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

CÓPIA

Processo nº	16327.720403/2013-59
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**1201-001.438 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	07 de junho de 2016
Matéria	IRPJ
Recorrente	BANCO DE INVESTIMENTOS CREDIT SUISSE (BRASIL) S/A
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

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 legitimas 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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011

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.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE IRRF

Data do fato gerador: 03/09/2008

RENDIMENTOS RESULTANTES DE APLICAÇÃO FINANCEIRA INCIDÊNCIADO IRRF

Está sujeito ao IRRF o rendimento produzido por aplicação financeira de renda fixa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário para manter, apenas, a glosa da despesa com indenização a clientes e o respectivo IRRF. Vencidos os Conselheiros João Thomé e Ronaldo Apelbaum, que davam integral provimento ao recurso. Os Conselheiros João Thomé e Roberto Caparroz acompanharam o Relator pelas conclusões no que toca à amortização do ágio.

(assinado digitalmente)

MARCELO CUBA NETTO - Presidente.

(assinado digitalmente)

LUIS FABIANO ALVES PENTEADO - Relator.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

EDITADO EM: 06/07/2016

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Cuba Netto (Presidente), Roberto Caparroz de Almeida, Luis Fabiano Alves Penteado, João Carlos de Figueiredo Neto, Ester Marques Lins de Sousa (suplente convocada), João Otavio Oppermann Thomé e Ronaldo Apelbaum.

CÓPIA

Relatório

Primeira infração apurada: dedução indevida de amortização de ágio

O objeto da fiscalização é a verificação da apuração do IRPJ e CSLL nos anos calendário 2008 e 2009, posteriormente ampliado para os anos-calendário 2010 e 2011, 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.

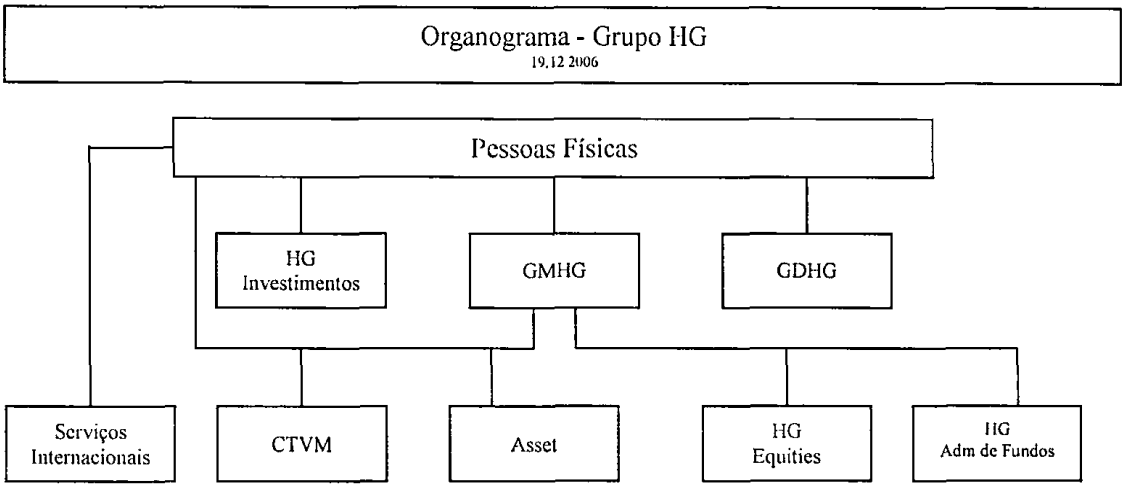
Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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

HG Serviços Internacionais Ltda.

Descrição	%
Pessoas Físicas	100%
Total	100%

GMHG

Descrição	%
Pessoas Físicas	100%
Total	100%

HG Corretora de Valores S.A.

Descrição	%
Pessoas Físicas	55%
GMHG	45%
Total	100%

HG Investimentos S.A.

Descrição	%
Pessoas Físicas	100%
Total	100%

HG Asset Management

Descrição	%
Pessoas Físicas	52%
GMHG	48%
Total	100%

GMHG

Descrição	%
Pessoas Físicas	100%
Total	100%

HG - Equities

Descrição	%
GDHG	51%
GMHG	49%
Total	100%

HG - Adm de Fundos

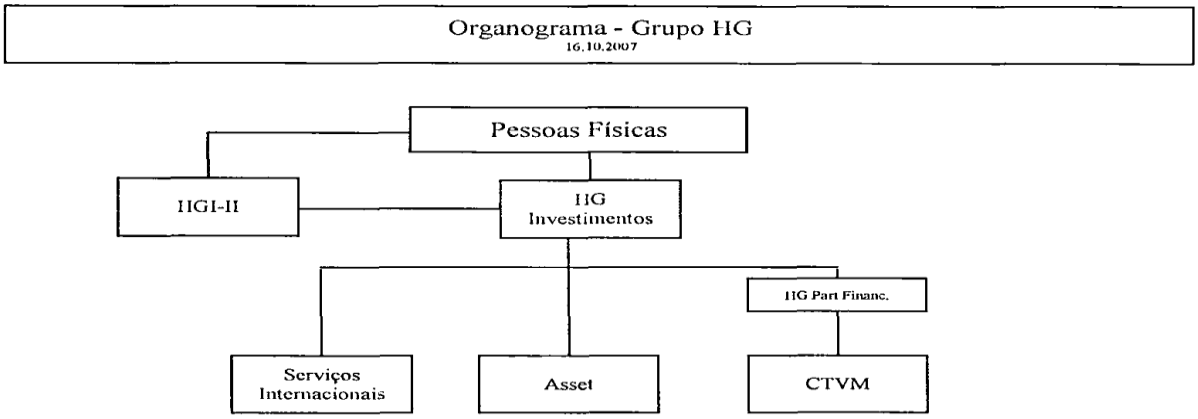
Descrição	%
GDHG	51%
GMHG	49%
Total	100%

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O Grupo HG desenvolvia atividades diversificadas no mercado financeiro e de capitais nacional, até então de forma independente, a saber, *prívate 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.



Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

COMPOSIÇÃO ACIONÁRIA

HG Serviços Internacionais Ltda.

Descrição	*%*
HG Investimentos S.A.	*100%*
Total	*100%*

HG Part. Financeiras

Descrição	*%*
HG Investimentos S.A.	*100%*
Total	*100%*

HG Corretora de Valores S.A.

Descrição	*%*
HG Part. Financeiras	*100%*
Total	*100%*

HG Investimentos S.A.

Descrição	*%*
HGI-II	*50%*
Pessoas Físicas	*50%*
Total	*100%*

HG Asset Management

Descrição	*%*
HG Investimentos S.A.	*100%*
Total	*100%*

HGI-II

Descrição	*%*
Pessoas Físicas	*100%*
Total	*100%*

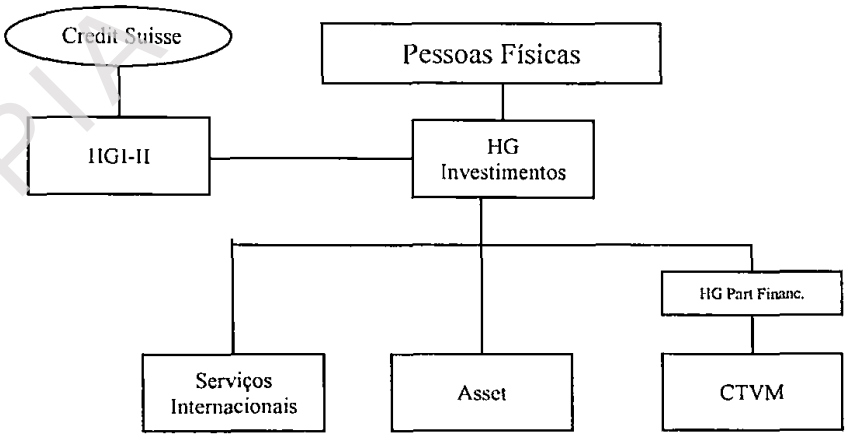
COPIA

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:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Organograma - Grupo HG
01.11.2007



CÓPIA

COMPOSIÇÃO ACIONÁRIA

HG Serviços Internacionais Ltda.

Descrição	*%*
HG Investimentos S.A.	*100%*
Total	*100%*

HG Investimentos S.A.

Descrição	*%*
HGI-II	*50%*
Pessoas Físicas	*50%*
Total	*100%*

HG Corretora de Valores S.A.

Descrição	*%*
HG Part. Financeiras	*100%*
Total	*100%*

HG Part. Financeiras

Descrição	*%*
HG Investimentos S.A.	*100%*
Total	*100%*

HG Asset Management

Descrição	*%*
HG Investimentos S.A.	*100%*
Total	*100%*

HGI-II

Descrição	*%*
Credit Suisse	*100%*
Total	*100%*

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".

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 incorporado 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 subseqüente 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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 pretenso 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 pretenso ágio foi avaliado pelo inciso III do § 2° 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 n° 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 n° 9.430/96, com redação dada pela Lei n° 11.488/2007 em seu art. 14.

Segunda infração: dedução de despesa desnecessária

Analisando o Contrato de Conta Garantida firmado em 27 de setembro de 2007 e o respectivo Contrato de Liquidação e Quitação firmado em 03 de setembro de 2008, verifica-se se tratar de colocação em conta garantida sob custódia do CS, de recursos

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

provenientes de transação de compra e venda de ações verificada em 12 de agosto de 2007, transação esta pendente de fechamento em função da necessidade de solução de pendências entre vendedores — dez pessoas físicas, conforme consta do acordo de indenização e comprador— pessoa jurídica.

O valor total depositado proporcionalmente à participação de cada uma das dez pessoas físicas vendedoras foi de R$ 120.975.245,30, desmembrado em dois valores, um de R$90.000.000,00 que deveria permanecer por um período de três anos após a data de fechamento e o segundo no valor de R$ 30.975.245,30 a ser liberado quando da disponibilização das ações.

O valor inicial foi aplicado em 27 de setembro de 2007 pelo CS em 124.466 Notas do Tesouro Nacional (NTNF) resgatáveis em 1º de janeiro de 2014, sendo feita aplicação adicional em 14 de abril de 2008 em 5.206 títulos idênticos com recursos originados de rendimentos da primeira aplicação creditados em 2 de janeiro de 2008 — vide "Contrato de Liquidação e Quitação"

A cláusula 3ª do "Contrato de Conta Garantida" define a forma de aplicação dos recursos depositados na Conta Garantida, dispondo, entre outros, que o Agente Fiduciário não tem responsabilidade alguma por perdas atinentes a investimentos, as quais resultem de investimento, reinvestimento ou liquidação do Valor da Conta Garantida.

Em relação às responsabilidades entre as partes e em especial do Agente Fiduciário, no caso o CS, a Cláusula 5a letra (c) da referida Conta Garantida dispõe que o Agente Fiduciário não terá responsabilidade alguma por seus investimentos de qualquer valor mantido por ele, em boa-fé, nos termos deste Contrato, inclusive, entre outras, responsabilidades por eventuais atrasos (não decorrentes de sua falta grave ou dolo) no investimento ou reinvestimento do valor depositado em garantia ou por qualquer perda de juros resultante desses atrasos.

Ao contrário do afirmado pelo recorrente de que a despesa em questão seria dedutível por se caracterizar como erro operacional inerente às atividades empresariais por ele desenvolvidas, a fiscalização a considera indedutível, uma vez que a despesa em questão não se enquadra no conceito de usualidade ou normalidade no tipo de transações, operações ou atividades da empresa. Essa ausência de enquadramento decorre da confrontação da realidade dos fatos com as disposições do Contrato de Conta Garantida e respectivo Contrato de Liquidação e Quitação, de onde se conclui não comprovada a alegada ausência de instruções por parte dos contratantes, motivo este alegado como justificativo para a pretensa indenização.

Não cabe à fiscalização buscar a motivação do CS para a realização deste pagamento aos seus clientes, apenas se constata que ele foi realizado por sua mera liberalidade, não havendo possibilidade de enquadramento no critério de usualidade e normalidade pretendido, pelo que se considera a despesa indedutível e se procede à glosa do valor de R$ 8.367.846,36.

3ª infração: falta de retenção do IRRF

O recorrente efetuou pagamento de R$ 8.367.846,36 a dez pessoas físicas, na proporção da participação de cada uma em Contrato de Depósito em Conta Garantida, em função de Contrato de Liquidação e Quitação firmado em 3 de setembro de 2008.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Regularmente intimado a informar em relação à eventual retenção e recolhimento do IRRF relativo a este pagamento no valor de R$ 8.367.846,36, alegou em expediente resposta recepcionado em 22 de março de 2013 não ter havido retenção, nos termos do § 5º do artigo 681 do RIR 1999.

A responsabilidade da retenção é da fonte pagadora, no caso o CS, e o regime de tributação é definitivo artigo 770, § 2°, inciso II do RIR 1999.

A base de cálculo do tributo deve ser reconstituída, uma vez que o valor de R$8.367.846,36 já é liquido. Assim, aplicando-se a alíquota de 20%, o valor do crédito tributário de IRRF a ser constituído é igual a R$ 2.091.961,59.

CÓPIA

4ª Infração: multa isolada por insuficiência de recolhimento das antecipações mensais

A dedução da amortização do ágio (infração n° 1) 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 2009 e 2010.

Conforme Fichas 11 e 16 das DIPJ e a escrituração do contribuinte relativa a alguns períodos de apuração dos anos-calendário 2009 e 2010 estimativas com base em balanço ou balancete de suspensão ou redução evidencia-se que o CS ao contabilizar mensalmente a amortização de ágio reduziu indevidamente a base cálculo, gerando insuficiência de recolhimento das estimativas.

A base legal para cobrança da multa isolada é o art. 44, II "b" da Lei n° 9.430/96, com a redação dada pela Lei n° 11.488/2007 em seu art. 14. Essa lei 11.488/2007 é produto da conversão da Medida Provisória n° 351/2007, editada em 22/01/2007.

A fiscalização considerou que não há mais falar de dupla incidência sobre uma mesma materialidade, a teor de intensa discussão que se travou no seio da jurisprudência administrativa, uma vez que a nova disposição legal trazida pela MP 351 fez a multa isolada incidir sobre diferente materialidade da multa de ofício, passando a incidir sobre o valor do pagamento mensal não recolhido enquanto na multa de ofício a incidência da multa é sobre a totalidade ou diferença de tributo.

5ª infração: compensação indevida de base de cálculo negativa da CSLL

O valor compensado no ano-calendário 2010 refere-se à base de cálculo negativa apurada no ano-calendário 2009. 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 se tornou inexistente e portanto não disponível para compensação no ano calendário 2010, pelo que se procedeu à sua glosa através da presente autuação.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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.

CÓPIA

Quanto ao direito de amortização do 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 (cinqüenta 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 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.

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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 de2017 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.

Quanto à indedutibilidade da perda com pagamento de indenização

Alega a Recorrente que o montante deduzido decorrente do pagamento de indenização corresponde a despesa normal e usual, e não a mera liberalidade.

No caso concreto o recorrente incorreu na falta grave, em razão de duplo erro de seu funcionário, que, ao investir os recursos depositados na conta garantia:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(i) aplicou valores pertinentes à conta garantia que seria necessariamente extinta depois de três anos da data da aquisição (quanto aos R$90.000.000,00, já que os R$30.975.245,30 seriam liberados antes desse prazo, quando houvesse a liberação ou transferência para a compradora das ações adquiridas por este valor) em títulos (NTNF) cujos valores relativos à conta que seria necessariamente encerrada em 2010 em títulos resgatáveis apenas em 2014; e

(ii) efetuou a aplicação nas NTNF sem que houvesse instrução escrita e detalhada das partes.

Tendo sido constatado tal erro, em 03.09.2008 foi celebrado entre o recorrente e os vendedores, que foram prejudicados pelo erro, "Contrato de Liquidação e Quitação", em razão do qual, com o objetivo de que o recorrente reparasse e corrigisse o erro cometido por seu funcionário, foram tomadas as seguintes providências:

i-) liquidação dos investimentos iniciais nas NTNF;

ii-) depósito na conta garantia da indenização acordada; e

iii-) reinvestimento de todos os recursos existentes na conta garantia (inclusive a indenização) em certificados de depósito bancário (CDB) emitidos pelo recorrente ou uma de suas afiliadas no Brasil resgatáveis em caráter diário ao valor nominal, mais juros acumulados.

Desses fatos, evidencia-se o nítido caráter indenizatório do valor glosado, que, longe de corresponder a mera liberalidade, configura despesa necessária e usual do impugnante, que, atuando como gestor de milhares de investimentos, está sujeito ao cometimento de erros por parte de seus funcionários, que, quando ocorridos como no caso concreto, devem ser reparados mediante a indenização cabível.

Sustenta a autoridade fiscal a ausência de liquidez e certeza pois não houve rescisão contratual do contrato e portanto não há que se falar em reparação por dano patrimonial (fl. 1375).

Ora, tão logo foi constatado o erro cometido, os recursos indevidamente aplicados em NTNF foram realocados para aplicação em CDB, tendo nesse momento sido apurada a perda patrimonial que deu origem à indenização.

Portanto, ao contrário do que afirma a autoridade fiscal, afirma o recorrente que não era necessária a rescisão do contrato de garantia para que o erro fosse devidamente quantificado e indenizado pelo recorrente, rescisão esta que além de tudo não faria qualquer sentido, já que, devidamente corrigido e reparado o erro nos termos do Contrato da Liquidação e Quitação (relativo ao erro) celebrado entre o recorrente e os vendedores, não havia qualquer razão para que não continuasse vigorando e produzindo seus efeitos o contrato de garantia acordado entre os vendedores e a compradora tendo o impugnante como agente fiduciário.

Segundo o recorrente, não merece prosperar a constatação de que haveria algum tipo de instrução detalhada por parte dos compradores e vendedores, já que, por se tratar de uma conta garantia que seria necessariamente encerrada três anos depois de aberta, é

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

evidente a inadequação de investimento de longo prazo em título com vencimento em sete anos e a conclusão de que o investimento deveria ter sido feito em títulos de curto prazo.

Alega o recorrente que não pode responder pelo comportamento de seus clientes, e, mesmo que ao receberem os extratos mensais não tenham eles percebido o equívoco cometido, ou, como parece sugerir a autoridade fiscal, somente tenham levantado o problema no tempo que lhes foi propício, a tal fato jamais poderia ser atribuído o condão de excluir a responsabilidade do impugnante pelo erro cometido.

Mesmo não afirmando categoricamente o documento que não houve instruções escritas e detalhadas, quando o impugnante foi indagado pelos seus clientes sobre o porquê da aplicação em NTNF,não conseguiu apresentar instrução escrita e detalhada de seus clientes para que o investimento fosse feito dessa forma.

Nesse contexto, e considerando-se que a aplicação em título de longo prazo seria no caso concreto tecnicamente errada, é evidente que uma instrução escrita e detalhada de seus clientes para que o investimento fosse feito em NTNF resgatável em 2014, caso existisse, deveria ter sido guardada com todo o cuidado pelo recorrente, razão pela qual não podendo a existência de tais instruções ser provada pelo recorrente, é totalmente irrelevante saber se elas categoricamente existiram ou aparentemente não existiram.

Quanto à Cláusula 3a, (a), do contrato de garantia invocada pela autoridade fiscal, alega o recorrente não se aplicar ao caso concreto, pois trata simplesmente da falta de responsabilidade do impugnante quanto ao risco inerente ao investimento, sendo certo a título de exemplo que se por ordem de um cliente o recorrente aplica seus recursos em um fundo de ações e a bolsa sofre forte que da responsabilidade pela perda daí decorrente não poderá ser atribuída ao recorrente.

Já quanto ao item 8 do contrato de liquidação e quitação também invocado pela autoridade fiscal, trata-se de cláusula genérica de exclusões mútuas de responsabilidade comum em contratos que envolvem quitações recíprocas, não se aplicando às responsabilidades que são expressamente admitidas nos itens anteriores do mesmo contrato, como no caso concreto a responsabilidade do impugnante de indenizar seus clientes pelo dano que lhes foi causado.

Alega ainda a autoridade fiscal ter havido a "Incorreção no valor da perda patrimonial indicada no "Contrato de Liquidação e Quitação" quando da venda de NTNF", pois, no seu entender, o "cálculo correto para a apuração de eventual ganho ou perda na liquidação da aplicação inicial em NTNF é o valor da venda mais os rendimentos líquidos creditados ao longo da aplicação R$ 118.548.091,05 em confronto com o investimento inicial e não em relação a um "valor do acordo" (fl. 1377).

O recorrente afirma que os rendimentos creditados ao longo da aplicação e já tributados consubstanciam para o investidor valor que se soma ao investimento inicial como principal. O resgate do valor inicialmente investido somado aos rendimentos já tributados evidentemente não acarreta novo ganho.

Daí porque, para apuração do real prejuízo sofrido pelo investidor o que deve ser comparado é o valor da venda com o valor do investimento inicial somado aos rendimentos líquidos creditados ao longo da aplicação, o que no caso evidencia que o valor que o

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

impugnante acordou pagar foi inferior ao real prejuízo sofrido pelos investidores, conforme quadro constante da impugnação.

De qualquer modo, tendo sido acordado um valor entre o recorrente e seus clientes a título de indenização e tendo sido esse valor efetivamente pago, segundo a recorrente, estão preenchidos os requisitos para a dedutibilidade desse valor, razão pela qual também quanto a isto não procede a objeção sustentada pela autoridade fiscal.

CÓPIA

Quanto à falta de isenção de retenção de IRRF

Independentemente da aplicação ou não da regra do artigo 681, §5°, do RIR 1999 ao caso concreto, tratando-se como o valor em questão de indenização para reparação de dano patrimonial, para restituição do valor de parte do valor de principal investido, alega o recorrente que não há acréscimo patrimonial para quem recebe a indenização, não incidindo, assim, o imposto sobre a renda em razão do disposto no artigo 43 do CTN.

Não correspondendo tais valores a renda para os destinatários, não é cabível a retenção do imposto na fonte, pois nada há a reter, razão pela qual eventual retenção a título de IRRF não seria lícita, como reconheceu em hipótese análoga o STJ.

Ante o exposto, também quanto a tal item alega o recorrente não deve proceder o lançamento.

Quanto à multa isolada

Depois de reconhecer que antes da alteração do artigo 44 da Lei n° 9.430, 1996 promovida pela Lei n° 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.

Quanto à compensação indevida de base negativa da CSLL

Tratando-se esta suposta infração de mera decorrência da glosa das despesas de ágio amortizadas, argui o recorrente que deve ser o lançamento cancelado juntamente com o lançamento relativo à glosa das despesas de ágio, pelos motivos já expostos.

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, de1996, mas também dos arts. 5º, II e 150,I da CF 1988 e, do artigo 97

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

do CTN. A legislação somente autoriza a incidência de multa e juros sobre o valor atualizado dotributo ou da contribuição.

Acórdão nº 02-52.209 - 3ª Turma da DRJ/BHE

O acórdão recorrido enfrentou toda a matéria levantada pela fiscalização e contestada por meio de impugnação, para decidir o que se segue.

CÓPIA

Contestação da glosa das amortizações do ágio

A análise conjunta e seqüencial das alterações societárias demonstra seu caráter arbitrário e artificial.

Os objetivos econômicos e negociais indicados no contrato de compra e venda não fazem nenhum sentido e só podem ser entendidas se vistas como uma manobra para permitir que, de uma forma aparentemente legal, fossem geradas despesas de amortização de ágio para a autuada.

Não já motivação negocial, econômica, societária ou mesmo administrativa (redução de custos ou facilidade de gestão) para que uma empresa seja mantida no organograma em diferentes posições, ora na linha de baixo, ora na linha intermediária, ora no topo, apesar de supostamente seu objeto social ser a participação em outras sociedades, isto é, a autuação como holding (que é o caso das três diferentes HGI, que ao cabo das onze alterações, por assim dizer, terão feito um giro completo pelo organograma).

O jogo de reestruturações societárias poderia ser relevado se ele não tivesse como conseqüência ou objetivo apenas propiciar ao adquirente da maioria das ações das empresas operacionais um estratagema para tentar tirar proveito do benefício fiscal previsto no artigo 7º da Lei nº 9.502, de 1997.

O final da série de transformações societárias é exatamente o cenário que se desejou alcançar por meio do contrato original assinado em dezembro de 2006. Conclui-se, portanto, que é ele que retrata a essência e a realidade do negócio realizado entre as partes.

O objetivo econômico da autuada ao realizar o negócio com o grupo HG era adquirir, inicialmente, o controle da maioria das ações das empresas operacionais, com a opção de, pelo menos cinco anos mais tarde, adquirir o restante das ações. Havia também o interesse de reter no grupo adquirido os seus então administradores e principais operadores.

Ficou acertada a compra de 50% mais uma das ações da HGI, embora esta empresa no momento em que o contrato se firmou só nominalmente fosse uma *holding*; seu patrimônio líquido não passava de 100 mil reais e ela não detinha nenhuma das ações das empresas operacionais que eram o verdadeiro alvo do grupo CS.

Portanto, no negócio aventado entre as partes a HGI desempenha o papel de uma *holding* que provavelmente teria vida efêmera, já que se previa que no futuro o CS adquiriria 100% das ações.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Ela também atuava como veículo, pois sua existência era quase que simbólica quando o contrato foi assinado. Ainda que já integrasse o organograma do grupo HG, não atuava nem tinha patrimônio que a permitisse se enquadrar como *holding* efetiva.

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, entendeu-se que não se pode atribuir algum propósito econômico ou negocial a essa alteração.

Entendeu-se que para que se pudesse usufruir o benefício fiscal relativo à amortização do ágio, era preciso que houvesse uma incorporação, fusão ou cisão. Daí se compreendeu ter sido forjada toda essa sucessão de alterações societárias, e também, sendo então efetuada a glosa fiscal.

Especificamente no que concerne aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, a exposição de motivos invocada pela recorrente, em verdade, em vez de corroborar seus argumentos, demonstra que o legislador, ao instituir o benefício fiscal em questão, pretendia que ele fosse usado somente nos casos em que houvesse uma razão econômica para a operação de incorporação, fusão ou cisão, e não meramente o objetivo de obter uma vantagem tributária.

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.

Se o objetivo do contrato original era adquirir 50% mais uma das ações da HGI, ele foi alcançado, de modo que o negócio se realizou conforme inicialmente previsto e desejado pelas partes.

O arranjo societário que se forjou apenas permitiu que a autuada aparentemente incorporasse a HGI-II, quando o que ocorria de fato era que simplesmente havia adquirido 50% mais uma das ações da HGI, sem que esta fosse incorporada.

Ainda que o ágio tenha sido efetivamente pago, que esse ágio tenha sido fruto de operações realizadas entre partes independentes e capazes de negociar livremente, e que tenha sido demonstrado com instrumento hábil que ele foi pago em virtude da expectativa de rentabilidade futura, uma premissa ainda mais básica e fundamental não foi cumprida: não houve, de fato, uma incorporação.

Na realidade, alterações societárias artificiais e encadeadas levaram a cabo apenas uma aparente incorporação.

A glosa fiscal prevalece em virtude de outro requisito legal não ter sido cumprido: a demonstração de que o ágio teve como fundamento a expectativa de resultados futuros.

Indicar como fundamento do ágio o desempenho dos fundos da HG não equivale a informar que esse ágio foi pago em virtude da expectativa de rentabilidade futura, uma vez que:

i-) "performance" é algo que se observa no passado, sem que haja garantia de que se repetirá no futuro.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

ii-) é preciso considerar que o CS adquiriu o controle de100% das ações da HGIII, que por sua vez detinha 50% mais uma das ações da HGI. Nenhuma dessas duas *holdings* administrava fundos.

iii-) o desempenho dos fundos num certo período, embora possa até ser um dos critérios para determinar a rentabilidade futura, também contribui para o prestígio, para a reputação da instituição e para sua capacidade de atrair e angariar clientela e, a capacidade de atrair clientela é um bem intangível e um dos componentes do fundo de comércio e, se o ágio é pago por essa razão, seu fundamento se classifica como "outras razões econômicas", e não como expectativa de rentabilidade futura.

A rejeição do relatório de avaliação apresentado extemporaneamente não é meramente formal, mas relativo à essência, pois, o valor é pago ou fixado no momento em que o negócio é realizado, logo o laudo tem de estar pronto nesta ocasião, e não posteriormente e, se elaborado posteriormente, não se pode afirmar que ele comprova nem demonstra a verdadeira motivação do ágio.

Ainda em relação ao laudo, entendeu a DRJ que, uma vez que o documento traz a chancela do Credit Suisse, ele foi gerado internamente, Por isso, não há prova de que sua data de elaboração é efetivamente junho de 2006.

E, ainda que essa data pudesse ser confirmada, nem assim se salvaria. É que ele já estaria desatualizado quando a aquisição da participação acionária se consumou, em novembro de 2007.

Além disso, o documento ocupas-se a analisar as três empresas operacionais do grupo, enquanto na verdade o negócio se realizou mediante a compra da HGI-II, uma *holding*, que por sua vez detinha participação direta em outra *holding*, a HGI. Ele não traz nenhuma menção a essas *holdings*.

Assim, embora a rentabilidade e valor econômico dessas *holdings* proviessem de fato das empresas operacionais, para que o documento fosse aceito como demonstração do ágio pago na aquisição da HGI-II ele devia fazer menção a esta e à outra *holding*, bem como da relação entre elas e as empresas operacionais.

Por fim, quanto a esse documento, a DRJ rejeitou a afirmação feita pelo ora recorrente de que ele só deixou de ser exibido antes porque a fiscalização não se importou em solicitar sua apresentação, e porque estava apenas interessada no relatório de avaliação elaborado pela auditoria independente em data posterior à aquisição.

Da aplicação da multa qualificada de 150%

Acerca da aplicação da multa qualificada de 150% entendeu a DRJ que o ora Recorrente praticou deliberadamente atos que ocultaram ou falsearam a verdadeira realidade e objetivo negocial das operações societárias que realizou e que tiveram como conseqüência a redução indevida de sua carga tributária.

Assim, ao conferir a aparência de legalidade à dedução das despesas de amortização, que reduziu o seu lucro tributável, dolosamente impediu ou retardou, total ou parcialmente, a ocorrência da obrigação tributária.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Segundo a DRJ, as circunstâncias determinantes foram que o objetivo do negócio acertado entre os grupos CS e HG foi a aquisição de 50% mais uma das ações da HGI, e que, enquanto este objetivo ao fim e ao cabo era o de fato realizado, as partes simularam que teria havido a aquisição de 100% das ações da HGI-II, apenas para criar um quadro de aparente legalidade para a dedução da amortização do ágio.

Assim, concluiu a DRJ ser inquestionável que a conduta dolosa se acha caracterizada.

CÓPIA

Glosa de despesas com o ressarcimento de perdas de investidores

Entendeu a DRJ que o investidor não precisa aguardar até o vencimento para converter em dinheiro o montante aplicado, já que é sempre possível revender os títulos, seja para o próprio Tesouro Nacional, emitente do título, seja para outras instituições financeiras.

A NTNF tem juros pré-fixados, de modo que se o título for negociado antes do vencimento, o vendedor estará sujeito a receber seu valor com ágio ou deságio, se houver alteração na taxa de juros.

Assim, segundo a DRJ, a circunstância de ter escolhido NTNF com vencimento em 2014, por si só, não é prova alguma de erro. O máximo que se pode dizer é que foi uma escolha que implicou maior risco.

Decidiu a DRJ que o contrato estipula que o ora Recorrente somente ficaria obrigado a indenizar os seus clientes na hipótese do cometimento de falta grave ou dolo.

O recorrente foi intimado pela fiscalização a comprovar que houve tal dolo ou se ocorreu falta grave, ou que algum procedimento fora instaurado para apurar semelhante procedimento por parte de algum funcionário.

No entanto, o recorrente respondeu que não houve a abertura de apuração contra nenhum funcionário porque nenhum deles havia procedido com dolo.

Decidiu-se, assim, que não se acha comprovado, portanto, que havia circunstância que tornasse a autuada responsável pelas perdas sofridas pelos investidores.

Além disso, a DRJ reputou o argumento do recorrente incoerente com a alegação de que o pagamento em causa se fez para repor perdas patrimoniais dos clientes da autuada.

Isso porque, entendeu a turma da DRJ que perdas patrimoniais somente ocorrem quando o valor líquido que se recebe é inferior ao que se tinha no momento da aplicação, sendo assim, a glosa deve ser mantida.

Lançamento do IRRF

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Segundo a DRJ, as circunstâncias de fato observadas e os termos do contrato de garantia, invocados pelo Recorrente, não são suficientes para justificar um ressarcimento aos investidores pelas perdas que sofreram.

Assim, ainda que os investidores tenham sofrido perdas, não restou comprovado que, juridicamente, cabia à autuada os indenizar ou ressarcir. Daí se segue também que o pagamento efetuado não pode ser classificado como reparação de dano nem como indenização.

Além disso, entendeu também a DRJ que, ainda que se tratasse de pagamento em virtude de indenização, a legislação não confere isenção a qualquer pagamento dessa natureza. Uma vez que não houve rescisão do contrato, a isenção prevista no §5° do artigo 685 do RIR 1999 não se aplicaria., sendo assim, o lançamento do IRRF deve ser mantido.

CÓPIA

Lançamento da multa isolada incidente sobre antecipações mensais não pagas

Entendeu a DRJ que se não for recolhido o IRPJ e a CSLL devidas por estimativa, o contribuinte faltoso estará sujeito, no caso de lançamento de ofício, à multa isolada de 50% sobre o montante não recolhido.

A multa aplica-se ainda que, no final do período de apuração, venha a ser apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL.

Segundo a DRJ, se a multa é cabível mesmo na hipótese de se verificar prejuízo ao final do período de apuração, a penalidade é imposta não em razão do pagamento insuficiente do tributo devido ao final da apuração, mas sim pelo falta de cumprimento de outra obrigação distinta, que é o recolhimento antecipado da estimativa mensal.

Conforme entendimento da DRJ, se a lei não permitisse impor a multa isolada concomitantemente com a exigência do principal mais a multa proporcional, a exigência dos recolhimentos por estimativa estaria ameaçada ou não seria cumprida, devendo, portanto, ser mantido o lançamento.

Glosa de compensação de base negativa da CSLL

Em decorrência do racional aplicado pela DRJ para fins de IRPJ, foi mantido também a glosa da compensação da base negativa de CSLL.

Incidência de juros de mora sobre a multa de ofício

Segundo a DRJ, firmou-se o entendimento de que é possível afirmar que o entendimento correto, amparado em uma interpretação sistemática e finalística das normas tributárias envolvidas, é aquele que afirma a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Cumpriu-se, por conseguinte, rejeitar a postulação da impugnante discutida nesta subseção.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Recurso Voluntário

Irresignado com a decisão, a autuada apresentou seu recurso voluntário, no qual ratifica os argumentos trazidos na peça impugnatória.

É o relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado - Relator

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

Da amortização do 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 conseqüência 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 se 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. (...)"*

Cumpre-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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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, sejamos 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, freqüentemente 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 todos as informações e alegações levantadas pela fiscalização para definir se, necessário ou não um motivador para a operação que vá além do beneficio 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 freqüência, 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 auditar se, realmente, as empresas estão lá estabelecidas ou se os produtos são lá produzidos, por exemplo.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 requisito 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 constituiu 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 participes. 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*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

a tese de que negócios motivados por economia fiscal não teriam "conteúdo econômico" ou "propósito negocial" 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 negocial), 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 admissivel se for acidental. Apenas por isso, já se percebe a improcedência do argumento. Mas, a análise da tese do Fisco confirma o equivoco 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 participes 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 oficio.

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)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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."*

CÓPIA

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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 - 1° Câmara / 2° Turma Ordinária - Sessão de 04/12/2013 - Voto Vencedor Conselheiro José Evande Carvalho Araujo)*

Aliás, temos diversos precedentes desta brilhante 1° Turma da 2° Câmara, dentre os quais destaco recente julgado (Acórdão n. 1201-001.364) de relatoria do ilustre Conselheiro João Carlos de Figueiredo Neto:

> *ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ*
>
> *Ano-calendário: 2006, 2007, 2008*
>
> *Ementa: AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO.*
>
> *APROVEITAMENTO POR OUTRA EMPRESA DO GRUPO. PROPÓSITO NEGOCIAL. POSSIBILIDADE.*
>
> *Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago, devidamente fundamentado em rentabilidade futura, e decorrente de transação entre partes independentes.*
>
> *Caso exista um propósito negocial válido e se demonstre ser possível a dedução do ágio por incorporação direta, não há óbices para que o grupo econômico "transfira" o ágio efetivamente pago para outra de suas empresas, aproveitando-se do benefício fiscal em outra parte da estrutura societária, mesmo se para isso se utilizar de empresa veículo.*
>
> *"DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Inexiste vedação legal para que uma pessoa jurídica, detentora de ágio na aquisição de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial em razão da rentabilidade futura da investida, confira o aproveitamento deste ágio a outra pessoa jurídica por intermédio da absorção de seu patrimônio (art. 7º da Lei nº 9.430/96) ou vice-versa (art. 8º).

Se o ágio na aquisição do investimento efetivamente ocorreu, não sendo fruto de operações entre empresas do mesmo grupo econômico (ágio interno), incabível a glosa da despesa com sua amortização fundada no emprego da assim chamada "empresa veículo".

CÓPIA

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.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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.

CÓPIA

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., HedgingGriffoAsset 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")."

Previa 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, norteando faticamente o que dispunha o contrato.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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, consequentemente 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. (...)"*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Concluiu-se, portanto, que:

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

CÓPIA

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 negocial 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 negocial.

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 negocial 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).

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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.

CÓPIA

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 outra 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 consequente 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 dispêndio, 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 conteudística, material.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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)*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

> *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.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 consequentes lucros obtidos e a atividade presente e os consequentes 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 consequente 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".

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 conseqüência 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.

DA DEDUÇÃO DE DESPESA DESNECESSÁRIA E DA FALTA DE RETENÇÃO DE IRRF

Para melhor entendimento da discussão, devemos dominar o contexto da operação em sentido amplo.

Fora firmado “Contrato de Conta Garantida”, dispondo sobre as condições e termos que envolveriam a colocação em conta garantida, sob custódia do recorrente, de recursos provenientes de transação de compra e venda de ações.

Um funcionário do recorrente aplicou valores pertinentes à conta garantia que seria necessariamente extinta depois de três anos da data da aquisição em títulos (NTNF) cujos valores relativos à conta que seria necessariamente encerrada em 2010 em títulos resgatáveis apenas em 2014. Efetuou a aplicação nas NTNF sem que houvesse instrução escrita e detalhada das partes.

Uma vez constatado o erro cometido, os recursos indevidamente aplicados em NTNF foram realocados para aplicação em CDB, tendo nesse momento sido apurada a perda patrimonial que o recorrente alega ter originado a indenização.Então, fora celebrado entre o recorrente e os vendedores, que foram prejudicados pelo erro,"Contrato de Liquidação e Quitação".

Ocorre que o Contrato de Conta Garantida expressamente isenta de responsabilidade o recorrente em casos de perdas relativas aos investimentos realizados, o que desnatura qualquer alegação de indenização por parte do recorrente.

Coadunando com as constatações firmadas pela fiscalização:

> *“(...) a cláusula 3ª do "Contrato de Conta Garantida" define a forma de aplicação dos recursos depositados na Conta Garantida, dispondo, entre outros, que o Agente Fiduciário não tem responsabilidade alguma por perdas atinentes a*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

investimentos, as quais resultem de investimento, reinvestimento ou liquidação do Valor da Conta Garantida.

(...)

Em relação às responsabilidades entre as partes e em especial do Agente Fiduciário, no caso o CS, a Cláusula 5ª letra (c) da referida Conta Garantida dispõe que o Agente Fiduciário não terá responsabilidade alguma por seus investimentos de qualquer valor mantido por ele, em boa-fé, nos termos deste Contrato, inclusive, entre outras, responsabilidades por eventuais atrasos (não decorrentes de sua falta grave ou dolo) no investimento ou reinvestimento do valor depositado em garantia ou por qualquer perda de juros resultante desses atrasos. (...)"

CÓPIA

Se não há nenhuma determinação no contrato que impere a necessidade de ressarcimento, impossível se cogitar a possibilidade de caracterização de indenização.

Aliás, conforme explanado, há em sentido oposto, a isenção de responsabilidade ao recorrente neste caso, o que caracteriza a espontaneidade e as consequentes não habitualidade e eventualidade da conduta.

Veja, se não há previsão contratual que determine a responsabilidade de pagamento no caso de perdas patrimoniais, o que se caracteriza é mero ressarcimento voluntário e não a obrigação de indenizar.

Ocorre que na presente demanda, temos que estava previamente previsto em contrato que o Recorrente, causador do dano, era isento de qualquer responsabilidade, de modo que se retira do elemento toda a carga de obrigatoriedade, peculiar de uma indenização.

O que se vê, portanto, é uma liberalidade do recorrente, que simplesmente buscou a reparação da perda para fins de manutenção da boa relação comercial com o cliente.

Os valores portanto são indedutíveis, de modo que mantém-se a autuação neste ponto, no valor de R$8.367.846,36.

A conseqüente retenção de IRRF sobre estes valores também deve ser mantida, considerando que a responsabilidade da retenção é da fonte pagadora, o ora recorrente, nos termos do artigo artigo 770, § 2°, inciso II do RIR/99. Assim, aplicando-se a alíquota de 20%, o valor do crédito tributário de IRRF a ser constituído é igual a R$ 2.091.961,59.

Juros Selic sobre Multa de Ofício

Os juros moratórios, devidos à taxa SELIC, são calculados sobre o "crédito tributário".

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Já o conceito de crédito tributário pode ser encontrado no Código Tributário Nacional:

> *"Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.*
>
> *§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.*
>
> *Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta. "*

CÓPIA

Vemos que o crédito tributário decorre de uma obrigação principal, que, por sua vez, que também é constituída de penalidade pecuniária.

Desta forma, a incidência dos juros alcança todo o crédito tributário lançado, ou seja, tributos e multas aplicadas.

Este racional já vem se consolidando na CSRF deste Conselho:

> *JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de oficio proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de oficio, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic. (Acórdão nº 910100.539, de 11/03/2010, Redatora Designada: Viviane Vidal Wagner)*
>
> *(Acórdão n.º 1201001.394)*
>
> *JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de oficio proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de oficio, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic. (Acórdão nº 910101.192)*

Por fim, o STJ já possui posicionamento neste sentido:

> *TRIBUTÁRIO. MULTA PECUNIÁRIA. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. LEGITIMIDADE.*
>
> *1. É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário.*
>
> *2. Recurso especial provido.*
>
> *(Acórdão REsp 1.129.990/PR – Relator: Min. Castro Meira DJe*
>
> *de 14/09/2009)*

Assim, reputo acertada a incidência da taxa SELIC sobre a multa de ofício.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Conclusão

Diante de todo o exposto, CONHEÇO do RECURSO VOLUNTÁRIO para, no MÉRITO, CONCEDER-LHE PARCIAL PROVIMENTO, mantendo o crédito tributário quanto a dedução de despesas desnecessárias referente ao ressarcimento aos investidores e a conseqüente ausémcia de retenção do IRRF.

É como voto.

(assinado digitalmente)

LUIS FABIANO ALVES PENTEADO - Relator

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 07/07/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA