento econômico do ágio, nos termos do art. 385 e 386 do RIR/99, razão pela qual deve ser mantida a glosa das despesas com amortização do ágio HGI-I.

Além disso, defende a PGFN a manutenção da qualificação da multa de ofício vez que "*não fosse a participação artificial da HGI-II, o ágio pago não seria deduzido da forma como foi.*"

Por fim, defende a PGFN a manutenção da multa isolada cumulada com a multa de ofício e da incidência de juros sobre a multa de ofício.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado - Relator

Admissibilidade

O recurso interposto é tempestivo e encontra-se revestido das formalidades legais cabíveis, merecendo ser apreciado.

Da amortização do primeiro ágio

Do conceito de propósito negocial.

No tangente à amortização do ágio, face à expressa previsão legal, deve-se partir do pressuposto de que a regra é a dedutibilidade do ágio e a exceção, logicamente, sua indedutibilidade.

O fundamento jurídico por trás da amortização/dedução do ágio permeia o fato de que a mera expectativa de ganho futuro e apenas em potencial não norteia a definição de aquisição de disponibilidade jurídica e econômica elencada no art. 43 do CTN, para fins de incidência do imposto de renda.

Se incidir tributação sobre a mera expectativa de rentabilidade futura e o lucro, de fato, se concretizar, tributar-se-ia duas vezes o mesmo fato gerador. Se tributar-se a mera expectativa e apurar-se prejuízo, a consequência será a tributação de um acréscimo patrimonial que não se concretizou.

Neste sentido é que deve ser aplicado, no caso em tela, o princípio da capacidade contributiva para determinar que este é norteado em seu caráter objetivo, mas não em seu caráter subjetivo. Ou seja, tem-se a manifestação de riqueza, mas ainda não se configurou um contribuinte apto a absorver o impacto tributário.

A partir do momento em que o contribuinte começar a gerar lucro ou começar a gerar prejuízo é que a manifestação deixará de ser objetiva para começar a atingir o campo da subjetividade. Neste ponto, no entanto, a tributação será decorrente de valores que de

fato integrarão o resultado como despesa ou receita, passíveis, então, de comporem a base de cálculo do IRPJ.

De fato o patrimônio líquido, representado por meio das ações adquiridas, é incorporado e representa disponibilidade econômica e jurídica.

No entanto, o valor do investimento, o ágio, é **mera expectativa** e por isso deve ser amortizado, não sofrendo a incidência do IRPJ.

Veja, na hipótese da regra matriz de incidência, o critério material não é norteado, pois, a mera expectativa não representa auferimento de renda de fato.

É certo que essa idéia inicial tangencia uma perspectiva reducionista, dando significado ao fato gerador a partir de um prisma prioritariamente econômico.

Em contraposição, seguindo os ensinamentos de Luis Eduardo Schoueri, deve-se considerar que: “(...) uma relação jurídico-tributária não se regula exclusivamente por meio de leis tributárias; a estas se juntam, por vezes com caráter até mesmo preponderante, normas societárias/contábeis, civis ou administrativas, resultando sua disciplina desta gama de textos legais.”

Desta forma, **passa-se, neste momento, a analisar o caso concreto** levando em conta a abrangência do Direito Tributário e da conceituação do fato gerador, acima de tudo, como um fato jurídico.

A construção do fato jurídico, neste caso, deve se desenhar, **na origem**, pela **validade das reorganizações societárias que a empresa incorporada (HGI-II) realizou para que fosse possível que o recorrente usufruísse do benefício fiscal** e, após, **na validade** do instrumento que contabiliza e veicula o ágio.

É a partir das discussões da construção do fato gerador tributário como um fato jurídico que surgem todos os empecilhos apontados pela Fiscalização e repisados pelo v. acórdão recorrido, para a suposta impossibilidade de amortização do ágio.

A primeira questão suscitada foi assim externada no v. acórdão recorrido:

“(...) É verdade que por meio dum aditamento ao contrato de compra e venda (vide folhas 620 a 633), assinado em 18 de setembro de 2007, as partes avençaram a mudança da empresa adquirida para a HGI-II. Todavia, tampouco se pode atribuir algum propósito econômico ou negocial a essa alteração.

(...)

Ao se analisar a sucessiva criação e extinção de diversas camadas de empresas veículo, de existência apenas temporária, verifica-se que o que houve de fato foi a simulação de incorporação. (...)

Cumpra-se definir, de início, que **os conceitos de propósito negocial e substância econômica carecem de fundamento legal**, tornando-se subjetivos e abrangentes. Veja, não são elementos aceitos e incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro, inexistindo qualquer dispositivo legal que lhes dêem substrato.

O alcance destes conceitos atinge a existência de razões econômicas que vão além da obtenção de vantagem fiscal, única e exclusivamente. Partindo deste conceito, a presença de um propósito negocial deve ser precedente e, além, originária na operação, de modo a concretizar a amortização do ágio e o concomitante gozo do benefício fiscal como uma consequência natural e lógica, se considerarmos o fato gerador do IRPJ.

Ocorre, porém, que a indefinição dos conceitos no ordenamento jurídico impede a formação de entendimento uníssono a respeito de seus termos e limites, tornando qualquer discussão acerca das operações de ágio como ao menos parcialmente subjetivas.

O ágio não é um tema tão controverso e alvo de discussões calorosas no âmbito deste Conselho à toa. Cada julgador atribui uma amplitude e alcance diverso à definição atribuída ao propósito **negocial/substância econômica**.

O que se busca, na realidade, com referidos conceitos, sejam claros e diretos, é a identificação de abuso, fraude ou simulação, perfazendo caráter arbitrário e artificial que vise apenas o aproveitamento do benefício fiscal.

A percepção do propósito negocial/substância econômica como definidor deste cenário pode ser favorável, mas diante da referida subjetividade, frequentemente inaugura uma nova posição acerca de seu alcance, diante de **casos concretos distintos**, dotados cada qual de especificidade e peculiaridade.

Se presta, então, o presente voto, a partir deste ponto, a analisar detalhadamente todas as informações e alegações levantadas pela fiscalização para definir se, necessário ou não um motivador para a operação que vá além do benefício fiscal, bem como, ausente ou presente o tal propósito negocial e, da mesma forma, se presentes indícios de fraude ou simulação na operação.

Primeiramente, é importante ressaltar que temos presenciado com preocupante frequência, a utilização pelo Fisco da teoria do propósito negocial por meio do qual defende que a simples ausência - sob a ótica do fisco - de outros motivadores para a operação que não o alcance do benefício fiscal, já é elemento suficiente que invalida os atos do contribuinte ou, ao menos, inviabiliza o benefício fiscal almejado.

Entendo que tal racional adotado pela autoridade fiscal guarda certa contradição com diversas regras e estruturas criadas há muito tempo pelo legislador pátrio, por meio das quais são oferecidos benefícios fiscais às empresas que, ao cumprirem determinados requisitos, acabam levando desenvolvimento econômico à determinadas regiões do Brasil.

Menciono aqui, de forma exemplificativa, o regime fiscal da Zona Franca de Manaus, que oferece incentivos fiscais para as empresas que lá se estabelecerem e produzirem, gerando empregos, desenvolvimento econômico/social e, mesmo, arrecadação de tributos para a região.

Ora, em relação à Zona Franca de Manaus, a principal função desempenhada pelas autoridades fiscais tem sido monitorar se os contribuintes, de fato, cumprem todos os requisitos previstos em lei para o gozo dos incentivos fiscais, sem haver qualquer questionamento acerca das motivações do contribuinte.

O que o Fisco busca é confirmar se, realmente, as empresas estão lá estabelecidas ou se os produtos são lá produzidos, por exemplo.

Contudo, não há qualquer exigência de que as empresas lá estabelecidas tenham propósitos negociais além do gozo do incentivo fiscal em si, para lá se estabelecerem.

Em outras palavras: nenhuma empresa busca a Zona Franca de Manaus em razão da maior proximidade com o mercado consumidor, melhor infra-estrutura ou maior oferta de mão de obra qualificada. O objetivo é o gozo do incentivo fiscal e isso é garantido às empresas que cumpram todos os requisitos da legislação, independentemente da existência de outras razões.

Desta forma, o conceito a ser adotado para definir o propósito negocial deve ser no **sentido de considerar a busca pela redução das incidências tributárias, por si, como um propósito negocial que viabiliza a dedução do ágio**. Já temos importantes precedentes do CARF nesta direção:

GANHO DE CAPITAL. VENDA DE QUOTAS. PLANEJAMENTO FISCAL ILÍCITO. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. INOCORRÊNCIA NAS REDUÇÕES DE CAPITAL MEDIANTE ENTREGA DE BENS OU DIREITOS, PELO VALOR CONTÁBIL A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI 9.249/1995.

Constitui propósito negocial legítimo o encadeamento de operações societárias visando a redução das incidências tributárias, desde que efetivamente realizadas antes da ocorrência do fato gerador, bem como não visem gerar economia de tributos mediante criação de despesas ou custos artificiais ou fictícios. A partir da vigência do art. 22 da Lei 9.249/1995 a redução de capital mediante entrega de bens ou direitos, pelo valor contábil, não mais constitui hipótese de distribuição disfarçada de lucros, por expressa determinação legal.

(Acórdão nº 1402001.472 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária – Sessão de 09 de outubro de 2013)

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. NEGÓCIOS JURÍDICOS. ATOS JURÍDICOS. LICITUDE.

O fato dos atos praticados visarem economia tributária não os torna ilícitos ou inválidos. O fato dos negócios praticados visarem economia tributária não os torna ilícitos ou inválidos.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MOTIVO DO NEGÓCIO. CAUSA DO NEGÓCIO. LICITUDE.

Motivo do negócio é a razão subjetiva pela qual o contribuinte faz o negócio jurídico. Causa do negócio ou sua função econômica é o efeito que o negócio produz nas esferas jurídicas dos partícipes. O motivo ilícito implica em nulidade, quando declarada por um Juiz. Se a motivação do negócio é economia tributária, não se pode falar em motivo ilícito.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MOTIVO DO NEGÓCIO. CONTEÚDO ECONÔMICO. PROPÓSITO NEGOCIAL. LICITUDE.

Não existe regra federal ou nacional que considere negócio jurídico inexistente ou sem efeito se o motivo de sua prática foi apenas economia tributária. Não tem amparo no sistema jurídico a tese de que negócios motivados por economia fiscal não teriam "conteúdo econômico" ou "propósito comercial" e poderiam ser desconsiderados pela fiscalização. O lançamento deve ser feito nos termos da lei.

(...)

Outra tese do Fisco que merece análise é a de que os atos praticados poderiam ser desconsiderados, porque não teriam conteúdo econômico (ou propósito comercial), já que teriam sido praticados com o único objetivo de economia tributária. Porém, tal afirmativa está em descompasso com o ordenamento jurídico.

Como se vê, em última análise, a afirmação do Fisco consiste em sustentar que o planejamento tributário é proibido e que a economia tributária só é admissível se for acidental. Apenas por isso, já se percebe a improcedência do argumento. Mas, a análise da tese do Fisco confirma o equívoco desta interpretação da fiscalização, pois nem esta motivação vicia o negócio e nem existe lei atribuindo tal efeito.

As razões de ordem subjetiva que levam a pessoa a concluir algum negócio jurídico denominam-se motivos. Já o efeito que o negócio produz nas esferas jurídicas dos partícipes chama-se causa ou função econômica do negócio. Assim, independente da causa do negócio jurídico, se ele é praticado visando redução da carga tributária, pode-se dizer que o motivo do negócio foi economia fiscal.

Conforme o Código Civil, apenas o motivo ilícito (se for determinante do negócio e comum As partes) implica em nulidade (inciso III, art. 166 do CC). Mesmo assim, tal nulidade precisa ser declarada por um Juiz.

No entanto, salvo disposição de lei em contrário, não há como supor que a intenção de economizar tributos é ilícita. Assim, o inciso III, art. 166 do Código Civil não poderia ser aplicada sequer por juizes aos negócios jurídicos pelos quais a pessoa executa seu planejamento tributário. E, muito menos, poderia ser aplicada pela fiscalização, para efetuar lançamento de ofício.

De outra banda, não existe regra federal ou nacional que considere negócio jurídico inexistente ou sem efeito se o motivo de sua prática foi apenas economia tributária. Somente se existisse uma lei com este conteúdo é que a fiscalização poderia desconsiderar os efeitos jurídicos dos negócios. "

(Acórdão n. 1101-000.835 - 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária – Sessão de 04 de dezembro de 2012)

Neste sentido, existem também bons e recentes exemplos desta brilhante turma, merecendo destaque trecho do voto do Ilustre Conselheiro Marcelo Cuba Netto no acórdão n. 1201-001.267 de 19 de janeiro de 2016:

"(...)Repare que a abusividade do planejamento tributário pode ter como característica (desde que não seja a única) justamente a ausência de propósito negocial.

Entretanto, quando exista uma norma jurídica incentivando, sob o ponto de vista fiscal, a realização de um negócio jurídico, seria absurdo imaginar-se que além do propósito de economia fiscal deveria haver também algum outro propósito. Esse é exatamente o caso dos presentes autos."

Aliás, o racional adotado nos julgados acima está integralmente alinhado com as disposições da própria Lei n. 6.404/76 define em seu art. 2º, § 3º:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

*§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, **ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.***

Veja, a lei claramente define a possibilidade da constituição de uma holding com o intuito único de gozo de incentivos fiscais, que nada mais são que benefícios fiscais, assim como é o ágio.

Assim, me parece claro que a simples alegação de ausência de propósito negocial não é suficiente para a glosa da dedução da amortização do ágio, até mesmo porque, desde que utilizados instrumento legais e inexistentes a fraude, simulação ou abuso de direito, a economia tributária pode ser considerada um propósito negocial.

No entanto, para fulminar qualquer alegação de ausência de propósito negocial e tentar mitigar da melhor forma possível esta subjetividade, o presente voto se proporá a demonstrar que há, de fato, motivo diverso do que simplesmente o gozo do benefício fiscal, diante das reorganizações societárias realizadas.

Da utilização de empresa veículo.

A utilização da chamada empresa veículo pelo contribuinte tem sido invocada pelo Fisco como condição para invalidar o negócio jurídico ou conjunto de negócios jurídicos que culminaram na dedução do ágio pago.

No caso em tela, a "empresa veículo" é a sociedade HGI-II, que segundo o Fisco foi utilizada pelo contribuinte com o objetivo único de possibilitar o aproveitamento do ágio.

Primeiramente, é importante destacar que o fato do contribuinte se utilizar de uma empresa veículo para a perfectibilização da operação não é suficiente, por si só, para invalidar o negócio jurídico, especialmente, como se verá mais adiante, se restar demonstrada a existência de estruturas ou caminhos alternativos disponíveis ao contribuinte e que levassem ao mesmo resultado.

Este racional já encontra amparo no CARF, conforme os julgados aqui destacados:

"AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO.

Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago.

A circunstância de a reorganização societária de que tratam os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei.

(Acórdão 1102-000.982 - 1º Câmara / 2º Turma Ordinária - Sessão de 04/12/2013 - Voto Vencedor Conselheiro José Evande Carvalho Araujo)

Aliás, temos diversos precedentes desta brilhante 1º Turma da 2º Câmara, dentre os quais destaco recente julgado no Acórdão n. 1201-001.501 de relatoria do presente relator:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

REQUISITOS PARA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO. EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

Ausente conduta tida como simulada, fraudulenta ou dolosa, a busca de eficiência fiscal em si não configura hipótese de perda do direito de dedução do ágio, ainda que tenha sido a única razão aparente da operação.

A existência de outras razões de negócio que vão além do benefício fiscal, apenas ratifica a validade e eficácia da operação.

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.

A utilização de empresa veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude.

Mais um exemplo do entendimento desta turma a respeito do tema empresa veículo pode ser encontrado no acórdão 1201-001.554 de 14/02/2017, também de relatoria do presente relator:

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. VALIDADE.

O uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si só, não invalida as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida, estando diretamente vinculadas ideologicamente a um propósito comercial. Verificadas as condições legais, especialmente a confusão patrimonial entre investidora e investida, deve ser admitida a amortização fiscal do ágio.

Destaco aqui também, trecho do voto do brilhante Conselheiro Marcelo Cuba Netto no já mencionado acórdão n. 1201-001.267:

"(...)

Em relação ao emprego da chamada "empresa veículo" cumpre destacar que tal expressão tem sido utilizada pela fiscalização de uma maneira pejorativa, no sentido de um "mal em si mesmo".

No entanto, como é cediço, não é possível sustentar-se uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de "empresa veículo", até porque o simples emprego de "empresa veículo" não é tipificado como infração à legislação tributária.

Caberia então à fiscalização apontar a relação entre o emprego da "empresa veículo" e a prática de alguma infração à legislação tributária. E, no caso dos autos, como o autor da ação fiscal não se desincumbiu de seu ônus, isso já seria razão suficiente para afastar-se, de pronto, a autuação."

Me parece cada vez mais pacificado o entendimento de que a utilização de uma empresa veículo para aquisição de outras empresas, de grupo econômico distinto, não revela qualquer vício, ilegalidade ou abuso em si.

De qualquer forma, no caso em tela, temos que o alvo do Recorrente foi um grupo complexo e constituído de diversas entidades operacionais, controlado por um conjunto de dezenas de sócios que não tinham qualquer intenção de se tornarem sócios diretos do Recorrente, justificando, desta forma, a utilização da chamada empresa veículo - HGI II - para possibilitar a operação.

Neste sentido, a utilização de empresa veículo pelo Recorrente, neste caso, a empresa HGI-II, decorreu claramente de uma decisão de negócios, não somente do Recorrente, mas também dos vendedores da empresa HGI,

Além disso, resta claro que existiam outras opções para que o Recorrente alcançasse o mesmo resultado, como, por exemplo, através da aquisição direta da empresa HGI para posterior incorporação.

Meu ponto aqui é que a existência de outras opções, além da utilização da chamada empresa veículo, já revela o descabimento da glosa da dedução do ágio pago sob tal fundamento - utilização da empresa veículo.

Assim, me parece de todo vazio o argumento de que a existência de uma "conduit company" na operação teria maculado a operação a ponto de inviabilizar a dedução do ágio.

Da existência de propósito negocial além do benefício tributário

Inicialmente, o pressuposto estabelecido é pela validade de todas as reorganizações societárias que culminaram na formação da HGI-II, a empresa incorporada.

Recapitulando, “o Contrato de Compra e Venda de Ações entre a incorporadora, ora recorrente, e as Pessoas Físicas elencadas nas páginas de assinatura ("Vendedores") e como intervenientes HedgingGriffo Investimentos S.A., HedgingGriffo Asset Management S.A., HedgingGriffo Serviços Internacionais Ltda. e HedgingGriffo Corretora de Valores SA. ("Sociedades Adquiridas") estabelecia que seriam adquiridas de 5.001 (cinco mil e uma) ações ordinárias, sem valor nominal, representativas do capital social da HG Investimentos, equivalentes a 50% + 1 das ações do referido capital social (as "Ações Adquiridas").”

Previo o contrato a possibilidade de “*reorganizações societárias internas das Sociedades Adquiridas a serem concluídas antes do Fechamento, por meio da qual (i) a titularidade de todas as ações emitidas e em circulação representativas do capital social da HG Corretora, HG Serviços Internacionais e HG Asset passará a ser detida diretamente pela HG Investimentos; (ii) na medida do necessário e conforme pactuado com a Compradora, o negócio será transferido ou de outro modo cedido às Sociedades Adquiridas; e (iii) serão praticados demais atos ligados às aludidas providências, de modo a permitir que o Negócio seja incorporado à HG Investimentos, conforme pactuado pelas partes.*”

Desta forma, o capital social das empresas de fato operacionais do Grupo Econômico fora adquirido em sua integralidade pela holding “HG Investimentos”, que passou a deter, desta forma, por obvio, 100% das ações do capital social.

Até este ponto, não há que se falar em qualquer irregularidade, uma vez que todas as reorganizações societárias ocorreram de acordo com o que fora pré-estabelecido em contrato.

Houve, no entanto, um aditamento ao “Contrato de Compra e Venda de Ações”, assinado em 18 de setembro de 2007, por meio do qual as partes avençaram a mudança da empresa adquirida para a HGI-II. Foi o que ocorreu.

A HGI-II, outra holding criada, adquiriu 50% + 1 das ações do capital social da HG Investimentos e foi incorporada pela ora recorrente, norteador do ponto de vista fático o que dispunha o contrato.

É neste momento específico que se forma o ágio e neste ponto que residem as alegações por parte da fiscalização de ausência de propósito negocial.

Ora, em suma, a HG Investimentos detinha 100% das ações do capital social, entanto o contrato avençava que seriam vendidos apenas 50% + 1 das ações do capital social, portanto o controle da maioria das ações. Desta forma a holding HGI-II fora criada e passou a adquirir estes 50% + 1 das ações.

O recorrente, desta forma, incorporou a empresa HGI-II, absorvendo 100% de seu patrimônio e, conseqüentemente 50% + 1 das ações do capital social das sociedades adquiridas.

O fisco alega que esta operação, escancarou a HGI-II como uma empresa veículo sem propósito negocial.

Uma empresa veículo sem propósito negocial quer supor, coadunando com as definições já expostas, um meio para se atingir determinado propósito, tendo “por finalidade praticar ato simulado, ocultar ou encobrir fato gerador de obrigação tributária, isto é, criadas para dar aparência de regularidade a uma situação que assim não é”.

Neste sentido, conclui o autuante que a mera utilização de sociedade constituída com o propósito específico de adquirir benefício fiscal inviabiliza a amortização de ágio.

Ocorre que o recorrente trouxe embasamento fático robusto e sólido capaz de conferir a existência de propósito negocial à operação e, ao mesmo tempo, capaz de descaracterizar a utilização de uma empresa veículo para fins de fraude, simulação ou abuso de direito.

Em outras palavras o recorrente trouxe fundamento perfeitamente plausível para a reorganização societária concretizada, que não apenas o gozo do benefício fiscal, ao mesmo tempo em que se extinguiu qualquer possibilidade de utilização da empresa incorporada como meio de praticar ato simulado ou fraudulento.

Veja, o recorrente traz, no Recurso Voluntário apresentado, as razões pelo qual se deu a criação da HGI-II, nos seguintes termos:

“(...) A razão pela qual se optou por adquirir/vender uma empresa detentora de 50% + 1 das ações da HG Investimentos, e não estas ações diretamente, foi apenas porque como salientado tanto os compradores como os vendedores não desejavam tornar-se sócios do recorrente (o que ocorreria no caso de incorporação direta da participação acionária da HG Investimentos) antes de saber se seria exercida pelo recorrente

ou pelos vendedores a opção de compra/venda prevista no acordo de acionistas. (...)”

E:

“(...) Exatamente o mesmo ágio teria existido e poderia ser amortizado caso o recorrente tivesse adquirido exatamente 50% + 1 das ações da HG Investimentos e a tivesse incorporado. (...)”

Concluiu-se, portanto, que:

“(...) Com ou sem a empresa rotulada pela fiscalização de “empresa veículo sem propósito comercial”, o mesmo ágio teria sido apurado com a aquisição direta da participação acionária da HG Investimentos e poderia ser amortizado com sua incorporação. (...)”

Ora, o que se constata é a criação de uma empresa com propósito específico e desvinculado da exclusiva intenção de almejo do benefício fiscal, até porque, o benefício fiscal poderia ter sido alcançado sem a utilização da HGI-II, ora denominada "empresa veículo".

Destaco aqui que a existência de possíveis estruturas societárias alternativas à efetivamente utilizada na operação e igualmente eficazes para o alcance do benefício fiscal, por si só, já demonstra a existência de propósito comercial da estrutura escolhida.

Partindo-se do pressuposto de que a mesma empresa poderia veicular a operação de aquisição, deve-se destacar que haja algum motivo diferenciador entre o escopo de ambas.

O recorrente claramente o demonstrou. **As disposições do contrato externaram a vontade das partes de que inexistia intenção dos sócios das empresas do Grupo Hedging-Griffo de se tornarem sócios do recorrente, o que justifica a aquisição indireta daquela participação acionária pela HGI-II.**

Deve-se, neste momento, regredir para se atingir a falha e insuficiente construção ideológica da fiscalização que reputou indevida a amortização do ágio por ausência de propósito comercial.

Pois bem, o CARF, em análise específica para cada caso concreto, busca uma uniformidade através da imposição de alguns requisitos que identifiquem a ausência de propósito comercial em uma operação, quais sejam: (i) retorno ao *statu quo ante*, isto é, reversão dos atos realizados após ter sido aproveitada a economia tributária; (ii) operações realizadas em curto espaço de tempo; (iii) provisoriedade dos negócios jurídicos realizados e dos quais resultou redução da carga tributária; (iv) vinculação econômica, jurídica ou de parentesco entre as partes envolvidas; (v) prática de atos contraditórios entre si.

Ora, o fisco embasa claramente parte de sua argumentação em apenas um dos requisitos apresentados, alegando que muitas reorganizações societárias ocorreram em um curto espaço de tempo (ii), em questão de horas.

Veja que apenas este requisito se mostra frágil para caracterizar a ausência de propósito negocial, pois, nem de longe forma um raciocínio apto a demonstrar algum tipo de fraude ou simulação, uma vez que não há nenhum tipo de limitação temporal quanto a este tipo de atividade em nosso ordenamento jurídico.

A fiscalização, no entanto, também reputou que não houve, de fato, uma incorporação, fato que talvez possa ensejar a presença do requisito de provisoriedade do negócio jurídico realizado, apenas para o gozo do benefício fiscal (iii).

No entanto, este voto já se dedicou a demonstrar afirmativa em sentido contrário. Ora a HGI-II foi incorporada e o recorrente passou a adquirir 100% de suas ações, que correspondiam a 50% + 1 das ações do restante das empresas Grupo Econômico.

Desta operação foi amortizado o ágio e quanto a este ponto não restam dúvidas que todas as reorganizações societárias visaram apenas uma estratégia negocial e estratégica que atendesse o interesse de adquirente e vendedores.

Quanto a este ponto cabe ainda o destaque conferido pelo recorrente ao entendimento exposto no v. acórdão recorrido:

“A esta altura, cumpre reconhecer que o autuante se equivoca ao sustentar que não poderia haver incorporação, a não ser que a incorporadora detivesse 100% da empresa a ser incorporada. Em verdade, a incorporação pode ocorrer com qualquer que seja o percentual que previamente detenha a incorporadora. Se ela não possuir 100% do capital, deverá negociar com os titulares da parcela restante. Estes podem receber um pagamento por suas quotas ou ações e retirar-se do negócio, ou aceitar em troca uma participação no capital da sociedade incorporadora equivalente à sua participação no capital da sociedade incorporada.”

Resta claro, neste ponto do voto, que a subjetividade da questão da definição do propósito negocial ou sua ausência, conforme alegado pelo Fisco, encontra elementos objetivos e concretos que a fortalecem e a tornam incontestável no presente caso.

Da expectativa de rentabilidade futura

Superada, então, esta questão, urge a necessidade de análise da questão do suposto não cumprimento do requisito legal que fundamenta o ágio, a expectativa de resultados futuros. São dois pontos que merecem atenção: o embasamento fático e, por consequência, contábil e jurídico que suportou este requisito e o instrumento utilizado para justificar este requisito.

De início, cabe ressaltar que, em linhas gerais, o ágio irá se desenhar em linha tênue traçada na diferença entre o custo de aquisição de um investimento e o valor do patrimônio líquido da investida à época da aquisição.

Em raciocínio inverso, portanto, o custo de aquisição de uma empresa coligada e controlada, com valor de seu investimento, necessariamente corresponderá ao valor do patrimônio líquido na época da aquisição somado ao ágio ou deságio na aquisição.

O ágio deve, no entanto, indicar seu fundamento econômico, a razão contábil que lastreia o custo de aquisição de um investimento para além apenas do patrimônio líquido da empresa.

Neste ponto conveniente destacar os fundamentos econômicos que podem ser utilizados:

1- Valor de Mercado de bens do ativo da coligada ou controlada, superior ou inferior ao custo registrado na contabilidade

2- Valor de Rentabilidade da controlada ou coligada base em previsão dos resultados nos exercícios futuros.

3- Fundo de Comércio, Intangíveis e outras razões econômica.

Veja que o conceito basilar de um fundamento econômico que possa justificar o ágio perfaz a diferença entre uma realidade presente e uma expectativa futura, variando caso a caso.

A expectativa de rentabilidade futura, em suma, será baseada na previsão de lucros que a empresa terá em exercícios futuros. “Daí que a projeção da lucratividade, na diferença proporcional entre o custo de aquisição e o valor contábil do patrimônio líquido da investida confere a segurança jurídica necessária sobre a determinação do ágio baseado no valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros.” **(item 1)**

O recorrente fundamentou o ágio baseado na expectativa de rentabilidade futura e a fiscalização o descaracterizou, apresentando como fundamento econômico o Fundo de Comércio, Intangíveis e outras razões econômicas. **(item 3)**

A questão do Fundo de Comércio e dos intangíveis refere-se ao valor econômico do patrimônio líquido de uma empresa na parte em que ela supera seus ativos e passivos avaliados individualmente a preços de mercado, e isso só ocorre quando ela possui algo intangível, que lhe proporciona gerar lucro acima do normal.

Como intangível, podemos citar a marca, a popularidade do estabelecimento, um local privilegiado do estabelecimento, o ponto comercial, etc.

Enfim, são elementos intangíveis que se agregam ao patrimônio líquido (ativos e passivos ao valor de mercado), para comporem um conjunto que alterará o valor de uma empresa e o conseqüente custo de investimento que será realizado em sua aquisição.

Portanto, existem alguns elementos que exorbitam o patrimônio líquido da empresa, que a valorizam, mudam sua percepção real e presente e distorcem o investimento dispendido, que com certeza não irá refletir a realidade contábil da empresa à época do investimento.

O art. 386 do RIR/99 considera este “item 3” como não passível de dedução ou amortização.

Cabe de início salientar que esta conclusão adotada pela Fiscalização seguiu uma série de reputações desacertadas de ordem formal, mas que ao mesmo tempo afetaram as questões de ordem contábil, material.

Isso porque, a fiscalização alega a extemporaneidade do laudo de avaliação apresentado para comprovar o fundamento econômico que justificasse o ágio.

Ora, deve-se principiar a discussão com o fato de que à época da operação de incorporação não havia qualquer disposição legal que exigisse laudo formal de avaliação, confeccionado por perito independente e com finalidade específica direcionada à instrumentalização do ágio.

Havia, tão somente, a necessidade de existência de um demonstrativo para comprovar a escrituração do ágio, apurado com base no valor de mercado ou na expectativa de rentabilidade futura.

Veja, o demonstrativo acerca da rentabilidade futura seria suficiente para justificar e demonstrar o fundamento econômico e base para escrituração contábil do ágio em discussão.

Essencial a aplicação do princípio da estrita legalidade tributária para afirmar que, inexistindo previsão legal expressa, torna-se impossível exigir qualquer formalidade quanto ao demonstrativo necessário para servir de base ao lançamento contábil do ágio.

Ademais, há jurisprudência do CARF que converge com o raciocínio até então formulado:

ÁGIO. AQUISIÇÃO DE AÇÕES DA PARTIMAG E DA MAGNESITA .

A legislação fiscal não impõe forma ao demonstrativo de que trata o § 3º do art. 20 do DL 1598/77, logo, se os autuantes não questionaram a substância econômica do demonstrativo apresentado pelo fiscalizado, há que aceitá-lo para a fundamentação e fixação do ágio pago nas aquisições das ações.

(Acórdão nº 1302001.465 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária – Sessão de 30 de Julho de 2014)

ÁGIO. FUNDAMENTO. DEMONSTRAÇÃO CONTEMPORÂNEA AOS FATOS. NECESSIDADE.

A lei exige que o lançamento do ágio com base no valor de mercado ou na expectativa de rentabilidade futura seja baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Não há a exigência de que a comprovação se dê por laudo, mas por qualquer forma de demonstração, contemporânea aos fatos, que indique por que se decidiu por pagar um sobrepreço.

Contudo, não é possível se admitir que laudo elaborado mais de um ano após os fatos, sem qualquer suporte em documentos contemporâneos à aquisição de terceiros, sirva para

fundamentar o ágio em uma das modalidades que permitam o benefício fiscal.

(Acórdão nº 1102-001-182 – 1ª Câmara/2ª Turma Ordinária - Sessão de 27 de agosto de 2014)

*ÁGIO. GLOSA DE AMORTIZAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO QUE JUSTIFIQUE A AQUISIÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA PARA FUNDAMENTAR O ÁGIO COM BASE NA RENTABILIDADE FUTURA. ÔNUS DO SUJEITO PASSIVO. LAUDO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. A demonstração do fundamento econômico da mais valia paga deve ser contemporânea ao reconhecimento do ágio na escrita contábil do contribuinte. **Embora a legislação não estabeleça a forma dessa demonstração**, o corolário é que esta deva existir ao menos na data do registro da aquisição da participação societária, com vistas ao seu desdobramento contábil. Trata-se de requisito legal indispensável, à cargo do sujeito passivo para fruição do benefício fiscal estabelecido. Não tem o Fisco que demonstrar qual seria o “outro fundamento econômico” para o ágio pago, mas sim ao contribuinte comprovar, mediante documentação hábil e idônea, que pagou o ágio baseado na rentabilidade futura projetada para o investimento.*

O demonstrativo, no caso em tela, fora veiculado por meio do Relatório de Avaliação, apresentado cerca de seis meses após a aquisição da participação. Restou claro que, em nenhum momento a fiscalização questionou o conteúdo deste relatório, não apontando nenhuma falha técnica que dissesse respeito ao mérito e as conclusões ali expostas.

Assim, cabe adentrar nas questões formais, novamente, para esclarecer que além de não haver previsão legal para a confecção de laudo técnico, inexistia à época da formação do ágio, qualquer dispositivo no pátrio ordenamento jurídico que determinasse algum prazo para apresentação deste demonstrativo.

Atualmente vigora a Lei nº 12.973/2014, que dispõe em seu art. 20, § 3º, sobre a exigência de um laudo elaborado por perito independente, no entanto, se referindo a comprovação da “*mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput*” (inciso II) e de forma alguma fazendo menção à comprovação do ágio (no presente artigo elencado no inciso III).

Desta forma o prazo que estipula referido artigo, do “*(...) último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação.*” para apresentação do laudo, não se aplica à apresentação de demonstrativo que comprove o ágio por expectativa de rentabilidade futura.

Neste contexto se torna desnecessária a menção e aplicação do princípio da retroatividade benéfica, uma vez que a lei presente não abrange e nem norteia especificamente o caso concreto que ocorreu no passado.

Trata-se o presente caso de um demonstrativo apresentado para comprovar o ágio por expectativa de rentabilidade futura e a Lei nº 12.973/2014 define um prazo para apresentação de laudo técnico que convalide a mais-valia relativa aos bens do ativo da empresa incorporada.

Desta forma, falecendo qualquer possibilidade de extemporaneidade e restando demonstrado que o trabalho apresentado pela Ernst & Young se mostrou apto em termos técnicos, ou seja capaz de demonstrar a expectativa de rentabilidade futuro, restou devidamente comprovada a existência do elemento econômico que fundamentou o pagamento o ágio.

Cabe lembrar, a legislação vigente à época das operações não disciplinou de forma expressa a forma de apresentação da demonstração, assim, ao referir-se à expressão "demonstração", sem qualquer complemento, especificação ou requisito adicional, o legislador permitiu que os contribuintes viessem a demonstrar o fundamento econômico do laudo por meio de qualquer instrumento ou documento, que poderia ser um laudo "stricto sensu" elaborado por auditores independentes, um estudo interno ou uma simples apresentação em slides.

Digo isso, pois, tal constatação mostra que a discussão acerca da extemporaneidade do laudo é de toda inócua.

Superando a questão, segue passagem do acórdão nº 1101-000.899 (Sessão de 11/06/2013):

TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL.

*Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.
(...)*

(...) Desnecessário, assim, seria debater a qualidade do laudo que dá fundamento ao ágio amortizado. De toda sorte, registro que os argumentos adotados pela Fiscalização não são suficientes para desqualificá-lo. Isto porque a exigência legal é no sentido de que a contribuinte mantenha comprovante de escrituração que demonstre o fundamento do ágio pago. Este comprovante deve expressar razões que justifiquem a aquisição, mas não precisa ser, necessariamente, elaborado antes ou concomitantemente com a operação.

A contribuinte pode possuir, apenas, estudo interno que lhe demonstre a rentabilidade futura, e depois buscar laudo técnico que o corrobore, desde que este não se valha de premissas impraticáveis no passado. E, no presente caso, o laudo apresentado pela contribuinte toma por referência o faturamento da empresa adquirida contemporâneo à aquisição, e aponta o retorno dos investimentos suplementares em 2,9 anos (35 meses) (fl. 302). Ou seja, se considerada a rentabilidade futura pelo

prazo de 5 anos, seria possível um pagamento maior que o efetuado.

A fiscalização, no entanto, reputou que a extemporaneidade acarretaria iminentes mudanças nos resultados já contabilizados (devido a condições de mercado ou regulatórias, inovação tecnológica, economia mundial).

Desta forma, o recorrente, em sede de impugnação, apresentou a avaliação que fora feita no ano de 2006, a qual fora refutada pelo v. acórdão recorrido como não apta a comprovar a rentabilidade futura, especificamente diante dos seguintes fatos: a chancela presente no documento, elemento que retira a certeza da data real desta avaliação, alegação sobre a qual recaiu a presunção de má fé do recorrente; e o intervalo de tempo de quase um ano entre esta avaliação e a efetiva aquisição da participação, repisando os argumentos do fisco de mudança nos resultados contabilizados.

Acolho os argumentos do recorrente neste ponto. Primeiramente, quanto a veracidade da avaliação apresentada, a fiscalização está presumindo a má-fé do recorrente e, como é sabido, a má-fé não se presume.

Devem ser produzidas provas para sustentar tão séria alegação, que coloca em xeque a reputação da empresa. As provas não foram produzidas, então presume-se, essa sim válida, a boa-fé do recorrente, que apresenta documentação condizente com a data ali estipulada por meio da chancela.

Depois, quanto a alegação de mudanças nos valores, deve-se levar em conta que a expectativa futura esmiúça potencial passado e presente da adquirida de gerar lucros. Por mais que se possa justificar economicamente o pagamento do ágio, percebe-se que o referido valor é altamente subjetivo.

A sustentação objetiva se dá em face do histórico da atividade da empresa e dos conseqüentes lucros obtidos e a atividade presente e os conseqüentes lucros obtidos, para então definir as perspectivas da atividade no futuro e os possíveis/prováveis lucros que virão a ser obtidos.

A atividade da recorrente, como visto, está diretamente ligada a administração de fundos, de modo que, coadunando com a tese sustentada no recurso apresentado, não há grandes oscilações no fundo se houverem mudanças regionais ou até globais na economia.

O fundo se sustenta pelas taxas de administração e quem sofrerá de fato e de forma significativa com possíveis impactos e danos externos, como crises mundiais que abalam toda a economia, será o investidor.

Além disso, o fato dos laudos de avaliação e/ou demonstrativos apontarem para um determinado valor não imputa a liquidez e certeza próprias da disponibilidade jurídica, tampouco econômica.

Atinge-se o fato gerador do Imposto de Renda, contido no art. 43 do CTN, quando a renda está concretizada em definitivo, ou seja, quando o contribuinte começa a gerar

lucros de fato e não há mais qualquer incerteza quanto à aquisição desta renda para o patrimônio do contribuinte. Deste modo impossível a tributação de ganhos meramente escriturais.

Portanto a concomitância da afirmação de que no período entre a confecção da avaliação em 2006 e a aquisição da participação, em 2007, poucas foram as oscilações sentidas nos fundos administrados, e da relativização deste fato diante da incerteza e iliquidez deste documento para fins de incidência do IRPJ, enfrenta gradativamente a posição adotada no acórdão recorrido.

A suposta desatualização da avaliação não significa necessariamente que a expectativa de rentabilidade futura ali demonstrada deve ser tributada (ou que o ágio não deve ser amortizado).

Veja, se o valor demonstrado for menor que o lucro de fato obtido, quem de fato é prejudicado com isso é o contribuinte, que não previu a rentabilidade da forma correta e não conseguirá amortizar o ágio na proporção equivalente ao lucro que de fato obteve. O lucro que excedeu o valor previsto será tributado de qualquer forma pois o valor amortizado só alcança os limites baseados no que se previu no laudo de avaliação.

Se o valor correspondente à expectativa de rentabilidade futura representar valor maior do que o lucro de fato obtido, também não há diferença para o Fisco, pois este excedente amortizado representa prejuízo em relação ao que se previa.

O prejuízo não seria tributado, de qualquer forma, pois não norteia o fato gerador do Imposto de Renda, e não o foi diante do gozo do benefício fiscal (amortização). Ou seja, nada tributaria-se, em momento algum, até porque não seria lógico exigir o IRPJ sobre o prejuízo.

É um mecanismo perfeito que se regula automaticamente diante de seus princípios conceituais, privando o contribuinte da duplicidade de tributação.

O ágio prevê uma expectativa, de modo que se essa expectativa se concretiza ou não, não há grandes diferenças, pois ele só evita uma bitributação sobre o lucro.

Devemos nos direcionar neste raciocínio por duas possíveis fontes de tributação: por um lado, o investimento realizado que concretiza a expectativa, veiculada por meio do laudo de avaliação; e, por outro lado, o lucro efetivamente apurado nos anos/meses subsequentes, anteriormente previstos.

A fonte real de tributação será o lucro obtido, como já dito, a forma que representa de fato a disponibilidade jurídica e econômica. A fonte que é barrada e mitigada, por consequência, diante do mecanismo criado(a amortização), é expectativa de rentabilidade futura e o ágio formado.

Portanto o ágio é amortizado perfeitamente no limite a evitar a bitributação, de modo que se previsto a maior ou a menor nenhum impacto tem sobre uma defasagem de tributação, seja sobre algum acréscimo patrimonial percebido ou sobre um prejuízo apurado.

Logicamente a avaliação ou o demonstrativo e as suas formalidades são essenciais para a correta fundamentação do ágio baseado na expectativa de rentabilidade futura, mas eventuais diferenças apuradas a maior ou a menor do lucro de fato obtido não representam ônus e conseqüente discussão fiscal a ponto de descaracterizar a operação.

Ademais, a escrituração contábil fora discriminada como “ÁGIO NA AQUISIÇÃO DA HEDGING-GRIFFO”, cuja fundamentação econômica é indicada pelo histórico do registro, o qual traz os dizeres: “valor ágio ref. **performance** fundos HG”.

Em razão disso, a fiscalização reputa insuficiência de fundamentação e a performance como incapaz de fundamentar o ágio baseado na expectativa de rentabilidade futura.

Os fundos de investimento somente podem cobrar taxa de performance se sua rentabilidade superar o respectivo “benchmark” no período e se o valor da cota no último período em que foi cobrada a taxa de performance for menor do que o valor atual da cota.

Deste modo as taxas de performance representam a rentabilidade do fundo de acordo com certas variações. Este fato, em si, é capaz de caracterizar o Fundo de Comércio, caracterizando a rentabilidade de um fundo como a capacidade de angariar e atrair clientela, favorecendo a reputação e o prestígio da administradora.

Ocorre que o fundamento econômico utilizado para caracterizar o ágio não é a rentabilidade do fundo em si, mas além, **a rentabilidade dos serviços de administração, que se baseiam nas receitas provenientes, em sua maior parte, das taxas de administração.**

Assim, uma vez exaustivamente comprovado nos autos que as empresas operacionais se dedicavam à administração de fundos, a performance que exprime os serviços prestados como forma de fundamentar a expectativa de rentabilidade futura se mostra perfeitamente aplicável e cabível no caso em tela.

Desta forma, temos que o conjunto probatório apresentado pelo recorrente é capaz de fundamentar devidamente o ágio, através da expectativa de rentabilidade futura.

Todos os documentos trazidos apresentam validade técnica e formal a ponto de conferirem fundamentação robusta e completamente apta a ensejar o gozo do benefício fiscal, qual seja, a amortização do ágio.

Com o ágio perfeitamente comprovado e advindo de aquisição de participação efetiva, com o pagamento do preço, a dedução da amortização é possível e necessária, nos termos do que dispõem o arts. 385 e 386 do RIR/99.

Desta sorte, por consequência lógica e racional, não há que se falar nas infrações nº 4 e 5, uma vez que devidamente amortizados dentro dos limites legalmente definidos no art. 386, inciso III.

Isso porque, a infração nº 4 diz respeito à multa isolada por insuficiência de recolhimento das antecipações mensais.

A suposta indevida dedução da amortização do ágio resultou em diminuição indevida da estimativa mensal. Uma vez comprovada a devida amortização, não há que se falar em falta de recolhimento das estimativas mensais.

Já a infração nº 5 refere-se a compensação indevida de base de cálculo negativa da CSLL. Tendo em vista o ajuste realizado no ano-calendário 2009 através da

presente autuação no valor de R\$ 102.951.874,08, o valor de R\$ 25.864.768,56 (saldo negativo) se tornou inexistente.

Ocorre que o ajuste se mostrou indevido e o crédito de fato existe, podendo ser objeto de compensação.

Com relação à multa qualificada, esta, também por consequência lógica de todo o exposto para considerar válida a amortização do ágio, não deve ser aplicada.

Ainda que desnecessário, vez que o valor principal da presente cobrança fora afastada, sinto-me na obrigação de dizer que, ainda que o valor principal fosse devido, a aplicação da multa qualificada seria de toda improcedente.

Isso porque, as operações societárias, conforme detalhadamente demonstrado, não se deram de modo fraudulento ou simulatório, assim, ainda que a glosa da dedução do ágio permanecesse, não faria qualquer sentido aplicar a pesada multa qualificada de 150%, que visa alcançar somente aqueles que agem com a intenção de burlar o fisco.

Portanto, neste momento do voto, considera-se válida a amortização do ágio, primando pela inaplicabilidade da multa qualificada e multa isolada, e, finalmente, pela validade das compensações advindas da base de cálculo negativa de CSLL.

Pelas razões acima expostas a presente Turma de Julgamento já emanou decisão acerca da operação que gerou este primeiro ágio em processo que envolve o mesmo contribuinte e que discutia os anos de 2008, 2009, 2010 e 2011, cuja ementa segue abaixo:

Assunto: Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2008, 2009, 2010, 2011

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011

ÁGIO FUNDAMENTADO EM EXPECTATIVA DE RESULTADOS FUTUROS. DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO.

A legislação que permite a dedução da amortização do ágio em determinadas circunstâncias e desde que preenchidos determinados requisitos é norma indutora de comportamento do contribuinte.

Não havendo ocorrência de fraude ou simulação e tendo sido verdadeiras e legítimas as operações perpetradas, inclusive, com a ocorrência do efetivo pagamento do preço, a dedução do ágio é possível, ainda que o benefício fiscal seja o principal ou mesmo o único elemento motivador.

Uma vez demonstrado o devido propósito comercial e substância econômica na realização de reorganizações societárias, a dedução da amortização do ágio torna-se ainda mais justificada.

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL.

A utilização da chamada "empresa veículo" não guarda qualquer ilegalidade ou abuso em si, sendo necessária a identificação de outros elementos como a fraude ou simulação para que a glosa da dedução do ágio se justifique.

Na hipótese em que presentes para o contribuinte, outras opções de movimentação societária que resultariam no mesmo efeito tributário que é a dedução do ágio, a eventual utilização de empresa veículo configura simples decisão de negócios que não prejudica o benefício fiscal.

LAUDO DE AVALIAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

Indevida a glosa do aproveitamento do ágio sob fundamento de intempestividade do laudo de avaliação vez que sequer existia previsão legal acerca da obrigatoriedade do laudo à época dos fatos.

Do segundo ágio

Diferentemente do que ocorrera em relação ao aqui denominado "primeiro ágio", o "segundo ágio" ora em discussão ainda não foi analisado pela presente Turma de Julgamento.

Conforme descrito no relatório ao norte, o segundo ágio refere-se à operação de aquisição do segundo lote que é o saldo de ações de propriedade dos vendedores e que transformou o grupo HG em subsidiária integral do CS.

Explicando melhor: nas etapas anteriores que ocorreram entre 2006 e 2008, o CS se tornou sócio majoritário - 50% + 1 ação - da HGI e indiretamente das demais empresas operacionais do grupo HG. No ano de 2012, momento do nascimento do aqui chamado segundo ágio, o CS passou a controlar integralmente o grupo HG.

Segundo disposição do já mencionado acordo de acionistas, a partir de 31/07/2011 e por um prazo de 4 meses, ambas as partes (HG e CS) poderiam exercer direitos em relação ao saldo de 49,575% das ações ainda detidas pela HG. A HG poderia vender tais ações e o CS poderia comprar através de simples notificação. Tal notificação ocorreu em 12/06/2012.

No acordo de acionistas também havia previsão expressa quanto ao preço deste saldo de ações no caso do exercício da opção que seria o equivalente a 10 vezes a média do lucro líquido ajustado nos anos de 2009 a 2011.

Assim, considerando o valor efetivamente pago pelo CS por tal saldo de ações, bem como, o valor do PL total em maio de 2012 de R\$ 174.836.511,58 (49,58% = R\$ 86.675.200,62), o CS contabilizou um ágio no valor de R\$ 1.111.835.214,93.

Em julho de 2012 foi elaborado Laudo de Avaliação pela E&Y.

Em relação a este "segundo ágio", a fiscalização concluiu que se tratou de mero fechamento do planejamento tributário abusivo perpetrado pela ora Recorrente desde o início das etapas de aquisição do grupo HG cuja finalidade única foi a economia de tributos.

Além disso, a fiscalização também afirma que esta segunda aquisição configura nova operação desvinculada completamente da primeira, tendo sido executada entre partes relacionadas com a utilização de empresa veículo (CSHG-I) e com base em valor que não guarda qualquer relação com expectativa de rentabilidade futura, sendo imprestável o laudo elaborado pela E&Y.

Do ágio interno

De início ressalto meu entendimento de que a análise acerca da possibilidade da dedução do ágio deve se pautar pela verificação do cumprimento dos requisitos formais previstos em lei mas também pela autenticidade e veracidade dos atos no sentido de que a essência não deve prevalecer mas sim ratificar a forma.

Entendo que não somente nos casos de ágio mas em qualquer outra discussão fiscal, o julgador deve avaliar se os atos perpetrados o foram de forma legítima, no sentido de externalizar a verdadeira vontade das partes e realidade dos fatos sem qualquer simulação, dissimulação ou fraude.

Digo isso para concluir que diferentemente de muitos julgados deste Conselho, entendo que o ágio interno decorrente de operação perfectibilizada entre partes relacionadas ,por si só, não inviabiliza a respectiva dedução fiscal. Para que isso - glosa - ocorra deve ser identificado que houve simulação, caso contrário, a lei deve ser obedecida.

Não existe argumento no Direito Tributário que ultrapasse ou supere o Princípio da Legalidade. Nesse sentido, salvo a identificação de qualquer vício, o ágio interno é válido para fins fiscais desde que a operação tenha ocorrido antes da publicação da Lei n. 12.973/14 que expressamente proibiu a dedução do chamado ágio interno.

Entender o contrário seria desrespeitar o Princípio da Legalidade ou , ao menos, considerar que a Lei 12.973/14 em nada inovou e serviu apenas para "confirmar" o que já valia antes - o que não faz qualquer sentido.

Não obstante a introdução acima, tenho que **o presente caso não trata de ágio interno** e tal conclusão já foi alcançada pelos próprios julgadores da DRJ, *in verbis*:

"Primeiramente, necessário esclarecer que, distintamente do alegado pela fiscalização, entende-se que a incorporação da empresa HG Investimentos antes do início da amortização do segundo ágio apurado permite uma dissociação da primeira operação, tendo em vista que, nesse caso, houve a extinção real do investimento, nos moldes em que exigido pela legislação."

Ora, a conclusão não poderia ser outra. **O ágio interno pressupõe uma operação que envolva partes que pertençam ao mesmo grupo econômico, o que não é o caso.**

De um lado estava o CS que possuía o controle majoritário mas não integral do grupo HG. De outro lado, estava o grupo que ainda detinha o restante das ações do grupo HG não detidas pelo CS.

Não há nos autos qualquer indicação de que os acionistas fundadores à época minoritários do HG possuíam também ações do CS ou qualquer outro tipo de relação societária entre as partes envolvidas na geração do segundo ágio.

As partes envolvidas na operação tinham interesses diametralmente inversos, pois, é acertado dizer que quanto maior fosse o preço das ações, melhor seria para os acionistas minoritários do grupo HG e vice-versa.

Se não existem partes relacionadas ou integrantes do mesmo grupo econômico, não há que se falar em ágio interno.

Da utilização de empresa veículo

Não vou nesta altura do voto me ocupar novamente em trazer os fundamentos que justifiquem a utilização da chamada empresa veículo mas tão somente analisar se, de fato, houve utilização de empresa veículo nesta etapa da operação e em caso positivo se tal utilização foi válida do ponto de vista legal.

Alega a fiscalização que a negociação de aquisição das ações restantes das sociedades adquiridas se deu através da utilização da CSHG-I, empresa veículo sem qualquer propósito negocial.

Em apertada síntese, a fiscalização parte da tese de que o ágio somente seria válido se incorporadas diretamente as empresas operacionais do grupo HG e como isso ocorreu através da sociedade CSHG-I, a dedução do ágio não seria possível.

Vejo aqui uma incoerência no trabalho fiscal. Isso porque, a empresa CSHG-I neste ponto tratada como empresa veículo pela fiscalização é justamente a empresa considerada pela mesma fiscalização como objeto da operação que gerou o primeiro ágio, sendo que lá tratou-se de atacar a empresa HG-II como veículo. Assim, no universo racional da fiscalização a empresa CSHG-I sofreria de uma crise de identidade, pois, ora é empresa veículo ora não.

Além disso, a linha de raciocínio adotada pela fiscalização que somente a aquisição direta das empresas operacionais - HG Serviços Internacionais, HG Asset e HG CTVM - todas controladas pela CSHG-I, possibilitaria a dedução do ágio, me parece carecer de fundamento legal. De fato, procurei mas não achei na legislação a regra adotada pelo fiscal.

É verdade que a aquisição direta das ditas empresas operacionais também seria possível. Isso é inegável. Contudo, a existência de outras opções não tem o condão, nem de longe, de inviabilizar a opção escolhida pelo contribuinte.

Até porque, estamos tratando aqui da aquisição de 03 empresas operacionais quando a operação foi concentrada em apenas uma que é a CSHG-I, o que já demonstra que a opção escolhida pelo contribuinte é muito mais racional e pragmático do ponto de vista negocial do que aquela apontada pelo fiscal.

Desta forma, são totalmente improcedentes as alegações da fiscalização quanto à utilização de empresa veículo (CSHG-I) ou ausência de incorporação das empresas efetivamente adquiridas.

Do preço

Segundo a fiscalização o preço pago pelo restante das ações da CSGH-I não guarda qualquer relação com o cálculo de expectativa de rentabilidade futura, ou seja, a previsão constante do acordo de acionista de que o preço pela opção de compra seria baseada nos lucros de períodos anteriores (2009 à 2011) não preencheria o requisito legal correspondente.

Em relação a tal ponto, destaco trecho do Recurso Voluntário da ora Recorrente:

" Com a devida vênia, ao afirmar que o lucro dos três último anos não é indiciador idôneo para a estimativa de lucros futuros o i. fiscal autuante parece desconhecer os critérios estabelecidos pelo próprio Legislador Complementar para pautar a previsão de receitas pelo Poder Público ao qual o i. fiscal pertence, cabendo referir nesse sentido a Lei de Responsabilidade Fiscal, que, ao dispor sobre a previsão da receita pública , assim determina, "verbis":

Art. 12. As previsões de receita observarão as normas técnicas e legais, considerarão os efeitos das alterações na legislação, da variação do índice de preços, do crescimento econômico ou de qualquer outro fator relevante e serão acompanhadas de demonstrativo de sua evolução nos últimos três anos, da projeção para os dois seguintes àquele a que se referirem, e da metodologia de cálculo e premissas utilizadas."

Ora, a expectativa de rentabilidade futura prevista na legislação refere-se à capacidade de geração de caixa da empresa adquirida e isso é geralmente feito por empresas independentes - como foi a E&Y no presente caso - que se baseiam em raciais distintos para tentar projetar tal geração de caixa no futuro. Vejam, estamos aqui tratando de projeção que nada mais é que a tentativa de prever com o maior grau de precisão possível o que acontecerá no futuro.

Nesta tentativa, podem ser incluídas variáveis diversas como um novo contexto macro econômico (melhor ou pior), impacto de novos produtos e tecnologias, variação de preço de commodities ou, simplesmente, basear-se no passado.

Aliás, tal correlação entre passado e futuro para fins de previsão de rentabilidade, encontra outro exemplo no universo normativo das instituições financeiras. Trata-se da Resolução 3.059/02 que trata do registro contábil de créditos tributários das instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

Tendo em vista que os créditos tributários de IRPJ e CSLL compõem parcela relevante do patrimônio das instituições financeiras, o Conselho Monetário Nacional exige seja apresentado um estudo que comprove que a instituição terá capacidade de geração de lucro no

futuro que seja suficiente para a realização do crédito tributário registrado até então, pois, em caso negativo, o crédito tributário deve ser baixado o que reduzirá o patrimônio da instituição.

Pois bem, os requisitos para manutenção do crédito tributário são os seguintes:

Art. 1º Estabelecer que as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil somente podem efetuar o registro contábil de créditos tributários decorrentes de prejuízo fiscal de imposto de renda, de base negativa de contribuição social sobre o lucro líquido e aqueles decorrentes de diferenças temporárias quando atendidas, cumulativamente, as seguintes condições:

*I - apresentem **histórico de lucros ou receitas tributáveis** para fins de imposto de renda e contribuição social, conforme o caso, comprovado pela ocorrência dessas situações em, **pelo menos, três dos últimos cinco exercícios sociais**, período esse que deve incluir o exercício em referência;*

*II -haja **expectativa de geração de lucros ou receitas tributáveis futuros** para fins de imposto de renda e contribuição social, conforme o caso, em períodos subseqüentes, baseada em estudo técnico que demonstre a probabilidade de ocorrência de obrigações futuras com impostos e contribuições que permitam a realização do crédito tributário no prazo máximo de dez anos. (nossos grifos)*

A apuração de histórico de lucros serve para ratificar ou ao menos evidenciar o estudo que tenta demonstrar a capacidade de geração de lucro no futuro. O racional econômico é muito claro neste exemplo, pois, salvo situação de extrema ruptura do modelo de negócios ou de produtos da empresa, a geração de caixa no futuro guarda uma relação de continuidade, ainda que enviesada para cima ou para baixo, com o passado.

Assim, a exemplo da LRF que prevê que o Poder Público deve utilizar a receita passada para fins de previsão da receita futura e também do CMN que exige a geração de lucros passados para justificar a manutenção do crédito tributário para compensação em exercício futuros, entendo que o critério de estabelecimento do preço para aquisição das ações da CSHG-I baseado numa média dos lucros passados para fins de estabelecer a expectativa de rentabilidade futura é plenamente plausível.

Da acusação de Planejamento Fiscal

Com relação a este item, tenho aqui como aplicável todo o exposto em relação ao primeiro ítem.

Das formalidades

Da forma de escrituração do ágio

No que concerne à ausência de indicação na escrituração contábil do embasamento legal do ágio, ratifico meu entendimento que a essência deve ratificar a forma escolhida.

Digo isso para concluir que uma vez verificada a negociação efetiva das ações, o pagamento efetivo do preço, a validade do racional para definição do preço e a ausência de simulação, tenho que a ausência de inclusão expressa na escrituração fiscal do embasamento legal do ágio não é motivo suficiente para glosa da dedução do ágio. Entender o contrário seria privilegiar o formalismo exagerado em detrimento da segurança jurídica que deve pautar a relação fisco-contribuinte.

Da ausência de demonstrativo do valor do ágio

Neste ponto, defendeu a Fiscalização ser impossível considerar o ágio apurado como fundamentado em rentabilidade futura pelo *"fato do demonstrativo exigido pela legislação vigente como documentação comprobatória da fundamentação econômica de qualquer ágio haver sido lavrado em data posterior à efetivação da transação - 12 de julho de 2012 versus 12 de junho de 2012 respectivamente - em total desacordo com o previsto no "caput" e § 3º do artigo 385 do RIR/99:"*

A Fiscalização entende ser intempestivo o laudo apresentado. Apesar da completa ausência de previsão legal na época acerca do prazo em que o laudo deveria ser apresentado ou mesmo da própria obrigatoriedade de apresentação de um laudo, vemos que o suposto atraso se resume a um mês.

Entendo que tal discussão sobre este atraso é totalmente inócuo. Primeiro, porque as premissas para definição do preço das ações já estava na Cláusula 7.1.b do Acordo de Acionistas que fora celebrado em novembro de 2007.

O laudo técnico elaborado pela E&Y serviu apenas para corroborar o preço das ações conforme regras já definidas anteriormente. Não obstante, a fiscalização apontou supostas impropriedades técnicas do laudo, o que gerou a apresentação de um Parecer Técnico Extrajudicial que demonstra a inexistência de tais impropriedades.

Neste ponto, julgo esclarecedor o seguinte trecho do Recurso Voluntário da ora Recorrente:

De fato, muito embora tenha a E&YT no item “8.2 *Outras Análises de Valor*” se valido a título meramente subsidiário dos métodos dos “Múltiplos de Mercado” e “Múltiplos de Transação” referidos pelo i. fiscal autuante, assim o fez apenas para confirmar por outros métodos a plausibilidade do valor do investimento de R\$ 2.559 milhões apurado com base no Fluxo de Caixa Descontado (no caso os “Múltiplos de Mercado” resultaram em valor de investimento na faixa de R\$ 1.229 milhões a R\$ 3.697 milhões e os “Múltiplos de Transação” resultaram em valor de investimento na faixa de R\$ 1.607 milhões a R\$ 5.989 milhões, portanto compatíveis com o valor apurado com base no Fluxo de Caixa Descontado dentro desses intervalos).

Por fim, o que verdadeiramente “*causa estranheza*” ao leitor do TVF é o fato do i. fiscal autuante, logo depois de afirmar que a metodologia dos “Múltiplos de Mercado” não é aplicável à “*Expectativa de Rentabilidade Futura*” e efetuar leitura “*data venia*” parcial e equivocada de parágrafo constante do item 10.4 do Laudo, concluir que justamente o “*método “Múltiplos de Mercado” (...) deveria ser o método preferido de análise*”, **deixando claro que para a fiscalização o único método “bom” é aquele que não se presta à aferição da expectativa de rentabilidade futura.**

Com efeito, tivesse o i. fiscal autuante lido corretamente e em seu contexto o parágrafo do Laudo por ela transcrito, teria concluído que no caso concreto “*um investidor bem informado estaria disposto a pagar pela companhia*” algum valor entre R\$ 1.229 milhões e R\$ 3.697 milhões, o que é perfeitamente compatível com o valor de R\$ 2.559 milhões que foi apurado com base no Fluxo de Caixa Descontado.

Além disso, critica a fiscalização o fato do laudo ter utilizado como *benchmark* informações originadas “apenas” do BACEN, ANBIMA e OECD, contudo, curiosamente, essa mesma fiscalização não apontou fontes de melhor qualidade para *benchmark*, o que a meu ver torna tal crítica completamente vazia do ponto de vista técnico. Ora, para criticar a técnica adotada por um trabalho, qualquer que seja, o crítico deve, minimamente, apontar qual a técnica correta, o que não aconteceu no caso em tela.

A Fiscalização também “estranhou” o fato do laudo não utilizado o dólar como parâmetro, o que segundo seu racional seria mais comum. A Recorrente utilizou índices locais como *benchmark* (IBOVESPA, CDI, IGPM e etc...), vez que a transação ocorreu no Brasil.

De fato, poderia ter sido o dólar o parâmetro utilizado, assim como poderia ter sido o Euro, o Peso Uruguaio ou o Bolívar Venezuelano. Contudo, a escolha foi por índices locais e isso, certamente, não prejudica a qualidade do laudo.

Enfim, o que se vê é um amontoado de críticas que me parecem sem conteúdo que culminam na afirmação de que o laudo tratou de um exercício de numerologia.

Não enxerguei neste tópico um só apontamento da fiscalização que trouxesse à tona qualquer vício, impropriedade técnica ou erro que colocasse em xeque o resultado do

laudo e por consequência o ágio gerado. O que se vê no TVF são suposições do que seria mais normal ou correto, o que a meu ver não é suficiente para a glosa da dedução do ágio.

Conclusão

Diante de todo o exposto, CONHEÇO do RECURSO VOLUNTÁRIO para DAR-LHE PROVIMENTO e CONHEÇO do RECURSO DE OFÍCIO para NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto!

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteado