



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

**Processo n°** 16327.720109/2011-85  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1301-001.475 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 09 de abril de 2014  
**Matéria** IRPJ.  
**Recorrente** BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL.

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

Ano-calendário: 2007

IRPJ/CSLL. DESPESAS COM ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

Não comprovado o fundamento do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura, por ocasião de sua formação, impõe-se a sua glosa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª **Câmara / 1ª Turma Ordinária** da Primeira **SEÇÃO DE JULGAMENTO**, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Edwal Casoni de Paula Fernandes Júnior, (Relator), Valmir Sandri e Carlos Augusto de Andrade Jenier. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

*(assinado digitalmente)*

WILSON FERNANDES GUIMARÃES - Presidente.

*(assinado digitalmente)*

EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR - Relator.

*(assinado digitalmente)*

LUIZ TADEU MATOSINHO MACHADO - Redator designado.

Participaram do julgamento os Conselheiros: Wilson Fernandes Guimarães, Paulo Jakson da Silva Lucas, Valmir Sandri, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior, Carlos

Processo nº 16327.720109/2011-85  
Acórdão n.º **1301-001.475**

**S1-C3T1**  
Fl. 1.065

---

Augusto de Andrade Jenier e Luiz Tadeu Matosinho Machado (substituto convocado). Ausente, justificadamente, o Conselheiro Valmar Fonsêca de Menezes (Presidente), substituído no colegiado pelo Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado (substituto convocado) e na presidência pelo Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães.

CÓPIA

## Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário interposto pela contribuinte acima identificada, contra decisão proferida pela 10ª Turma da DRJ em São Paulo/SP.

O presente processo me foi distribuído após resolução da 1ª Turma Ordinária da 1ª Seção deste CARF ao identificar-se a necessidade de julgamento em conjunto com o PA nº 16327.001697/2010-73, porquanto, conforme se extrai do Termo de Verificação Fiscal encartado ao presente processo, o auto de infração aqui tratado foi constituído em **complementação** ao PA acima citado, eis que a Fiscalização, naquela sede, glosou entre outras coisas, despesas com amortização de ágio deduzidas nos meses de setembro a dezembro de 2007, ocorrendo dedução também no mês de agosto daquele, objeto do presente processo.

Sendo assim, tem-se que de conformidade com o Termo de Verificação Fiscal constante no processo nº 16327.001697/2010-73 (fls. 14 – 59), a amortização excluída indevidamente no Lalur e na base de cálculo da CSLL do Banco ABN AMRO refere-se ao ágio contabilizado na empresa BRI PAR DOIS, incorporada em 31/08/2007 e a amortização relativa ao período de agosto/2007 que teria sido indevidamente excluída, é de R\$ 13.033.667,55, correspondente à amortização do mês de 08/2007.

Ainda de acordo com o conteúdo disposto no Termo de Verificação Fiscal, em fiscalização empreendida no Banco ABN AMRO Real S/A (Banco ABN AMRO), CNPJ 33.066.408/0001-15, constataram-se as infrações que ensejaram a lavratura dos atos de infração aqui discutidos.

Com efeito, as infrações descritas no precitado TVF foram apuradas no Banco ABN AMRO, incorporado em 30/04/2009 pelo Banco Santander (Brasil) S/A, CNPJ 90.400.888/0001-42, razão pela qual os autos de infração foram lavrados em nome do incorporador e sucessor: Banco Santander (Brasil) S/A.

Resumidamente a infração apurou-se a seguinte infração: exclusão indevida de amortização de ágio gerado internamente.

As capitalizações da BRI-PAR foram aprovadas conforme assembleias gerais extraordinárias a seguir:

a) AGE de 28/06/2006 (fls.324-327): aumento de capital de R\$ 1.192.790.021,00, representado pela emissão de 112.983.504 ações, mediante conferência de 141.277.778 ações de emissão do Banco ABN AMRO cujo valor patrimonial era de R\$ 4,9958838/ação, resultando em um investimento de R\$ 705.807.361,87. Conforme deliberado no item 3 da ata da AGE, foi adotado como referência, para definição do valor capitalizado, o valor em euros pago pelo ABN AMRO BANK N.V. quando da aquisição das referidas ações. A diferença de R\$ 486.982.659,13 foi considerada ágio na conferência dessas ações, sendo esse ágio amortizado mensalmente à razão de 1/60 (R\$ 8.116.377,65).

b) AGE de 28/09/2006 (fls.319-322): aumento de capital de R\$ 650.033.801,00, representado pela emissão de 61.924,784 ações, com a conferência de

70.638.890 ações de emissão do Banco ABN AMRO cujo valor patrimonial era de R\$ 5,0255094/ação, resultando em um investimento de R\$ 354.996.406,88. Conforme deliberado no item 3 da ata da AGE, foi adotado como referência, para definição do valor capitalizado, o valor em euros pago pelo ABN AMRO BANK N.V. quando da aquisição das referidas ações. A diferença de R\$ 295.037.394,12 foi considerada ágio na conferência dessas ações, sendo esse ágio amortizado mensalmente à razão de 1/60 (R\$ 4.917.289,90).

O ágio total contabilizado nessas duas conferências foi de R\$ 782.020.053,25, resultando em uma amortização mensal de R\$ 13.033.667,55.

Em 16/02/2007 foi aprovado outro aumento de capital na BRI-PAR no valor de R\$ 255.600.000,00 passando de R\$ 1.934.719.189,00 para R\$ 2.190.319.189,00, com a emissão de 23.494.375 ações, subscritas e integralizadas pelo ABN AMRO BANK N.V. (fls.242-243).

Após as três capitalizações, o capital social da BRI-PAR passou de R\$ 91.895.367,00 para R\$ 2.190.319.189,00 e as ações passaram de 91.895.367 para 290.298.030 ações.

Ainda de acordo com a Fiscalização, em 31/12/2005, a BRI-PAR detinha 193.931.126 ações (10,596698%) de emissão do Banco ABN AMRO. Com as duas capitalizações em 2006, mediante conferência de ações do mesmo banco, a BRI-PAR passou a deter 405.847.794 ações. Em 2006, a BRIPAR adquiriu ações de emissão do Banco ABN AMRO de acionistas minoritários, possuindo 405.855.591 ações (21,978947%) em 31/12/2006 (fls. 405).

Em 2007 a BRI-PAR efetuou novas aquisições, com isso detendo um total de 419.745.569 ações (22,52%) em 31/08/2007 (incorporação da BRI-PAR pelo Banco ABN AMRO).

Registrou-se também, que o ágio foi contabilizado na BRI-PAR na conta de investimento, participações em coligadas (conta 21210051) e sua amortização (conta 81620007) se iniciou no próprio mês de constituição, sendo que a BRI-PAR iniciou suas atividades em 05/08/98, tendo como atividade principal a "Gestão de Participações Societárias" e ao final de 2006 sua atividade foi alterada para "*Holdings* de Instituições Financeiras", e os resultados contabilizados provêm da participação societária no Banco ABN AMRO; da receita de juros sobre capital próprio, e da receita de aplicações financeiras.

Mencionou a Fiscalização que desde sua constituição, a BRI-PAR sempre teve o domicílio fiscal no mesmo endereço das outras empresas do grupo ABM AMRO, sendo esta instituição financeira holandesa, que detinha à época de todo o processo, o controle direto e indireto do Banco ABN AMRO, da BRI-PAR, do ABN AMRO Brasil Participações Financeiras S/A e do ABN AMRO Brasil Dois Participações S/A.

Tratando-se especificamente da incorporação reversa da BRI-PAR pelo Banco ABN AMRO em 31/08/2007, a Fiscalização atestou que as AGE de 31/08/2007 aprovaram a incorporação da ABN AMRO Brasil Participações Financeiras S/A e da BRI-PAR pelo Banco ABN AMRO (incorporação reversa), conforme Instrumento Particular de Protocolo e Justificação de 21/08/2007 (fls. 249-267). A incorporação foi aprovada com base nos balanços patrimoniais das sociedades levantados em 30/06/2007 e no caso do acervo líquido da BRI-PAR, de R\$ 3.079.545.325,78, foi descontada a participação da BRI-PAR no

Banco ABN AMRO, no valor de R\$ 2.268.920.566,67, e efetuada a provisão de ágio no valor de R\$ 800.017.267,82 (a diferença para R\$ 782.020.053,25 refere-se ao ágio pago pela BRI-PAR aos acionistas minoritários não dependentes), conforme IN CVM nº 319/99 e 349/2001.

Diante deste expediente, o valor do acervo líquido da BRI-PAR vertido ao Banco ABN AMRO, após os descontos e provisões, foi de apenas R\$ 10.607.491,29.

Acerca da incorporação da BRI-PAR e da ABN AMRO Brasil Participações Financeiras S/A pelo Banco ABN AMRO, em 31/08/2007, registrou a Fiscalização que no item 6.5 - "Principais eventos societários ocorridos no emissor, controladas ou coligadas", do Formulário de Referência - 2010, do Banco Santander Brasil S/A, disponível em [www.ri.santander.com.br](http://www.ri.santander.com.br), consta:

*(...) E do ponto de vista tributário, a incorporação permitiu o aproveitamento fiscal do ágio existente no investimento da Bri-Par Dois Participações S/A no incorporador e a tributação do deságio existente no investimento da ABN AMRO Brasil Participações Financeiras S/A também no incorporador. (...) Em decorrência da incorporação (...) as 419.745.569 ações detidas por Bri-Par Dois Participações S/A no capital social do incorporador foram transferidas ao ABN AMRO Bank N. V. A incorporação resultou em um aumento do capital social do Banco Real (...) mediante a emissão de 48.902.142 novas ações ordinárias, escriturais, sem valor nominal, integralmente atribuídas aos acionistas das sociedades incorporadas, ABN AMRO Bank N.V. e Tebema B.V. (...)*

Seguiu a Fiscalização aduzindo que no processo de incorporação, a transferência das ações de emissão do Banco ABN AMRO (detidas pela incorporada) ao controlador do grupo (ABN AMRO BANK N.V.) foi registrada nos itens 4.1. e 4.2 da ata da AGE da BRT-PAR de 31/08/2007 que aprovou a incorporação pelo Banco ABN AMRO (fls. 249 - 252) transcritos a seguir:

*4.1. REGISTRADO que, segundo consta dos referidos Laudos de Avaliação a Mercado, uma ação ordinária de emissão da Bri-Par Dois. após a eliminação do valor referente à participação de Bri-Par Dois rio Banco ABN, participação essa que será transferida diretamente ao acionista ABN AMRO BANK N. V. conforme mencionado no item "4.2.". (...) ABN AMRO BANK N.V. receberá 563.853 (...) ações ordinárias, escriturais, sem valor nominal, do capital social do Banco ABN, em substituição às ações atualmente por ele detidas no capital social de Bri-Par Dois.(...)*

*4.2. CONSIGNADO em Ata que as 419.745.569 (...) ações detidas por Bri-Par Dois no capital social do Banco ABN, na data-base de 30 de junho de 2007, serão, com a incorporação da Bri-Par Dois pelo Banco ABN, transferidas ao ABN AMRO BANK N. V.:(...)*

Mencionou-se assim, que as ações de emissão do Banco ABN AMRO utilizadas pelo ABN AMRO BANK N.V. nas duas subscrições de capital na BRI-PAR em 2006, mediante ágio gerado internamente, "retornaram" ao próprio subscritor no processo de

incorporação, em 08/2007 e que na realidade, houve apenas transferências internas, tendo em vista que o ABN AMRO BANK N.V. sempre manteve o controle, direto ou indireto, de todas as empresas do grupo ABN AMRO e com a incorporação reversa, o ágio gerado na BRI-PAR foi contabilizado no incorporador Banco ABN AMRO, sendo também constituída uma provisão de 100% do ágio.

Assentou-se ainda que a amortização do ágio e da respectiva provisão não afetou o resultado contábil e societário, pois a amortização de uma conta compensava a da outra. Na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, o Banco ABN AMRO adicionou a amortização do ágio e excluiu a amortização da provisão, não afetando o resultado tributável. Entretanto, conforme o Lalur e o demonstrativo de apuração da base de cálculo da CSLL, o Banco ABN AMRO efetuou outra exclusão no mesmo montante do ágio amortizado, aproveitando-se de suposta dedutibilidade sendo este procedimento objetivo da reorganização societária que visava ao benefício da amortização de ágio em 60 parcelas mensais de que tratam os artigos 385, § 2º, II e 386, III do Decreto nº 3.000/99 (artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 e art.10 da Lei nº 9.718/98), concluindo-se, porém, que a dedutibilidade prevista na legislação fiscal citada condiciona-se a ágio pago na aquisição de ações em função da expectativa da rentabilidade da coligada/controlada, com base em previsão dos resultados de exercícios futuros.

Para a Fiscalização, no entanto, no caso presente, conforme as atas das AGE que aprovaram o aumento de capital da BRI-PAR (fls.326 e 331), para a definição do valor das ações de emissão do Banco ABN AMRO utilizadas na subscrição de capital, adotou-se como referência o valor pago em euros pelo ABN AMRO N.V. quando da aquisição dessas ações em processos anteriores, o que não se confunde com o processo realizado entre as empresas do grupo ABN AMRO: subscrição de capital da BRI-PAR mediante conferência de ações de emissão do Banco ABN AMRO com ágio pelo ABN AMRO BANK N.V., e posterior incorporação da BRI-PAR pelo Banco ABN AMRO com o retorno das ações ao próprio subscritor, sublinhando que não houve pagamentos nem recebimentos, pois eram operações de reorganização societária, cujo ágio, gerado internamente, não tem nenhuma fundamentação econômica ou contábil.

O ágio, determinado discricionariamente pelo ABN AMRO N.V., foi fixado, segundo a Fiscalização, pela diferença entre o valor das ações de processos anteriores e o seu valor patrimonial, quando da subscrição de capital na BRI-PAR. Portanto, verifica-se que inicialmente o ágio contabilizado não foi determinado por uma avaliação econômica e financeira do Banco ABN AMRO, nem em função de expectativa de rentabilidade da controlada com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, sendo que a fundamentação do ágio baseado em laudo de avaliação não seria suficiente para caracterizar, nos termos da legislação fiscal citada, a dedutibilidade da amortização do ágio contabilizado, pois esse ágio é uma ficção contábil, eis que se trata de operações entre empresas do mesmo grupo econômico, e ninguém paga ágio para si mesmo.

Arrazou a Fiscalização diante destes fatos, que o surgimento do ágio, assim como o lucro, pressupõe uma transação onerosa com terceiros. No caso em exame, o ágio gerado contabilmente não comporta tal qualificação por não ter substância econômica e as ações de emissão do Banco ABN AMRO, detidas inicialmente pelo ABN AMRO BANK N.V., foram utilizadas nas duas subscrições de capital na BRI-PAR em 2006, com a contabilização de ágio, cujos valores, conforme AGE que aprovaram as subscrições, ficaram limitados ao valor de processos anteriores de aquisição daquelas ações pelo ABN AMRO BANK N.V.

De acordo com o TVF, os processos anteriores foram utilizados apenas como parâmetro e não se confundem com as operações de subscrição de capital na BRI-PAR, entre empresas do mesmo grupo econômico, relatadas aqui. As diferenças entre os valores de processos anteriores e os valores patrimoniais das ações, quando das subscrições de capital na BRI-PAR, foram consideradas ágio e, posteriormente, o Banco ABN AMRO incorporou a BRI-PAR, momento em que as ações de emissão do Banco ABN AMRO, detidas pela BRI-PAR, retornaram ao próprio ABN AMRO BANK N.V.

Registrrou-se que todas essas empresas pertencem a um mesmo grupo econômico, sendo partes relacionadas e dependentes cujo controlador, direta ou indiretamente, era o próprio ABN AMRO BANK N.V. Em suma, as ações de emissão do Banco ABN AMRO, objeto das operações, nunca saíram do controle do ABN AMRO BANK N.V. Não houve efetiva entrada e saída de ativos no patrimônio consolidado do grupo; não houve pagamentos e nem recebimentos, tampouco redução ou aumento do patrimônio; não houve envolvimento de terceiras pessoas independentes.

Concluiu-se, portanto, tratar-se de ágio gerado internamente, sem nenhuma substância econômica, cuja amortização vem produzindo, indevidamente, efeitos fiscais no Banco ABN AMRO, após a incorporação da BRI-PAR e que a contabilização do ágio é cabível apenas quando ocorrer efetiva operação de aquisição entre terceiros.

Transcreveu o entendimento da CVM exposto no Ofício Circular CVM/SNC/SEP nº 01, de 14/02/2007, item 20.1.7 - "Ágio gerado em operações internas" e ressaltou que na elaboração desse ofício a CVM teve a colaboração de sua Comissão Consultiva de Normas Contábeis, apoiada por entidades da classe contábil, sendo contrária ao registro contábil de ágio gerado internamente, porque as transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, mencionando que em operações de incorporação reversa de empresas de mesmo grupo econômico com ágio gerado internamente (ágio de si mesmo), quando consolidadas as demonstrações financeiras desse grupo, antes e depois da contabilização do ágio gerado internamente, elas permanecem idênticas, não havendo geração de riqueza com essa operação.

O ágio gerado internamente não tem substância econômica e, portanto, as operações que, mesmo com algum outro objetivo que não tributário, expresso nos atos formais, resultarem na criação de ágio interno, como o caso em exame, não são oponíveis ao Fisco por se tratar de ficção contábil, eis que não se paga ágio para si mesmo, concluindo assim que o ágio gerado internamente não se enquadra nos artigos 385 e 386. inciso III, § 6º, do Decreto nº 3.000/99 (artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97), sendo incabível a dedutibilidade da amortização do referido ágio na incorporadora Banco ABN AMRO.

Devidamente cientificada, a contribuinte apresentou Impugnação (fls. 156 - 207), instruída com documentos (fls. 208 - 808), alegando em síntese a inexistência de ágio interno, aduzindo que para a correta análise econômica dos fatos questionados, deve ser analisado o conjunto ("filme") das operações realizadas pela impugnante, porquanto cada passo das operações possui fundamentação e propósito negocial próprio relacionado à aquisição do controle societário do Banco Sudameris Brasil S/A.

Argumentou que o Intesa, grupo econômico distinto (independente) do grupo ABN, era composto pela Banca Intesa SpA (Intesa) e pelo Banco Sudameris Brasil S/A (Banco Sudameris). Por sua vez, o grupo ABN era composto por: - ABN AMR O Holding N.V (ABN Holding) - ABN AMRO Bank N.V. (ABN Bank) - ABN AMRO Brasil Dois Participações S/A

(ABN Dois) - ABN AMRO Brasil Participações Financeiras S/A (ABN Brasil) - Bri-Par Dois Participações S/A (BR1-PAR) - Banco ABN AMRO Real S/A (Banco ABN AMRO).

Segundo a recorrente em 13/06/2003 a ABN Brasil celebrou Contrato de Compra e Venda de Ações *{Stock Purchase Agreeinent* - fls. 729 - 812) com a Intesa para adquirir 94,57% do Banco Sudameris ao preço contratual de R\$ 2.292.965.000,00 e que o dito preço foi reduzido para R\$ 2.189.665.000,00 em 22/09/2003, conforme Acordo sobre Ajuste de Preço *{Trice Settlement Adjustment Agreement* - fls. 815 - 821), sendo R\$ 526.754.900,00 pagos em dinheiro e R\$ 1.662.910.100,00 em ações do Banco ABN AMRO, representativas de 11,58% do capital social do banco.

Aduziu também que o valor de R\$ 1.662.910.100,00 (ágio pago como expectativa de rentabilidade futura) corresponde ao valor de patrimônio líquido das ações do Banco ABN AMRO entregues como parte do pagamento, multiplicadas por 1,82 (coeficiente utilizado como multiplicador do patrimônio líquido contábil do Banco ABN AMRO para o pagamento de parte do preço de aquisição das ações do Banco Sudameris), sendo que em 24/10/2003, conforme previsão estabelecida no contrato de Compra e Venda de Ações, item 3.2) o ABN Holding e a Intesa celebraram Contrato de Opção de Permuta no qual regulamentou-se o exercício, pela Intesa, do direito de permuta de ações do Banco ABN AMRO pelas ações do ABN Holding e de conformidade com os referidos contratos, essa permuta deveria ocorrer nos anos-calendário de 2005, 2006 e 2007.

Afirmou, nesta mesma ordem de ideias, que o preço das ações do Banco ABN AMRO para fins de permuta foi estipulado como sendo 1,82 vezes o valor de seu patrimônio líquido contábil e que esse valor seria pago com ações do ABN Holding mensuradas pelo preço de mercado médio ponderado na Bolsa de Valores de Amsterdã Euronext, vigente no fechamento dos últimos 5 dias úteis anteriores ao aviso de exercício da opção de permuta. Em 27/05/2005 foram realizadas alterações no Contrato de Opção de Permuta para que o ABN Holding pudesse oferecer dinheiro em troca da aquisição das ações do Banco ABN AMRO pertencentes à Intesa, caso esta exercesse a opção de permuta.

Segundo a recorrente, em 06/06/2005 a Intesa exerceu sua primeira opção de permuta para um terço das ações que detinha no Banco ABN AMRO, 70.638.889 ações, recebendo em troca ações do ABN Holding (correspondência de 16/06/2005, fls. 926 - 927, tradução às fls. 924 - 925), sendo que nessa operação, concluída em 20/06/2005, houve o pagamento de ágio pela aquisição das ações do Banco ABN AMRO, pois o preço de troca, EUR 202.037.953,50, era 1,82 vezes maior que seu valor patrimonial. Em 20/06/2005, o ABN Holding vendeu as ações do Banco ABN AMRO para o ABN Bank, por EUR202.037.953,50 (instrumento de Venda e Transferência - *Deed of Sale and Transfer*) mesmo valor da permuta feita com a Intesa.

Mencionou que a Intesa exerceu, em 19/06/2006, a segunda opção de permuta, porém, o ABN Holding optou por pagar em dinheiro o 2º terço das ações do Banco ABN AMRO detidas pela Intesa (70.638.889 ações), pagando EUR223.964.568,51, correspondente ao ágio proporcional a 1,82 vezes o valor patrimonial (correspondência de fls.945-946). Na mesma data o ABN Holding vendeu as ações do Banco ABN AMRO adquiridas para o ABN Bank, pelo mesmo valor pago em dinheiro à Intesa (EUR223.964.568,31, *Deed of Sale and Transfer*).

Em 28/06/2006 a BRI-PAR aumentou seu capital social em R\$ 1.192.790.021,00, passando para R\$ 1.284.685.388,00, com a emissão de 112.983.504 novas

ações, sendo que essas novas ações foram todas subscritas e integralizadas pelo ABN Bank mediante conferência de 141.277.778 ações de sua propriedade, de emissão do Banco ABN AMRO (7,72% do capital social do Banco - fls. 954 - 956). Para a definição do valor integralizado ao capital social da BRI-PAR adotou-se como referência o valor pago em euros pelo ABN Holding na aquisição das referidas ações da Intesa (EUR 202.037.953,50 e EUR 223.964.568,51). Neste momento, segundo a recorrente, ocorreu a aquisição de ações do Banco ABN AMRO pela BRI-PAR, com ágio baseado em laudo de expectativa de rentabilidade futura, limitado ao valor objeto de negociação entre partes independentes, conforme Contrato de Compra e Venda, seguido de Contrato de Opção de Permuta, entre os grupos ABN e Intesa.

Argumentou que em 18/06/2006, a ABN Dois reduziu seu capital social em R\$ 759.358.858,00, passando para R\$ 865.376.245,00, correspondente à participação detida na BRI-PAR, a qual foi entregue ao ABN Bank. O objetivo dessa etapa foi permitir a consolidação da participação estrangeira indireta no capital do Banco ABN AMRO na sociedade BRI-PAR e na ABN Brasil, sendo certo que o ABN Holding exerceu, em 20/09/2006 a opção de compra prevista no contrato de compra e venda celebrado em 13/06/2003, pagando em dinheiro o valor correspondente à compra das 70.638.890 ações restantes do Banco ABN AMRO que ainda estavam sob titularidade da Intesa, pagando o ágio proporcional a 1,82 vezes o valor patrimonial (EUR232.975.334,96) e na mesma data, o ABN Holding vendeu essas ações do Banco ABN AMRO para o ABN Bank pelo mesmo valor pago à Intesa.

Mencionou ainda que em 28/09/2006, a BRI-PAR aumentou seu capital social em R\$ 650.033.801,00, passando para R\$ 1.934.719.189,00, com a emissão de 61.924.784 ações, que foram todas subscritas e integralizadas pelo ABN Bank, mediante a conferência de 70.638.890 ações de emissão do Banco ABN AMRO. Para a definição do valor integralizado ao capital social da BRI-PAR adotou-se como referência o valor pago em euros pelo ABN Holding na aquisição das referidas ações da Intesa (EUR232.975.334,96), e de acordo com a recorrente, neste momento ocorreu a aquisição de ações do Banco ABN AMRO pela BRI-PAR, com ágio baseado em laudo de expectativa de rentabilidade futura, limitado ao valor objeto de negociação entre partes independentes, conforme Contrato de Compra e Venda, seguido de Contrato de Opção de Permuta, entre os grupos ABN e Intesa.

Ainda lembrando os fatos, aduziu que em 28/12/2006 foi celebrado Instrumento Particular de Transação com acionistas minoritários do Banco Sudameris, cumulado com Instrumento Particular de Promessa de Compra e Venda de Ações, nos quais ficou acordada a incorporação de ações do Banco Sudameris pelo Banco ABN AMRO, e que a BRI-PAR compraria a totalidade das ações do Banco ABN AMRO atribuídas aos acionistas minoritários.

Tal aquisição de ações com ágio pela BRI-PAR, segundo a contribuinte, não foi questionada pela fiscalização, e torna evidente que a BRI-PAR representava papel importante na estrutura societária do grupo ABN, sendo a entidade que possibilitou a consolidação societária das empresas após a aquisição do Banco Sudameris.

Em 31/08/2007 foi aprovada a incorporação da ABN Brasil e da BRI-PAR pelo Banco ABN AMRO, passando a amortizar o ágio gerado na aquisição de suas ações. Na mesma data, o Banco Sudameris foi incorporado pelo Banco ABN AMRO, consolidando assim os investimentos em uma única instituição financeira (Banco ABN AMRO), racionalizando a

estrutura societária do grupo ABN no Brasil e viabilizando a sinergia e eficiências administrativas e operacionais nos negócios do grupo.

Concluiu a recorrente afirmando que a análise dos fatos ocorridos demonstra que houve uma "compra e venda" tendo por objeto o Banco Sudameris, e na qual eram partes independentes os grupos ABN e Intesa e, portanto, o valor pago nessa transação foi negociado em mercado, fundamentado em laudos de expectativa de rentabilidade futura elaborados por empresa especializada independente e no processo de consolidação do grupo ABN, após a aquisição do Banco Sudameris, esse "custo de aquisição" foi aportado em subscrição e integralização de capital feita pelo ABN Bank na BRI-PAR. O valor atribuído às ações do Banco ABN AMRO detidas pelo ABN Bank na integralização de capital correspondia ao valor originado no Contrato de Compra e Venda (integralização pelo custo de aquisição). Tal informação foi apresentada à Fiscalização, permitindo compreender que o ágio gerado originou-se em uma negociação de mercado entre partes independentes. Apesar disso, a fiscalização preferiu analisar uma "fotografia" isolada e afirmar que se tratava de ágio interno.

Ressaltou o nominado equívoco da Fiscalização ao analisar apenas um passo (integralização de ações da BRI-PAR com conferência das ações do Banco ABN AMRO), sem analisar o conjunto de operações e a negociação entre as partes independentes Intesa-Itália e ABN-Holanda, por entender que tais operações não se confundem, justificando que toda operação deve ser analisada em conjunto com as demais operações relacionadas. No caso, as operações societárias que culminaram com o aproveitamento do ágio pela recorrente visavam à simplificação da estrutura societária do grupo ABN após a aquisição do Banco Sudameris, bem como viabilizar sinergias e eficiências relacionadas à aquisição de instituição financeira do grupo Intesa, sendo o ágio resultado econômico obtido em processo de compra e venda entre partes independentes.

Ressaltou, destarte, que no caso presente, a Fiscalização não analisou o processo de compra e venda das ações do Banco Sudameris, que culminou com a conferência de ações do Banco ABN AMRO com ágio na BRI-PAR, limitando-se a analisar apenas essa última etapa isoladamente, não restando qualquer argumento para se qualificar a operação como planejamento tributário inválido, pois a Fiscalização reconhece que o único elemento questionável nessa operação seria o "ágio interno", inexistindo outras operações preocupantes, como sociedades veículo e o elemento tempo.

Defendeu assim, que não houve ágio interno no presente caso, pois o valor utilizado pelo ABN Bank para conferência das ações do Banco ABN AMRO na integralização de ações da BRI-PAR foi definido no processo de compra e venda de ações do Banco Sudameris (valor de mercado definido entre partes independentes), motivo pelo qual devem ser cancelados os autos de infração em comento.

Em argumento alternativo, passou a recorrente a discorrer acerca da valide do aproveitamento do denominado "ágio interno", porquanto respaldado pela legislação tributária e societária.

Prosseguiu de acordo com as imputações feitas pela Fiscalização, reputando inexistir previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização porquanto a referida adição não consta do art. 2º, e §§, da Lei nº 7.689/88, que fixa os ajustes aplicáveis à base de cálculo da CSLL, sendo que eventual despesa que tenha integrado o lucro líquido somente será considerada indedutível da base de cálculo da CSLL caso haja previsão legal para tanto, o que

não ocorre neste caso. Assim, o lançamento de CSLL não possui fundamento legal, afrontando o princípio da legalidade, motivo pelo qual deve ser cancelado.

No tocante à “impossibilidade de sucessão da multa de ofício sobre fatos geradores ocorridos antes da incorporação”, aduziu que no Direito Tributário, a sucessão abrange apenas os tributos devidos pela empresa extinta, nunca as multas respectivas, sobretudo quando imputadas após a sucessão. Segundo o art. 132 do CTN, o sucessor responde apenas pelos tributos devidos até a data da sucessão e a multa apenas será transferida ao sucessor se lançada antes do ato sucessório.

Neste caso, defende que a multa foi lançada em 21/12/2010, enquanto que a incorporação do Banco ABN AMRO pela impugnante se deu em 30/04/2009, não havendo, portanto, que se manter a multa lançada, mesmo se os administradores da sucessora fossem os mesmos da sucedida. A imposição das multas à incorporadora também não poderia ter ocorrido, em razão do caráter personalíssimo das multas, pelo que devem ser canceladas.

A 10ª Turma da DRJ em São Paulo/SP, julgou o lançamento procedente, assentando em estreito resumo que numa operação de integralização de capital efetivada por meio de conferência de ações deve ser considerado o valor real das ações fixado em relação ao patrimônio líquido da companhia, ressaltando que tal operação societária não possui o condão de produzir ágio, nem mesmo comporta a transferência de ágio eventualmente apurado na aquisição originária das ações e que em função da expressa previsão legal do art. 7º, inciso III, da Lei nº 9.532/97, deve ser comprovado que o ágio a ser amortizado decorre de expectativa de rentabilidade da coligada/controlada com base em previsão de resultados de exercícios futuros, atestando-se não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo (amortização de ágio) a incorporação de pessoa jurídica adquirida com suposto ágio, sem qualquer finalidade comercial ou societária, a exemplo do que se deu nos autos.

A contribuinte interpôs Recurso Voluntário, versando conteúdo coincidente à Impugnação já relatada e pugnando pela reforma da decisão objetada. A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou suas bem articuladas Contrarrazões.

É o relatório.

## Voto Vencido

Conselheiro Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior, Relator.

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos genéricos de recorribilidade. Admito-o para julgamento.

Neste tópico específico, como bem delineado no relatório que acompanha o presente voto, para a Fiscalização a amortização do ágio gerado na aquisição de ações do BANCO ABN AMRO REAL S/A pela BRI PAR DOIS PARTICIPAÇÕES S/A seria indevida, por se tratar de ágio gerado internamente, ou seja, decorrente de operações levadas a efeito dentro de um mesmo grupo econômico.

A decisão recorrida, como também relatado, firmou entendimento segundo qual para além do ágio gerado internamente, ou como afirmando em certa altura do seu voto o ágio gerado de si mesmo, também faleceu à recorrente demonstrar o fundamento do ágio que lhe autorizasse a dedutibilidade.

Em sede preliminar atestei a ausência de nulidade da decisão recorrida por ter alegadamente transbordado seu limite de enfrentamento, ao não se pronunciar unicamente quanto à formulação intragrupo do ágio, porém, o fiz apenas para atestar a ausência de nulidade e a possibilidade de a decisão recorrida lançar fundamento subsidiário ao seu convencimento, de fato reconheço que o cerne da autuação baseou-se na ocorrência do denominado ágio interno, como, aliás, se colhe do seguinte trecho do TVF (fl. 465):

*(...) Dessa forma, as subscrições de capital na BRI PAR DOIS mediante conferência de ações de emissão do BANCO ABN AMRO, com ágio, pelo controlador ABN AMRO BANK N.V., em empresa de mesmo grupo econômico (BRI PAR DOIS), e posterior incorporação dessa empresa por sua controlada (BANCO ABN AMRO), demonstram que as operações objetivaram, principalmente, o aspecto tributário, ou seja, a intenção de obter economia de tributos, supostamente elisivos, mediante a contabilização de ágio para fins de aproveitamento fiscal da amortização no incorporador, consoante a legislação tributária (arts. 385, § 2º, II, e 386, III, do Decreto nº 3.000/1999; arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 e art. 10 da Lei nº 9.718/1998).*

*Dessa forma, mesmo que a incorporação tenha sido realizada em função dos diversos motivos elencados nos documentos societários, aprovados pelas assembleias das empresas envolvidas, fica claro que as subscrições de capital na BRI PAR DOIS, mediante ações do BANCO ABN AMRO, com criação de ágio interno, tinham um propósito meramente fiscal, na medida em que todas as ações de emissão do BANCO ABN AMRO "retornaram" ao ABN AMRO BANK N.V., quando da incorporação da BRI PAR DOIS, sem que se revelassem outros*

*motivos que justificassem tais subscrições, além da criação do ágio para efeitos fiscais.*

(...)

Verificado que a Fiscalização glosou o surgimento do ágio por considerá-lo gerado internamente, muito embora a recorrente assevere não se tratar de ágio interno, porquanto gerado em operação realizada entre partes absolutamente independentes (Grupo ABN e Intesa), antes de aferir estes argumentos da contribuinte, considero imperioso traçar algumas breves notas acerca do denominado ágio intragrupo.

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

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

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

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

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

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

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

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

*Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/135.htm) - art69ii*

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

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

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

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

*IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ora, pela leitura dos dispositivos acima reproduzidos, verificado que de fato não há na legislação de regência qualquer óbice ao "ágio interno", situação que se referenda pelo fato de o próprio artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, que respalda o artigo 385 do RIR/99, já prever a necessidade, em caso de aquisição de investimento em sociedade coligada ou controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, o custo de aquisição ser desdobrado entre o valor do patrimônio líquido e a diferença entre o custo de aquisição do investimento e este valor, que resultariam em ágio ou deságio, de sorte que a única questão que pode obstar a dedutibilidade é aferir o conteúdo econômico e contemplá-lo à luz de eventual abuso de direito, que tem me levado em cada caso concreto a analisar a operação, mas que na espécie, sequer foi aventado, presente o conteúdo negocial robusto e concreto celebrado na hipótese dos autos.

Vê-se assim, que a Fiscalização estipula que as justificativas dadas pela recorrente para o implemento da transação não hospedariam a legitimidade para deduzir-se a despesas, eis que as operações revelariam o intuito preponderante, senão único, de criar-se o ágio.

Mas, se como vimos acima, a lei tributária não traz vedação ao ágio interno e a questão do abuso de direito ou simulação sequer foi aventada, a questão, para além da formação ágio, passa pelo enfrentamento da questão da elisão fiscal, porquanto, segundo premissa estabelecida nos precedentes em que glosas semelhantes subsistiram, o condenável

não é a alienação “intragrupo” de determinado investimento com ágio, o que se repugna é a simulação e o abuso de direito.

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

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

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

*Para explicar melhor, é importante mencionar que, antes do referido dispositivo, prevalecia a ideia de plena liberdade de planejamento tributário, sendo a [única barreira posta a este os casos de simulação. O contribuinte tinha plena liberdade de reestruturar seus negócios e de economizar o tributo] (...)*

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

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

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

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

se negar que os contribuintes utilizam formas simuladas para esconder dolosamente fatos geradores.

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

Com efeito, acerca do tema esta Turma decidiu, por ocasião do julgamento do PA nº 18471.000999/2005-29 de Relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Valmir Sandri:

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ*

*Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003*

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

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

Ora, se a própria Fiscalização à folha 465 que a intenção da recorrente sempre foi realizar a operação da forma menos onerosa, nada há de simulado ou abusivo nisso, de sorte que não vejo no caso em exame a dissimulação de qualquer aspecto da legislação de regência, já que inexistiu abuso do direito, da forma jurídica ou da interpretação da *mens legis*, eis que os negócios jurídicos praticados pela recorrente tiveram evidente motivação no plano societário, como notoriamente conhecido, e não se resumiram apenas a provocar a economia do imposto.

Portanto, analisando todas as etapas do negócio jurídico levado a efeito, até os resultados concretos que redundaram no aproveitamento do ágio não vejo como enquadrar esta operação como sendo um planejamento tributário abusivo, e não encontrando fundamento legal que impossibilite o aproveitamento do ágio interno, a glosa levada a efeito não pode subsistir.

Ademais, o artigo 7º da Lei nº 9.532/97, estabelece apenas o termo “*a quo*” para o exercício do direito de deduzir o ágio (opção fiscal), ao condicionar a dedutibilidade do ágio a partir do evento incorporação, fusão ou cisão, consoante explicitado no dispositivo,

sendo imperioso extrair-se daí que a decisão sobre o evento de incorporação, fusão ou cisão compete exclusivamente aos acionistas das empresas, a ninguém mais, razão pela qual não vejo como atribuir mácula de abusividade nas operações praticadas pela contribuinte com o intuito de aproveitar a despesa com ágio. Rejeito, portanto, o fundamento da Fiscalização e da decisão recorrida segundo o qual a geração de ágio interno, por si só, impossibilitaria a dedutibilidade de tais despesas.

Superados estes fundamentos, a despeito de considerá-los suficientes à reforma deste tópico da decisão recorrida, conveniente o enfretamento das razões da recorrente de que na espécie não houve geração de ágio intragrupo, tratando-se, contrário disso, de operação realizada entre partes absolutamente independentes (Grupo ABN e Intesa).

Com efeito, em 13/06/2003, o Grupo ABN adquiriu o Banco Sudameris, realizando o “pagamento” da seguinte forma: i) 1ª Parcela paga em dinheiro, ii) 2ª Parcela paga temporariamente mediante 11,58% das ações do Banco ABN AMRO Real S/A, de sorte que a Intesa passou a ser detentora de 11,58% das ações do ABN Real, quando em 2005 e 2006, os 11,58% das ações do ABN Real foram recompradas pelo Grupo ABN, com ágio de 1,82 vezes o valor do seu patrimônio líquido, de sorte que esta operação se deu por meio de: i) entrega de ações do ABN Holding Holanda (dação em pagamento) e ii) de pagamento em dinheiro.

Portanto, mesmo que se supere o fundamento que aduzi acima em relação ao ágio interno, parece-me acertado o pleito da contribuinte ao estabelecer que de fato houve justificado fundamento para a re aquisição das ações do ABN Real, lastreado na sua expectativa de rentabilidade futura, ratificado i) por Laudo de Avaliação Econômico-Financeira do Banco Sudameris, que deu suporte para a definição do múltiplo de 1,82 previsto no Contrato de Compra e Venda e pago à Intesa e ii) por Laudos de Avaliação do Banco ABN AMRO Real S/A, de sorte que, como aduz a contribuinte, um relato simplificado da sequência de fatos ocorridos no presente caso, dá-se conta verifica-se que o conjunto de operações demonstra que houve uma “Compra e Venda” entre partes independentes, Grupo ABN (comprador - Holanda) e o Grupo Intesa (vendedor - Itália), que teve como objeto as ações do Banco ABN Real recebidas pelo Grupo Intesa quando da venda do Banco Sudameris, não havendo falar, portanto, em ágio interno.

No que toca ao fundamento do ágio glosado, entendo que equivocou-se a decisão recorrida ao estabelecer que o ágio aqui discutido não disporia de fundamento lastreado em expectativa de rentabilidade futura, com efeito, a retrospectiva dos eventos sucedidos, dão conta de que a definição do preço das ações do Banco ABN Real foi definido a partir da sua expectativa de rentabilidade futura, por ocasião do contrato firmado entre a Intesa e o Grupo ABN, ratificado por Laudo de Avaliação apresentado no ato de integralização de ações na Bri Par Dois.

Para tal conclusão, a exemplo do que fez a contribuinte em sua peça recursal, de bom alvitre segregar as partes envolvidas nas negociações que redundaram na formulação da despesa com ágio, confira-se:

**✓ Grupo ABN:**

- ABN AMRO Holding N.V. ("ABN Holding Holanda")
- ABN AMRO Bank N.V. ("ABN Bank Holanda")
- ABN AMRO Brasil Dois Participações S/A ("ABN Dois Participações")
- ABN AMRO Brasil Participações Financeiras S/A ("ABN Brasil Participações Financeiras")
- Bri-Par Dois Participações S/A ("Bri-Par Dois")
- Banco ABN AMRO Real S/A ("ABN Real")

**✓ Grupo Intesa**

- Banca Intesa S.p.A. ("Intesa")
- Banco Sudameris Brasil S/A ("Banco Sudameris")

Separadas as partes envolvidas, tal como evidenciou a contribuinte, em 13/06/2003 a ABN Brasil Participações Financeiras celebrou contrato de Compra e Venda de Ações com a Banca Intesa para adquirir 94,57% do Banco Sudameris, ao valor de R\$ 2.292.965,000,00, sendo que nos termos do Acordo sobre o Ajuste de Preço, firmado em 22/09/2003, reduziu-se o valor para R\$ 2.189.665.000,00, sendo pagos R\$ 526.754.900,00 em dinheiro e R\$ 1.662.910.100,00 em ações do Banco ABN AMRO Real S.A., que representavam 11,58% do seu capital social, sendo que o valor de patrimônio líquido das ações do Banco ABN AMRO Real S.A. dadas como forma de pagamento, multiplicado por 1,82, equivalia ao valor de R\$ 1.662.910.100,00, que como explicou a recorrente foi o preço de referência ao ágio gerado no caso em apreço.

Ainda na esteira da recapitulação dos eventos sucedidos, que a meu ver demonstram o fundamento do ágio, lembrou a recorrente que em 24/10/2003, a ABN Holding e a Intesa firmaram Contrato de Opção de Permuta, disciplinado-se a forma pela qual a Intesa poderia exercer seu direito permutar as ações do ABN Real pelas ações da ABN Holding Holanda, sendo que o preço das ações do ABN Real para os fins da citada permuta foi avençado como 1,82 vezes o valor do seu patrimônio líquido contábil, valor a ser pago com ações da ABN Holding Holanda, mensurados pelo seu preço de mercado médio ponderado na Bolsa de Valores de Amsterdã Euronext vigente no fechamento dos últimos 5 dias úteis anteriores à data de aviso da opção de permuta, estando o valor atribuído às ações do ABN Real fundamentado na expectativa de rentabilidade futura atestada por laudos de avaliação econômico-financeira.

Em 27/05/2005 foram realizadas alterações no Contrato de Opção de Permuta, permitindo que a ABN Holding Holanda oferecesse dinheiro em troca da aquisição das ações do ABN Real detidas pela Intesa, caso ela exercesse a opção de permuta, o que ocorreu, pela primeira vez, em 06/06/2005, em relação a um terço das ações que detinha no ABN Real (70.638.889 de ações), recebendo em troca ações da ABN Holding Holanda, havendo nesta operação, pagamento de ágio pela aquisição das ações do ABN Real, porquanto o preço de troca era 1,82 vezes maior que o seu valor patrimonial, ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura apoiado em laudo de avaliação econômico-financeira.

Posteriormente, em 20/06/2005, a ABN Holding Holanda vendeu as ações do ABN Real para o ABN Bank Holanda, ao valor coincidente ao da permuta feita com a Intesa (EUR 202.037.953,50).

A segunda opção de permuta foi exercida pela Intesa em 19/06/2006, sendo que a ABN Holding Holanda pagou em dinheiro o 2º terço das ações do ABN Real detidas pela Intesa (70.638.889 ações), pagando novamente o ágio proporcional a 1,82 vezes o valor patrimonial (EUR 223.964.568,51), outra vez apoiado no laudo de avaliação que estatuiu a expectativa de rentabilidade futura, ocorrendo que a ABN Holding Holanda novamente vendeu as tais ações para o ABN Bank Holanda pelo mesmo valor pago em dinheiro à Intesa.

Na continuidade dos eventos narrados nestes autos, tem-se que a Bri Par Dois, em 28/06/2006, aumentou seu capital social no valor de R\$ 1.192.790.021,00, passando de R\$ 91.895.366,00 para 1.284.685.388,00, com a emissão de 112.983.504 novas ações, subscritas e integralizadas, na sua totalidade, pelo ABN Bank Holanda, mediante a conferência de 141.277.778 ações ordinárias, de sua propriedade, de emissão do ABN Amro Real, correspondente a 7,72% de seu capital social, tendo a contribuinte justificado desde a impugnação, que para definição do valor de R\$ \$ 1.192.790.021,00 que foi integralizada ao capital social da Bri Par Dois, adotou-se como referência o valor pago em Euros pelo ABN Holding Holanda quando da aquisição das ações que pertenciam à Intesa.

Diante disso, assiste razão à recorrente ao afirmar que no momento da aquisição de ações do ABN Real pela Bri Par Dois estava presente o ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura equivalente ao valor objeto de negociação entre os Grupos ABN e Intesa, tal como demonstrado no laudo de avaliação econômico-financeira.

Ainda na sequência dos atos, a ABN Dois Participações reduziu seu capital social em R\$ 759.358.858,00, correspondente à participação detida na Bri Par Dois, as quais foram entregues ao ABN Bank Holanda, permitindo assim a consolidação da participação estrangeira indireta no capital do ABN Real na sociedade Bri Par Dois e na ABN Participações Financeiras.

Tem-se ainda, que em 20/09/2006 o ABN Holding Holanda exerceu sua opção de compra e pagou em dinheiro o valor correspondente às 70.638.890 ações restantes do ABN Real que remanesciam na titularidade da Intesa, tornando a pagar ágio proporcional a 1,82 vezes o valor patrimonial e novamente fundamentado no laudo de avaliação econômico-financeira, sendo que na referida data a ABN Holding Holanda vendeu as ações do ABN AMRO Real adquiridas na terceira parcela para o ABN Bank Holanda, pelo mesmo valor pago em dinheiro à Intesa.

Já em 28/09/2006, a Bri Par Dois aumentou seu capital social no valor de R\$ 650.033.801,00, emitindo 61.924.798 ações ordinárias, subscritas e integralizadas pelo ABN Bank Holanda, mediante a conferência de 70.639.890 ações ordinárias do ABN real que lhe pertenciam, snedo certoque para definição do valor de R\$ 650.033.801,00, adotou-se como referência o valor pago em Euros pelo ABN Holding Holanda quando da aquisição das mencionadas ações da Intesa, como também o valor pago pelo ABN Bank Holanda foi equivalente ao pago pela ABN Holding.

Ocorreu, portanto, nova aquisição de ações do ABN Real pela Bri Par Dois, com ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura correspondente ao valor que negociaram os grupos ABN e Intesa.

Deve-se considerar ainda, que em 28/12/2006, foi celebrado instrumento Particular de Transação com sócios minoritários do Banco Sudameris, e Instrumento Particular de Promessa de Compra e Venda de Ações, ficando estabelecido que haveria a incorporação de

ações do Banco Sudameris pelo ABN Real e que a Bri Par Dois compraria todas as ações do ABN Real atribuídas aos minoritários, de sorte que a aquisição de ações com ágio pela Bri Par Dois foi que viabilizou a consolidação societária das empresas após a aquisição o Banco Sudameris.

Por fim, em 31/08/2007 aprovou-se a incorporação da ABN Brasil Participações Financeiras e da Bri Par Dois pelo ABN Real, passando este a amortizar o valor das despesas com ágio gerado na aquisição de suas ações e o Banco Sudameris foi incorporado pelo ABN Real, consolidando-se os investimentos no ABN Real.

Torno a dizer, portanto, que equivocou-se a decisão recorrida ao estabelecer que o ágio aqui discutido não disporia de fundamento lastreado em expectativa de rentabilidade futura, com efeito, a retrospectiva dos eventos sucedidos, dão conta de que a definição do preço das ações do Banco ABN Real foi definido a partir da sua expectativa de rentabilidade futura, por ocasião do contrato firmado entre a Intesa e o Grupo ABN, ratificado por Laudo de Avaliação apresentado no ato de integralização de ações na Bri Par Dois.

Com estas ponderações, merece reforma a decisão recorrida, tanto para a autuação relativa ao IRPJ como o corolário óbvio da CSLL, ficando prejudicados os demais argumentos secundários, inclusive no que toca especificamente à CSLL.

Em vista do que acima se aduziu, encaminho meu voto no sentido de DAR provimento ao Recurso Voluntário.

Sala das Sessões, em 09 de abril de 2014.

(assinado digitalmente)

Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior

## Voto Vencedor

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado – Relator designado

Trata-se de voto de divergência, acolhido por voto de qualidade, em relação ao posicionamento dado pelo relator do presente acórdão no sentido de dar provimento ao recurso voluntário no tocante ao lançamento de glosa de amortização de ágio, com reflexos no IRPJ e CSLL.

O presente lançamento é complementar ao realizado por meio do Processo Administrativo Fiscal nº 16327.001697/2010-73 e, embora tenha os mesmos fatos e fundamentos daquele PAF, refere-se tão somente à glosa da amortização de ágio realizada em agosto de 2007.

Assim, os fundamentos da decisão do colegiado no PAF nº 16327.001697/2010-73, exarados por meio do Acórdão nº 1301-000.474, nesta mesma data, são inteiramente aplicáveis ao presente processo, de modo que transcrevo abaixo as razões externadas no voto vencedor proferido naquele processo, *in verbis*:

A recorrente alega que o fundamento da atuação foi a glosa de despesas com ágio que teriam sido gerados internamente, o que não procede pois o ágio foi gerado em operação realizada entre partes absolutamente independentes (Grupo ABN e Intesa).

Informa que o ágio em questão foi gerado em 2005 e 2006, com a recompra de 11,58% das ações do ABN Real pelo Grupo ABN, com ágio de 1,82 vezes o valor de seu patrimônio Líquido e que esta se deu mediante entrega de ações do ABN Holding Holanda (dação em pagamento) e de pagamento em dinheiro.

Alega ainda que o fundamento econômico para a recompra das ações do ABN Real foi a sua expectativa de rentabilidade futura, ratificado (I) por Laudo de Avaliação Econômico Financeira do Banco Sudameris (documento que deu suporte para a definição do múltiplo de 1,82 previsto no Contrato de Compra e Venda e pago à Intesa); e ii) por Laudos de Avaliação do Banco ABN AMRO Real S/A.

O relator do voto, vencido nesta matéria, acolheu os argumentos da recorrente de que no momento da aquisição de ações do ABN Real pela Bri Par Dois estava presente o ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura equivalente ao valor objeto de negociação entre os Grupos ABN e Intesa, demonstrado em laudo de avaliação econômico-financeira.

Conclui que “equivocou-se a decisão recorrida ao estabelecer que o ágio aqui discutido não disporia de fundamento lastreado em expectativa de rentabilidade futura, com efeito, a retrospectiva dos eventos sucedidos, dão conta de que a definição do preço das ações do Banco ABN Real foi definido a partir da sua expectativa de rentabilidade futura, por ocasião do contrato firmado entre a Intesa e o Grupo ABN, ratificado por Laudo de Avaliação apresentado no ato de integralização de ações na Bri Par Dois”.

Em que pesem os respeitáveis argumentos do Relator, entendeu o colegiado, por voto de qualidade, que não restou comprovada a fundamentação econômica do ágio na rentabilidade futura do Banco ABN Real, posto que o valor pago foi baseado no preço fixado por ocasião da operação de aquisição do Banco Sudameris junto a Banca Intesa, sem qualquer correlação com a expectativa de rentabilidade futura do Banco ABN Real.

Tendo sido incumbido de proferir o voto vencedor quanto à matéria, entendo ser necessário, antes de adentrar o mérito da exigência fiscal, tecer algumas considerações acerca da questão da amortização do ágio em face de reorganizações societárias, que vem sendo largamente utilizado e discutido enquanto mecanismo de planejamento tributário das empresas.

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

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

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

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

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

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

Desta feita, não há que se falar em liberdade de auto-organização quando o ato praticado visa única e exclusivamente a reduzir o tributo devido, pois “a carga tributária decorre da lei e não pode ficar ao sabor da ‘criatividade’ do contribuinte. Nem se diga que o ordenamento autoriza estas condutas, pois a opção fiscal (desejada ou induzida pelo ordenamento) é diferente da ‘montagem fiscal’ (construção de um modelo apenas formal para atingir um redução do tributo)”.<sup>1</sup>

Portanto, a liberdade de auto-organização do contribuinte perante o Fisco e a sociedade não é absoluta; está sujeita a restrições, como o respeito à livre concorrência, à boa fé, à função social da empresa e não se coaduna com as práticas de simulação, abuso de direito ou fraude à lei.

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

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

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

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

Em sentido contrário, Luiz Eduardo Shoueri enxerga a norma como uma restrição “*da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que o justificassem*”<sup>2</sup>

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

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

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

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

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

As principais características desses arranjos societários simulados são: - reorganização societária dentro de um grupo de empresa sob controle comum ; - a criação ou aquisição de empresas sem atividade econômica real (empresas veículos); - subscrição de capital na empresa veículo, integralizada com quotas ou ações da empresa operacional do grupo (ou outra holding intermediária), avaliadas “a valor de mercado” com base na expectativa de rentabilidade futura; - ausência de

pagamento efetivo (não há qualquer dispêndio ou sacrifício patrimonial); - inexistência de qualquer outra finalidade nas operações, que não a geração do ágio; - operações formais realizadas em curto espaço de tempo (geralmente menos de um ano); - incorporação reversa da investidora pela investida, que passa a adotar a razão social ou marca daquela; - controle societário da empresa operacional (direto ou indireto) resulta inalterado ao final da reorganização societária.

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

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

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

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

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

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

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

Do exame das operações realizadas, entendo que não ficou comprovada a fundamentação econômica do ágio, baseada na rentabilidade futura do Banco ABN Real.

Importante mencionar, desde logo, que embora a fiscalização tenha focado na existência de ágio interno, face à transferência do ágio pago para uma empresa controlada, com posterior incorporação reversa, esta questionou expressamente a falta de fundamentação econômica do ágio com base na rentabilidade futura, como se extrai do seguinte trecho TVF (fls. 688):

*O ágio, determinado discricionariamente pelo ABN AMRO BANK N.V., foi fixado pela diferença entre o valor das ações de processos anteriores e o seu valor patrimonial, quando da subscrição de capital na BRI PAR DOIS. Portanto, vê-se que, inicialmente, o ágio contabilizado não foi determinado por uma avaliação econômica e financeira do BANCO ABN AMRO, ou seja, em função de uma expectativa de rentabilidade da controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros.*

No presente caso a operação que teria dado ensejo ao ágio decorreu inicialmente da recompra de ações do Banco ABN AMRO Real por parte de empresas do grupo ABN, que anteriormente haviam sido cedidas à Banca Intesa como parte de pagamento da aquisição do controle societário do Banco Sudameris.

De acordo com as informações e documentos apresentados pela recorrente, a ABN Brasil Participações Financeiras adquiriu, em 13/06/2003, 94,57% das ações do Banco Sudameris junto à Banca Intesa, pelo valor de R\$ 2.292.965.000,00, tendo pago R\$ 526.754.900,00 em dinheiro e R\$ 1.662.910.100,00 em ações do Banco ABN Real S/A, representativas de 11,58% do seu capital social. De acordo com o Contrato de Compra e Venda das Ações (Stock Purchase Agreement), o valor patrimonial das ações foi multiplicado pelo índice de 1,82 de forma a corresponder ao valor de R\$ 1.662.910.100,00.

Em 24/10/2003, a ABN Holding Holanda e a Intesa celebraram um contrato de Opção de Permuta (Swap Option Agreement), em aditamento ao Contrato de Compra e Venda das Ações, pelo qual a Banca Intesa poderia exercer o seu direito de permuta de ações do Banco ABN Real por ações da ABN Holding Holanda, nos anos de 2005, 2006 e 2007, mantendo-se, para fins de permuta, o valor estipulado para o preço das ações do Banco ABN Real equivalente ao valor patrimonial das ações multiplicado pelo índice de 1,82, aplicado por ocasião da entrega das ações em pagamento do controle do Banco Sudameris. O preço das ações do ABVN Holding Holanda seria mensurado pelo preço médio ponderado negociado na Bolsa de Valores de Amsterdã nos últimos cinco dias antes da permuta.

Em 27/05/2005 foram feitas novas alterações no Contrato de Opção de Permuta para que o ABN Holding Holanda pudesse pagar em dinheiro pela troca das ações do Banco ABN Real, caso a Intesa exercesse a opção de permuta.

Em 06/06/2005 a Banca Intesa exerceu a sua primeira opção de permuta, entregando 70.638.889 ações do Banco ABN Real em troca de ações da ABN Holding Holanda, pelo valor de EUR 202.037.953,40, que correspondiam ao valor patrimonial das ações, multiplicado pelo coeficiente 1,82 previsto no contrato. Em 20/06/2005, a ABN Holding Holanda vendeu estas ações do Banco ABN Real para o ABN Bank Holanda, pelo mesmo valor da permuta feita com a Intesa.

Em 19/06/2006 a Banca Intesa exerceu a sua segunda opção de permuta, só que desta feita entregou 70.638.889 ações do Banco ABN Real e ao invés de receber em troca de ações da ABN Holding Holanda, recebeu o pagamento em dinheiro no valor de EUR 223.964.568,51 que correspondiam ao valor patrimonial das ações, multiplicado pelo coeficiente 1,82 previsto no contrato. Na mesma data, a ABN Holding Holanda vendeu estas ações do Banco ABN Real para o ABN Bank Holanda, pelo mesmo valor da compra pago a Intesa.

Em 28/06/2006 o ABN Bank Holanda aumentou o capital da empresa Bri Par Dois mediante a conferência das 141.277.778 ações do Banco ABN Real adquiridas

nas operações acima relatadas, pelo mesmo valor pago. Nesta operação a Bri Par Dois registrou um ágio na aquisição das ações do ABN Real, baseado em laudo de expectativa de rentabilidade futura, limitado ao valor objeto de negociação fixado no Contrato de Compra e Venda (do Banco Sudameris) e de Opção de Permuta, celebrado entre as empresas do Grupo ABN e Grupo Intesa.

A recorrente apresentou um laudo de avaliação elaborado em 28/09/2006 da consultoria Deloitte (fls. 960) na qual a participação acionária no Banco ABN Real S/A, detida pelo ABN Bank Holanda, equivalente a 141.277.778 ações (7,72% do capital total), equivaleriam em 31/05/2006 ao valor de R\$ 1.447,77 milhões, com base na sua estimativa de mercado baseada em expectativa de rentabilidade futura. No entanto, para fins de integralização do capital na Bri Par Dois adotou-se o valor de R\$ 1.192.790.121,00, equivalente ao valor pago em Euros, pelo ABN Bank Holanda, convertido à taxa de câmbio vigente em 26/06/2006, conforme Ata da AGE, realizada em 28/06/2006 (fls. 954/957).

Em 20/09/2006 a Banca Intesa exerceu a sua terceira opção de permuta, entregando 70.638.889 ações do Banco ABN Real e, novamente, ao invés de receber em troca de ações da ABN Holding Holanda, recebeu o pagamento em dinheiro no valor de EUR 232.975.334,06, que correspondiam ao valor patrimonial das ações, multiplicado pelo coeficiente 1,82 previsto no contrato. Na mesma data, a ABN Holding Holanda vendeu estas ações do Banco ABN Real para o ABN Bank Holanda, pelo mesmo valor da compra pago a Intesa.

Em 28/09/2006 o ABN Bank Holanda aumentou o capital da empresa Bri Par Dois mediante a conferência das 70.638.889 ações do Banco ABN Real adquiridas nesta última operação, pelo mesmo valor pago. Nesta operação a Bri Par Dois registrou um ágio na aquisição das ações do ABN Real, baseado em laudo de expectativa de rentabilidade futura, limitado ao valor objeto de negociação fixado no Contrato de Compra e Venda (do Banco Sudameris) e de Opção de Permuta, celebrado entre as empresas do Grupo ABN e Grupo Intesa.

A recorrente apresentou um laudo de avaliação elaborado em 28/09/2006 da consultoria Deloitte (fls. 1029) na qual a participação acionária no Banco ABN Real S/A, detida pelo ABN Bank Holanda, equivalente a 70.639.890 ações (3,86% do capital total), equivaleriam em 31/08/2006 ao valor de R\$ 727,35 milhões, com base na sua estimativa de mercado baseada em expectativa de rentabilidade futura.

No entanto, para fins de integralização do capital na Bri Par Dois adotou-se o valor de R\$ 650.033.801,00, equivalente ao valor pago em Euros, pelo ABN Bank Holanda, convertido à taxa de câmbio vigente em 26/09/2006, conforme Ata da AGE, realizada em 28/09/2006 (fls. 1023/1026).

Em 31/08/2007, foi aprovada a incorporação da Bri Par Dois pelo ABN Real, passando este a amortizar o valor do ágio gerado na recompra de suas próprias ações.

Analisando o conjunto de operações realizadas, iniciadas em 24/10/2003 com a aquisição do controle do Banco Sudameris pelo Grupo ABN, verifica-se que o ágio efetivamente pago (equivalente a 0,82 do valor patrimonial das ações) pela recompra das ações do Banco ABN Real SA não foi determinado com base na expectativa de rentabilidade futura daquela empresa do grupo ABN, mas sim foi determinado em face das avenças realizadas com a Banca Intesa no processo de aquisição do Sudameris.

Desde o início das operações contratadas restou fixado o índice de 1,82 (por convenção entre as partes) a ser aplicado sobre o valor patrimonial das ações do ABN Real, inicialmente como parte do pagamento pela aquisição do Sudameris, depois na possibilidade de permuta das ações do ABN Real por ações da ABN Holding, na sequência para fins de substituição da permuta por pagamento em dinheiro pela ABN Holding e na venda das ações ao ABN Bank Holanda e, finalmente, no aumento e integralização do capital da empresa Bri Par Dois.

O que a recorrente buscou, por meio de laudos de avaliação elaborados quase três anos após a fixação do índice de precificação das ações do ABN Real no negócio original, foi validar o ágio como se tivesse sido pago com base na expectativa de rentabilidade futura, o que não se pode admitir.

De fato, o negócio relativo à recompra das ações foi realizado entre partes livres e independentes, que estipularam desde logo um preço pelas ações do Banco ABN Real que norteou toda a negociação posterior.

Porém, em nenhum momento da negociação, realizada entre estas partes independentes, aflorou a informação relativa à fundamentação econômica que determinou a estipulação do valor das ações do Banco ABN Real com base no seu valor patrimonial, multiplicado pelo fator de 1,82.

Somente por ocasião da entrega dessas ações, para a capitalização da empresa Bri Par Dois, operação interna ao grupo, é que nasceu a discussão sobre a natureza do ágio pago. Note-se que, ainda assim, o ágio ficou limitado ao mesmo valor estipulado nos negócios anteriores.

A recorrente sustenta toda a sua tese no sentido de que o ágio foi efetivamente pago e que, portanto, é suscetível de transferência e aproveitamento nas operações posteriores.

Como afirmei anteriormente, havendo a justificação econômica para o ágio originalmente pago não existe óbice para sua dedutibilidade.

Ocorre que, no presente caso, não restou demonstrado e comprovado o fundamento econômico que justificou a formação do ágio em sua origem, o que inviabiliza o seu aproveitamento posterior.

Os laudos apresentados reportam-se a momento posterior à formação do ágio, assim, não podem, à toda evidência, fundamentar um valor fixado em negócio que começou a realizar-se cerca de três anos antes de sua elaboração.

Não é descabido lembrar que as ações não foram entregues pelo valor apurado nos laudos de avaliação elaborados por ocasião da capitalização da empresa Bri Par Dois, mais sim pelo valor pago nas negociações anteriores nas quais não há qualquer documento a comprovar o fundamento econômico que determinou a fixação do preço das ações do Banco ABN Real equivalente a 1,82 vezes o seu valor patrimonial.

Ora, se a própria recorrente sustenta que o ágio foi efetivamente pago e o valor fixado entre partes independentes incumbia-lhe demonstrar o fundamento econômico do ágio no seu nascimento e não por ocasião de sua transferência na capitalização da empresa Bri Par Dois.

E, não se diga, como sustenta a recorrente em relação à decisão recorrida que se está inovando no fundamento do lançamento, pois como já demonstrado, embora a fiscalização tenha recusado a validade do ágio relativo à operação interna ao grupo

(capitalização da empresa Bri Par Dois), apontou também que “O ágio, determinado discricionariamente pelo ABN AMRO BANK N.V., foi fixado pela diferença entre o valor das ações de processos anteriores e o seu valor patrimonial, quando da subscrição de capital na BRI PAR DOIS. Portanto, (...) o ágio contabilizado não foi determinado por uma avaliação econômica e financeira do BANCO ABN AMRO, ou seja, em função de uma expectativa de rentabilidade da controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros”.

Além disso, como bem apontou o conselheiro relator ao rejeitar a alegação de nulidade, a comprovação da fundamentação econômica do ágio é requisito legal essencial à sua dedutibilidade. Ao rejeitar a alegação de nulidade do acórdão recorrido, assinalou o relator:

*Ademais, **como a questão alusiva ao fundamento do ágio traduzido na perspectiva de rentabilidade futura é condição inarredável para sua dedutibilidade, condição inserida na legislação de regência**, diversamente do que ocorre com o denominado ágio interno, que reclama interpretação do agente fiscalizador, quer me parecer legítimo o enfrentamento pela decisão recorrida, ainda que o tenha feito de maneira factual equivocada, **não me parece que lhe fosse vedado perquirir as condicionantes legais de dedutibilidade de determinada despesa**, sem com isso, esbarrar na vedação à inovação do critério de lançamento, tampouco em cerceamento ao direito de defesa da recorrente.*

Ou seja, a comprovação do fundamento econômico do ágio é condição essencial à sua dedutibilidade e disso estava ciente a recorrente, tanto que intentou fazê-la por meio dos laudos elaborados pela empresa de consultoria que, conforme já exaustivamente analisados, não têm o condão de validar as operações realizadas preteritamente.

Com efeito, entendeu o colegiado que tais fundamentos eram suficientes para a glosa da despesa e a manutenção do lançamento.

Com relação à CSLL o colegiado concluiu que devem aplicar-se as mesmas conclusões em relação ao IRPJ, na medida em que não tendo sido comprovado o fundamento econômico do ágio resta prejudicado o seu reconhecimento contábil e suas conseqüências no próprio resultado líquido, de sorte que é despicienda a discussão quanto à existência ou não de previsão legal que determine a realização de ajustes, mediante adição, à sua base de cálculo.

Por estas razões, acordaram os membros do colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário.

Sala de Sessões, em 09 de Abril de 2014.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado