ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 16327.720476/2011-89
CÓPIA

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

Processo nº	16327.720476/2011-89
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**1201-001.242 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	10 de dezembro de 2015
Matéria	IRPJ E CSLL - DESMUTUALIZAÇÃO E ÁGIO
Recorrente	BANCO CACIQUE S/A
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2010

DESMUTUALIZAÇÃO DA CETIP.

A desmutualização da CETIP, da maneira peculiar em que foi realizada, implicou a extinção fática dessa associação civil sem fins lucrativos. Extinta faticamente a CETIP, o patrimônio da entidade foi devolvido a seus associados que, assim, submeteram-se ao disposto no art. 17 da Lei nº 9.532/97.

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.

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".

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário para:

a) manter o ganho de capital na devolução do patrimônio da CETIP apurado no ano de 2008, devendo este valor, no entanto, ser integralmente deduzido do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da contribuição social apurados no mesmo ano, conforme item 3 do voto, parte final. Vencidos, neste item, os conselheiros Luis Fabiano Alves Penteado e Ronaldo Apelbaum que lhe davam provimento. Caberá à unidade de origem promover os ajustes no sistema de acompanhamento do prejuízo fiscal e da base de cálculo da contribuição social.

b) afastar a glosa das despesas com amortização do ágio levadas ao resultado no ano de 2010. Vencida, neste item, a Conselheira Ester Marques Lins de Sousa que lhe negava provimento. O conselheiro Luis Fabiano acompanhou o relator pelas conclusões.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 05/01/2016 p
or MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 06/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(*documento assinado digitalmente*)
Marcelo Cuba Netto - Presidente e Relator

Participaram do presente julgado os Conselheiros: Marcelo Cuba Netto (Presidente), João Otávio Oppermann Thomé, Luis Fabiano Alves Penteado, Roberto Caparroz de Almeida, Ester Marques Lins de Sousa e Ronaldo Apelbaum (Vice-presidente).

CÓPIA

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto nos termos do art. 33 do Decreto nº 70.235/72, contra o acórdão nº 16-34.081, exarado pela 10ª Turma da DRJ 1 em São Paulo.

Conforme relatado em seus termos de verificação fiscal (fl. 1125 e ss. e fl. 1133 e ss.), a autoridade administrativa acusa a contribuinte de haver cometido as seguintes infrações à legislação tributária:

a) omissão, no ano de 2008, do ganho auferido com a devolução, a seus associados, do patrimônio da CETIP - Câmara de Custódia e Liquidação, associação civil sem fins lucrativos que sofreu processo de desmutualização e cujas atividades passaram a ser exercidas pela CETIP S/A;

b) dedução indevida, no ano de 2010, de despesas com amortização de ágio.

No que concerne à formação do ágio e sua amortização, é elucidativa a transcrição do seguinte trecho contido no TVF (fl. 1144):

> *Em 30/11/2007, o Societê Brasil aportou capital na Trancoso, no valor exato de R$ 930.523.599, permitindo então que fosse pago por esta empresa, na mesma data do aporte, o valor total de R$ 888.372.854,00 pela aquisição das quotas (100%) da CACIPAR, as quais tinham valor de patrimônio líquido de R$ 317.809.235,16 resultando um ágio de R$ 570.563.618,89. Além disto, aportou um aumento de capital na Trancoso, no valor de R$ 37.000.000,00 utilizados para pagamento de uma dívida que a CACIPAR tinha, resultando que o valor aportado pelo Societê Brasil na Trancoso foi o exato valor utilizado pela Trancoso na aquisição da CACIPAR.*
>
> *Em passo seguinte, em 31/10/2008, com base em balanço de 30/09/2008, a CACIPAR é incorporada pela investida Banco Cacique que também incorpora na mesma data a Trancoso.*
>
> *Tendo-se então por resultado, após as duas sucessivas operações de incorporações reversas, que o controle societário do Banco Cacique é transferido para o Societê Brasil e que o ágio pago pela Trancoso na aquisição da Cacipar é transferido por incorporação ao patrimônio do Banco Cacique, sendo amortizado no mesmo a uma razão de 1/120 mensais, sem adição ao lucro real.*
>
> *Muito importante torna-se ressaltar que, conforme consta DOS FATOS, não ficou suficientemente comprovado a esta*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 05/01/2016 p
or MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 06/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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

Além disto, ficou comprovado que na verdade o adquirente do controle societário do Banco Cacique foi o Societê Brasil, sendo que as citadas operações de incorporação reversas tinham como intuito, única e exclusivamente, levar para a empresa investida Banco Cacique, parte do ágio, procedendo esta, em seguida, às conseqüentes amortizações do mesmo levando a uma diminuição indevida dos resultados nos próximos anos;

Ou seja, embora esta fiscalização reconheça a existência de um ágio, pago quando da aquisição do controle societário da CACIPAR, ficou fartamente comprovado que o uso da empresa Trancoso, como empresa veículo, deu-se sem qualquer finalidade negocial, apenas com o intuito de tornar o ágio fiscalmente dedutível, podendo este ser amortizado pelo Banco Cacique. Sendo que, além disto, não houve suficiente comprovação que tal ágio fundamentava-se exclusivamente em rentabilidade futura, condição exigida para permissão da amortização dedutível do mesmo.

Dos trabalhos fiscais objetos do citado MPF também resultou autuação fiscal no Societê Brasil, da qual não teceremos maiores considerações pois não tiveram reflexo no presente trabalho, o qual refere-se exclusivamente aos reflexos em 2010, da amortização do ágio no Banco Cacique.

Em sendo assim, confirmado a repetição em 2010 da amortização do ágio oriundo da mesma operação, necessário torna-se a lavratura de Autos de Infração, referente à Glosa deste ágio lançado no Banco Cacique (Vide matéria tributável no presente Termo), desta feita referente ao ano-calendário de 2010.

(...)

Em virtude do acima exposto a autoridade tributária promoveu o lançamento de ofício para exigência de IRPJ, contribuição para o PIS, Cofins e CSLL sobre a falta de tributação do ganho advindo da desmutualização da CETIP (item "a" retro), bem como para exigir IRPJ e CSLL sobre a dedução indevida de despesas com amortização de ágio (item "b" retro).

Inconformada com a exigência a interessada propôs impugnação ao lançamento alegando, em síntese, o seguinte (fl. 1187 e ss.):

a) o lançamento deve ser liminarmente cancelado em razão da falta de liquidez e certeza dos tributos exigidos, haja vista que o auditor pressupôs a inexistência de saldos de prejuízo fiscal e de base negativa da contribuição social para os anos de 2008 e 2010, os quais dependem de decisão definitiva no âmbito do processo nº 16327.001743/2010-34;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 06/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

b) é inaplicável ao processo de desmutualização da CETIP o art. 17 da Lei nº 9.532/97, pois não houve devolução do patrimônio daquela associação à contribuinte, e sim a substituição de seus títulos patrimoniais perante a CETIP por ações da CETIP S/A;

c) embora o auditor tenha alegado que está tributando a devolução do patrimônio da CETIP, em verdade está tributando a atualização dos aludidos títulos patrimoniais, o que é vedado pelos arts. 225 e 389 do RIR/99;

d) conforme já decidido pelo STF, é inconstitucional o parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, daí porque o PIS/Cofins não incide sobre a alegada devolução do patrimônio da CETIP à contribuinte;

e) quanto à amortização do ágio há que se dizer, em primeiro lugar, que ao contrário do afirmado pela autoridade fiscal, o demonstrativo de rentabilidade futura da empresa Cacipar já existia antes de sua aquisição pela empresa Trancoso em 30/11/2007. De fato, em fevereiro de 2007 foi realizado estudo pelo Banco UBS Pactual onde está demonstrada a rentabilidade futura da empresa Cacipar. O estudo feito pela KPMG, em outubro de 2008, aludido pela fiscalização, somente veio corroborar a análise feita pelo UBS Pactual;

f) não houve, no caso, utilização de "empresa veículo", ao menos nos termos em que essa expressão foi cunhada no âmbito do acórdão nº 103-23.290. Veja que se as ações da Cacipar não houvessem sido adquiridas pela Trancoso, mas sim diretamente pela Société, o ágio poderia ser por esta amortizado bastando para isso que incorporasse a Cacipar. Fica clara, assim, que a aquisição por intermédio da Trancoso não se revestia em condição necessária ao aproveitamento fiscal do ágio;

g) não há previsão legal para adição das despesas com amortização de ágio à base de cálculo da CSLL;

h) é ilegal a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Examinadas as razões de defesa a DRJ de origem decidiu pela parcial procedência da impugnação para afastar a exigência do PIS/Cofins sobre o ganho auferido pela contribuinte na desmutualização da CETIP.

Irresignada com a parcela da exigência mantida, a contribuinte interpôs recurso voluntário onde reproduz as alegações trazidas na impugnação ao lançamento, e ainda:

a) preliminarmente, pede seja sobrestado o julgamento da lide até que seja proferida decisão definitiva no âmbito do processo nº 16327.001743/2010-34, caso não seja acolhida a preliminar, já aduzida na impugnação, de nulidade do lançamento por falta de certeza e liquidez do crédito;

b) a alusão feita pela DRJ de origem sobre "*operações estruturadas em sequência*", as quais deram origem ao ágio e a possibilidade de sua amortização pela recorrente, não implicaram em planejamento tributário abusivo.

Apreciados os argumentos da recorrente esta Turma, em 31/07/2014, constatando a prejudicialidade do processo nº 16327.001743/2010-34 sobre a decisão que seria tomada no presente processo, resolveu suspender o andamento do feito até que fosse proferida decisão definitiva no âmbito do referido processo.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 05/01/2016 p
or MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 06/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Em 30/04/2015, por meio de despacho, a Secretaria desta 2ª Câmara devolveu os autos a este Relator com informação de que já havia sido proferida decisão definitiva no aludido processo.

Referida decisão, materializada no acórdão nº 1301-001.505, possui o seguinte teor:

> *Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso em relação às despesas não necessárias, vencidos os Conselheiros Valmir Sandri, Carlos Augusto de Andrade Jenier e Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior; por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso em relação às despesas não comprovadas; por maioria de votos, dado provimento ao recurso em relação à amortização de ágio, vencidos os Conselheiros Wilson Fernandes Guimarães e Paulo Jakson da Silva Lucas; por maioria de votos, negar provimento ao recurso em relação aos juros de mora sobre a multa de ofício, vencido o Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Valmir Sandri. (...)*

CÓPIA

Voto

Conselheiro Marcelo Cuba Netto, Relator.

1) DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

O recurso atende aos pressupostos processuais de admissibilidade estabelecidos no Decreto nº 70.235/72 e, portanto, dele deve-se tomar conhecimento.

2) Da Preliminar de Nulidade do Lançamento

Alega a defesa que deve o lançamento ser cancelado em razão da ausência de liquidez e certeza do crédito tributário exigido, uma vez que o auditor pressupôs a inexistência de saldos de prejuízo fiscal e de base negativa da contribuição social para os anos de 2008 e 2010, os quais estão sob discussão no âmbito do processo nº 16327.001743/2010-34.

Não assiste razão à recorrente. O lançamento deve ser realizado pela autoridade segundo as informações de que dispuser. Nesse sentido, se em razão de procedimento fiscal anterior houve alteração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL dos anos de 2008 e 2009, tais informações devem ser levavas em conta pela fiscalização no presente lançamento, relativo aos anos de 2008 e 2010.

3) Da Desmutualização da CETIP

A autoridade fiscal, com base no art. 17 da Lei nº 9.532/97, acusa a contribuinte de não haver oferecido à tributação do IRPJ e da CSLL o ganho de capital auferido com a devolução do patrimônio aos associados da CETIP Associação, quando da desmutualização desta pessoa jurídica sem fins lucrativos.

Em sua defesa a recorrente alega que não houve devolução do patrimônio da pessoa jurídica sem fins lucrativos a seus associados, e sim mera substituição dos títulos

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 06/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

patrimoniais da CETIP Associação por ações da CETIP S/A, sendo portanto inaplicável o art. 17 da Lei nº 9.532/97.

Pois bem, acerca da incidência do IRPJ e da CSLL sobre o ganho de capital auferido pelos respectivos associados quando da desmutualização das bolsas de valores este relator já teve a oportunidade de manifestar seu entendimento em outras oportunidades.

Por não haver alterado meu entendimento sobre o assunto, a seguir transcrevo o voto proferido no âmbito do processo nº 19740.720017/2010-21, relativo à desmutualização da BM&F, cujas questões relevantes são as mesmas encontradas no presente processo.

> ***2.1) Da Extinção Fática da BM&F***
>
> *É incontroverso o fato de que, imediatamente antes do assim chamado processo de desmutualização, a BM&F, associação civil sem fins lucrativos, e, por isso mesmo, isenta do pagamento do IRPJ e da CSLL, possuía patrimônio líquido registrado contabilmente no valor total de R$ 1.282.418.686,50.*
>
> *Esse patrimônio era empregado pela BM&F com vistas à realização dos objetivos pelos quais esta associação civil foi criada, quais sejam, aqueles estabelecidos no art. 1º da Resolução nº 2.690/2000, do Conselho Monetário Nacional, in verbis:*
>
> > *Art. 1º As bolsas de valores poderão ser constituídas como associações civis ou sociedades anônimas, tendo por objeto social:*
> >
> > *I - manter local ou sistema adequado à realização de operações de compra e venda de títulos e/ou valores mobiliários, em mercado livre e aberto, especialmente organizado e fiscalizado pela própria bolsa, sociedades membros e pelas autoridades competentes;*
> >
> > *II - dotar, permanentemente, o referido local ou sistema de todos os meios necessários à pronta e eficiente realização e visibilidade das operações;*
> >
> > *III - estabelecer sistemas de negociação que propiciem continuidade de preços e liquidez ao mercado de títulos e/ou valores mobiliários;*
> >
> > *IV - criar mecanismos regulamentares e operacionais que possibilitem o atendimento, pelas sociedades membros, de quaisquer ordens de compra e venda dos investidores, sem prejuízo de igual competência da Comissão de Valores Mobiliários, que poderá, inclusive, estabelecer limites mínimos considerados razoáveis em relação ao valor monetário das referidas ordens;*
> >
> > *V - efetuar registro das operações;*
> >
> > *VI - preservar elevados padrões éticos de negociação, estabelecendo, para esse fim, normas de comportamento para as sociedades membros e para as companhias abertas e*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 06/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

demais emissores de títulos e/ou valores mobiliários, fiscalizando sua observância e aplicando penalidades, no limite de sua competência, aos infratores;

VII - divulgar as operações realizadas, com rapidez, amplitude e detalhes;

VIII - conceder, à sociedade membro, crédito para assistência de liquidez, com vistas a resolver situação transitória, até o limite do valor de seus títulos patrimoniais ou de outros ativos especificados no estatuto social mediante apresentação de garantias subsidiárias adequadas, observado o que a respeito dispuser a legislação aplicável; e IX - exercer outras atividades expressamente autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários.

Parágrafo único. As bolsas de valores que se constituírem como associações civis, sem finalidade lucrativa, não podem distribuir a sociedades membros parcela de patrimônio ou resultado, exceto se houver expressa autorização da Comissão de Valores Mobiliários.

É também incontroverso o fato de que com o processo de desmutualização o patrimônio líquido da BM&F, agora sob a denominação de BM&F Associação, foi reduzido para R$ 1.282.549,72, ou seja, ínfimos 0,1% do patrimônio líquido existente antes do evento, e que seu objetivo social sofreu profunda alteração, passando meramente ao exercício de atividades de cunho assistencial, educacional e desportivo.

Por fim, também está fora de discussão nos presentes autos o fato de que, com a chamada desmutualização, 99,9% do patrimônio líquido da antiga BM&F foram transferidos à BM&F S/A, e que tal patrimônio passou a ser empregado por essa sociedade com vistas à consecução dos mesmos objetivos perseguidos pela antiga BM&F.

Ora, tendo em vista os fatos acima expostos é forçoso concluir que a cisão parcial da BM&F, principal ato jurídico do processo de desmutualização, não passou de um ato jurídico simulado, por meio do qual pretendeu-se encobrir a dissolução fática da BM&F.

Realmente, os idealizadores da desmutualização das bolsas procuraram sustentar, tal como agora faz a recorrente, que não houve dissolução da BM&F. Afirmam que, como a cisão da BM&F foi apenas parcial, essa pessoa jurídica continuou a existir, agora sob a denominação de BM&F Associação.

Entretanto, como visto acima, a antiga BM&F e a BM&F Associação quase nada têm em comum além de seu CNPJ. A BM&F Associação, não resta dúvida, é meramente um simulacro da antiga BM&F. Embora tenha como objetivo declarado a realização de atividades de cunho assistencial, educacional e desportivo, seu objetivo prático, obviamente não declarado, é ocultar a dissolução fática da BM&F.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 05/01/2016 p
or MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 06/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Pois bem, tendo havido a dissolução fática da BM&F, e não a propalada cisão parcial, seus associados receberam parcela do patrimônio daquela associação proporcionalmente ao valor dos títulos patrimoniais que detinham, momento em que se sujeitaram à incidência do IRPJ e da CSLL, nos termos do já aludido art. 17 da Lei nº 9.532/97. Somente após é que utilizaram esses recursos para aumentar o capital da BM&F S/A, sociedade que havia sido constituída com capital de insignificantes R$ 500,00.

2.2) Da Ilegalidade da Cisão Parcial do Patrimônio da BM&F para a BM&F S/A

Para aqueles que entendem que a verdade formal deva prevalecer sobre a verdade material, não acolhendo assim a tese da extinção fática da BM&F descrita no tópico anterior, há ainda um outro argumento que deve ser tido em consideração.

Trata-se aqui do fato de ser ilegal, conforme será visto em seguida, a transmissão total ou parcial, por qualquer forma jurídica, do patrimônio das associações civis sem fins lucrativos à pessoa jurídica com fins lucrativos (sociedades). Sendo ilegal o ato de transmissão, feito aqui sob a roupagem de cisão parcial, não pode ele ser oposto ao Fisco. Assim, inadmitida a cisão parcial, é de se concluir que o patrimônio da BM&F foi primeiro devolvido a seus associados, ensejando assim a incidência do art. 17 da Lei nº 9.532/97, para só então ter sido por eles empregado no aumento do capital da BM&F S/A.

Pois bem, como é cediço, a principal distinção entre as associações civis e as sociedades é a finalidade que perseguem. Enquanto essas últimas visam atender aos interesses econômicos de seus sócios ou acionistas, as primeiras têm como finalidade atender interesses não econômicos de um grupo de pessoas, e não apenas de seus associados.

Em razão de serem constituídas para atender o interesse econômico dos próprios sócios ou acionistas, o patrimônio líquido das sociedades é formado: (i) pelo aporte de recursos de seus sócios ou acionistas; (ii) pelo lucro líquido obtido com o empreendimento, reinvestido na própria pessoa jurídica, após deduzidos o IRPJ e a CSLL devidos ao Estado.

E uma vez que o patrimônio líquido das sociedades é formado por aportes de recursos seus sócios ou acionistas bem como pelo reinvestimento dos lucros gerados a partir desses aportes, podem os sócios ou acionistas dispor livremente sobre o patrimônio da sociedade, observadas as disposições contidas no contrato social ou estatuto.

Por outro lado, por serem constituídas para atender interesses não econômicos de um grupo de pessoas, sejam elas associadas ou não, o patrimônio líquido das associações civis é formado: (i) pelo aporte de recursos de seus associados; (ii) pelo superávit obtido pela própria associação, decorrente de atividades econômicas eventualmente por ela realizadas, com vistas à

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 06/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

manutenção de suas atividades essenciais; (iii) pelo IRPJ e pela CSLL que seriam devidos ao Estado, acaso inexistente a isenção desses tributos sobre o mencionado superávit; (iv) pelo aporte direto de recursos do Estado, quando previsto em lei; (v) pelo aporte de recursos de particulares que eventualmente contribuam para o aumento do patrimônio da associação (doações).

Assim, diferentemente do que ocorre com as sociedades, os associados não podem livremente dispor sobre o patrimônio das associações civis, sob pena de enriquecimento sem causa, uma vez que tal patrimônio não foi formado exclusivamente por aportes de recursos daqueles associados.

Isso é o que se depreendo do art. 61 da Lei nº 10.406/2002, Novo Código Civil:

> *Art. 61. Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omisso este, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.*
>
> *§ 1º Por cláusula do estatuto ou, no seu silêncio, por deliberação dos associados, podem estes, antes da destinação do remanescente referida neste artigo, receber em restituição, atualizado o respectivo valor, as contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação.*
>
> *§ 2º Não existindo no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território, em que a associação tiver sede, instituição nas condições indicadas neste artigo, o que remanescer do seu patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União.*

E embora a norma acima transcrita regule apenas a destinação do patrimônio das associações civis no momento de sua dissolução, deve ela ser interpretada extensivamente para alcançar também as hipóteses de destinação de parcelas do patrimônio das associações civis ao longo de sua existência, como no caso da cisão parcial. Isso porque a razão à vedação à livre destinação do patrimônio das associações civis pelos associados, tanto no momento de sua dissolução, quanto ao longo de sua existência, é a mesma: a ordem jurídica não admite o enriquecimento sem causa.

É então sob esse regime jurídico que deve ser interpretado o abaixo transcrito art. 16, parágrafo único, da Lei nº 9.532/97, o qual admite a incorporação, fusão e cisão de associações civis:

> *Art. 16. Aplicam-se à entrega de bens e direitos para a formação do patrimônio das instituições isentas as disposições do art. 23 da Lei nº 9.249, de 1995.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 05/01/2016 p
or MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 06/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

> *Parágrafo único. A transferência de bens e direitos do patrimônio das entidades isentas para o patrimônio de outra pessoa jurídica, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, deverá ser efetuada pelo valor de sua aquisição ou pelo valor atribuído, no caso de doação.*

Nesse sentido, não é sequer necessário admitir-se aqui, tal como defendido pela Solução de Consulta Cosit nº 10/2007, ser inválida cisão parcial de associação civil. Para o caso dos presentes autos é suficiente a defesa de uma tese mais modesta, qual seja, a de que ainda que seja válida cisão parcial de associação civil sem fins lucrativos, a parcela do patrimônio vertida somente poderá ser destinada a uma outra associação civil sem fins lucrativos.

Portanto é de se concluir ser manifestamente ilegal, e, por conseguinte, juridicamente inválida, a cisão parcial da BM&F, com versão de 99,9% de seu patrimônio à BM&F S/A, uma vez que esta última constitui-se em sociedade, e não em associação civil.

Sendo inválida a cisão parcial do patrimônio de associação civil para sociedade, não há como sustentar-se, como quer a recorrente, ter havido mera substituição dos títulos patrimoniais da BM&F por ações da BM&F S/A. Houve, como afirma a fiscalização, a devolução de 99,9% do patrimônio da BM&F a seus associados, momento em que se sujeitaram à incidência do IRPJ e da CSLL, nos termos do já aludido art. 17 da Lei nº 9.532/97. Somente após é que utilizaram esses recursos para aumentar o capital da BM&F S/A.

2.3) Das Jurisprudências Administrativa e Judicial sobre a Desmutualização das Bolsas

A jurisprudência do CARF é farta e uníssona sobre a validade da tributação do IRPJ e da CSLL nas assim chamadas operações de desmutualização das bolsas. Veja a seguir, a título exemplificativo, as ementas a duas de suas decisões:

> *ACÓRDÃO Nº 1202-000.813 – 1ª SEÇÃO / 2ª CÂMARA / 2ª TURMA ORDINÁRIA - SESSÃO DE 12/06/2012 ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Exercício: 2008 (...)*
>
> *DESMUTUALIZAÇÃO DE BOLSAS DE VALORES. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO DE ASSOCIAÇÃO. SUJEIÇÃO À TRIBUTAÇÃO. AVALIAÇÃO PELO CUSTO DE AQUISIÇÃO.*
>
> *A operação de desmutualização das bolsas de valores, sob a forma de cisão parcial seguida de incorporação, não se faz possível, em razão do disposto no art. 61 do Código Civil de 2002, que veda a destinação de qualquer parcela do patrimônio de associações a entes com finalidade lucrativa.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 05/01/2016 p
or MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 06/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

A inoponibilidade ao Fisco da operação de desmutualização das bolsas de valores atrai a incidência do IRPJ calculado sobre a diferença entre o valor nominal das ações das sociedades (Bovespa Holdings e da BM&F S.A.) recebidas pelas corretoras associadas e o custo de aquisição das cotas ou frações ideais representativo do patrimônio segregado das associações (Bovespa e BM&F).

Aplica-se o art. 17 da Lei nº 9.532/97, e não o art. 16 da mesma lei, à operação de desmutualização, visto que a transferência de bens das bolsas de valores para outras pessoas jurídicas configura uma devolução de capital em razão da transferência dos títulos representativos do seu capital aos seus associados (sociedades corretoras), sem que as novas sociedades (Bovespa Holdings e da BM&F S.A) passem a integrar seu quadro social.

Os títulos patrimoniais das bolsas de valores (associações) devem ser avaliados por seu custo de aquisição, e não pelo Método de Equivalência Patrimonial (MEP).

ACÓRDÃO Nº 1301-001.225 – 1ª SEÇÃO / 3ª CÂMARA / 1ª TURMA ORDINÁRIA - SESSÃO DE 12/06/2013 ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2007 INSTITUIÇÃO ISENTA. TÍTULOS PATRIMONIAIS. RESERVA DE ATUALIZAÇÃO AINDA NÃO TRIBUTADA. REALIZAÇÃO. ADIÇÃO AO LUCRO LÍQUIDO.

Em face da entrega dos títulos patrimoniais da BM&F à contribuinte, em devolução de capital, deve ser adicionado ao lucro líquido, para fins de apuração do lucro real, o valor da reserva de atualização desses títulos que não sofreram tributação do imposto.

AUTO DE INFRAÇÃO. DESMUTUALIZAÇÃO DE BOLSAS DE VALORES E DE MERCADORIAS. ASSOCIAÇÕES ISENTAS. DEVOLUÇÃO DE TÍTULO PATRIMONIAL E SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES DAS NOVAS EMPRESAS. SUJEIÇÃO À TRIBUTAÇÃO.

Sujeita-se à incidência do imposto de renda, computando-se na determinação do lucro real do exercício, a diferença entre o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta, por pessoa jurídica, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver sido entregue para a formação do referido patrimônio.

No mesmo sentido é, também, a jurisprudência dos Tribunais. De fato, embora nem o STF nem o STJ tenham se debruçado sobre o assunto, os TRFs da 2ª e 3ª Regiões, em todos os casos que encontrei em pesquisa junto aos respectivos sítios na internet (argumento de pesquisa "desmutualização"), vêm decidindo pelo cabimento da tributação do IRPJ e da CSLL nas operações de desmutualização das bolsas. Confira-se abaixo as ementas a dois desses acórdãos:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 05/01/2016 p
or MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 06/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

TRF-2 - PROCESSO Nº 2008.51.01.006559-0 - TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA - APELAÇÃO CÍVEL - ACÓRDÃO PUBLICADO EM 16/10/2012:

TRIBUTÁRIO. IRPJ. CSSL. BOVESPA - OPERAÇÃO DE DESMUTUALIZAÇÃO. TÍTULOS CONVERTIDOS EM AÇÕES DE S/A. LEI 9.532/97, ART. 17, INCIDÊNCIA.

- A Bovespa, em reestruturação societária datada de 28.08.2007, iniciou a "desmutualização", deixando de ser uma sociedade civil e convertendo-se em sociedade anônima, a Bovespa Holding S/A. Nesse processo de transformação societária, os títulos patrimoniais da impetrante foram substituídos por ações da Bovespa e da BM&F.

- Tal processo de desmutualização trouxe, efetivamente, ganhos patrimoniais à impetrante que passou de simples associada da Bovespa à detentora de ações na nova holding, acrescendo ao seu patrimônio as novas ações adquiridas com os valores que havia dispendido para a formação da associação e que lhe fora devolvido - devidamente corrigido, repisa-se - em razão da desmutualização.

- O fato apto a desencadear a incidência dos tributos, nesse caso, é o ganho obtido pela impetrante com a devolução de valores, ou seja, com a própria operação de desmutualização, na forma como foi efetuada.

- O artigo 17 da Lei 9.532/97 constitui supedâneo legal para a inclusão da diferença entre o que foi investido para a formação do capital social de entidade isenta e a devolução do que foi aportado na determinação do lucro da pessoa jurídica, uma vez que constitui, indubitavelmente, acréscimo patrimonial, sujeitando-se à incidência do imposto de renda, nos termos dos artigos 43 e 44 do Código Tributário Nacional.

- Não prospera a tese da apelante de que a avaliação dos ativos em questão se dá pela equivalência patrimonial, sistemática que estima o valor do investimento de uma sociedade em outra de acordo com as oscilações do patrimônio da empresa investida e cujos resultados positivos, de acordo com o artigo 225 do Regulamento do Imposto de Renda, não acarretam incidência dos tributos.

- A avaliação pela equivalência patrimonial, consoante previsto no art. 248 da Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas), aplica-se exclusivamente aos casos de "coligadas sobre cuja administração [a empresa] tenha influência significativa, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante, em controladas em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum (redação dada pela Lei nº 11.638/2007), não sendo este o caso dos autos que trata, na verdade, de avaliação de títulos patrimoniais que a impetrante detém nas bolsas de valores.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 05/01/2016 p
or MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 06/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

- Também não socorre a impetrante a Solução de Consulta nº 13 de 10/11/97, o Parecer CST nº 2.254/81 e a Portaria MF 785/77, porquanto a referida Portaria, assim como os atos administrativos mencionados são anteriores à entrada em vigor da Lei 9.532/97, de 10/12/97, originária da conversão da Medida Provisória nº 1.602, de 14/11/97, sendo esta quem regula as relações ora em análise.

- Recurso desprovido.

TRF-3 - PROCESSO Nº 2008.61.00.008121-8 - TERCEIRA TURMA - APELAÇÃO CÍVEL - ACÓRDÃO PUBLICADO EM 14/01/2013:

MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DE IRPJ E CSSL. BOVESPA E BM&F. OPERAÇÃO DE "DESMUTUALIZAÇÃO". TÍTULOS PATRIMONIAIS CONVERTIDOS EM AÇÕES DE S/A. PORTARIA MF 785/77. DECRETO-LEI 1.109/70. CTN: ART. 111. LEI 9.532/97, ART. 17.

1. Com a operação de "desmutualização" das Bolsas, ocorrida no ano de 2007 em que as mesmas deixaram de ser associações civis sem fins lucrativos e passaram a se constituir em sociedades anônimas, ocorreu a substituição dos títulos patrimoniais dos associados, detidos pelos impetrantes por ações da Bovespa Holding S/A e BM&F S/A, alterando a situação jurídico-tributária então existente.

2. De fato, superando o biênio inicial de vigência do NCC não mais se viabilizaria a transformação de entidades associativas em sociedades, ante o silêncio do seu art. 1.113, quanto àquelas, destinadas a extinção, nos casos da espécie, facultado o retorno das contribuições vertidas ao patrimônio associativo (NCC: art. 61, §§ 1º e 2º), o que se operou através da substituição dos títulos patrimoniais dos associados pelas ações das novas sociedades, estas com e aquelas sem finalidade lucrativa.

3. Hipótese em que opera efeitos a previsão do art. 177 e § 2º da Lei nº 6.404, de 1976, desde sua redação original, exsurgindo as conseqüências tributárias advindas dos novos lineamentos civis, sem que necessário perquirir acerca da validade das deliberações sociais tomadas em prol da "desmutualização" operada.

4. Daí porque remanesce integra a Solução de Consulta nº 10/2007, incidindo na espécie, tanto o IRPJ com a CSL, a teor da Lei 9.532 de 10/12/97, art. 17, §§ 3º e 4º.

5. Não tem lugar a utilização do Método de Equivalência Patrimonial, já que o mesmo somente é viável nas hipóteses de investimentos em controladas e coligadas, nos termos do que dispõe os arts. 384, 387, 388, do Decreto 3000/99.

6. Precedente desta Corte. 2007.03.00.105115-9.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 05/01/2016 p
or MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 06/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *7. Tampouco incide a Portaria MF 785/77, restrita ao acréscimo do valor nominal dos títulos patrimoniais não distribuídos e segregados contabilmente para compulsória incorporação ao capital associativo (CTN: art. 111)*
>
> *8. Apelo da União e remessa oficial a que se dá provimento.*

CÓPIA

Dito isso, deve-se considerar como tributável o ganho de capital auferido pela contribuinte no ano de 2008, no valor de R$ 1.011.679,62, fruto da devolução do valor das quotas que possuía junto ao patrimônio da CETIP Associação, decorrente da desmutualização desta pessoa jurídica sem fins lucrativos, ocorrida no ano de 2008.

Todavia, deve-se considerar, também, que em razão do definitivamente decidido no processo nº 16327.001743/2010-34, a contribuinte apurou prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL 2008, ambos no montante de R$ 5.436.035,57, conforme consulta aos formulários SAPLI e FACS 2008 contidos nos autos daquele processo.

Isso posto, o ganho de capital oriundo da desmutualização da CETIP em 2008 deverá ser integralmente deduzido do resultado negativo apurado pela contribuinte no próprio ano de 2008, não havendo que se falar em exigência de IRPJ e CSLL neste período.

4) DAS DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

De acordo com o TVF (fl. 1133 e ss.), a operação que gerou o ágio em questão pode ser assim descrita, em síntese:

a) em 25/02/2007 o Banco Société Générale Brasil S/A, na condição de comprador, e quatro pessoas físicas, na condição de vendedores, celebraram "*Contrato de Compra de Quotas sob Condições Precedentes e Outras Avenças*" (fl. 144 e ss.), com vistas à compra e venda de 100% das quotas representativas do capital da empresa Cacipar Participações Ltda., a qual detinha 100% das ações do Banco Cacique S/A bem como 100% das quotas da empresa Cacique Promotora de Vendas Ltda. De ver que, como as partes se obrigaram mutuamente a cumprir as condições previstas no próprio contrato ou em lei, ficou acertado que o "*fechamento do contrato*" ocorreria em data futura, quando todas as condições fossem cumpridas;

b) em 07/03/2007 o Société Brasil cedeu à empresa Trancoso Participações Ltda. todos os direitos e obrigações de que cuida o acima referido "*Contrato de Compra de Quotas sob Condições Precedentes e Outras Avenças*" (fl. 191 e ss.);

c) Trancoso Participações Ltda. é a nova denominação da empresa Marigane Participações Ltda., constituída em 16/01/2007 com capital de R$ 1.000,00 e cujos sócios eram uma pessoa jurídica e uma pessoa física, esta última, sócia de outras 23 empresas que possuíam o termo "*Participações*" em sua razão social (fl. 118 e ss.). Por meio da 1ª alteração de seu contrato social, datada de 07/03/2007 (mesma data da cessão referida no item anterior), promoveu-se a alteração na denominação da empresa, de Marigane para Trancoso, bem como a saída dos antigos sócios, passando Société Brasil a deter 100% de suas quotas (fl. 124 e ss.);

d) em 30/11/2007, por meio da 3ª alteração do contrato social de Trancoso, o sócio Société Brasil efetivamente aportou ao capital daquela empresa o montante de R$ 930.523.599,00, conforme lançamentos contábeis comprovados pelo extrato bancário;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 05/01/2016 p
or MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 06/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

e) no mesmo dia, 30/11/2007, ocorreu o "*fechamento do contrato*" referido no item "a" retro, por meio do pagamento no montante de R$ 888.372.854,00 feito por Trancoso aos vendedores das quotas de Cacipar. Desse montante, Trancoso registrou R$ 570.563.618,89 a título de ágio na aquisição de investimento em Cacipar, uma vez que o valor de patrimônio líquido da investida era de R$ 317.809.235,11;

f) intimada a informar o fundamento do ágio, a fiscalizada explicou ser ele decorrente da rentabilidade futura da investida, conforme atestado em Relatório de Avaliação Econômico-Financeira emitido pela KPMG em 23/10/2008;

g) em 30/07/2008 Cacipar transferiu à sua controladora indireta, Société Brasil, a totalidade de suas ações do Banco Cacique, até então sua controlada direta (fl. 681);

h) em 31/10/2008 o Banco Cacique incorporou Cacipar e Trancoso, passando a amortizar o ágio pago por Trancoso pela aquisição das quotas de Cacipar.

Tendo em vista os fatos acima sintetizados, a fiscalização concluiu o seguinte (vide TVF às fls. 1142/1143):

> ***2) DAS CONCLUSÕES:***
>
> *(...)*
>
> *Considerando que o ágio pago na aquisição de uma participação societária deverá ser registrado segregado do seu valor de patrimônio líquido, não devendo ter efeitos fiscais antes da alienação ou baixa do investimento, e considerando que em caso da incorporação a lei faculta benefício fiscal que propicia a amortização do ágio pago com fundamento em rentabilidade futura, temos que, se o Societê Brasil tivesse contabilizado diretamente em sua escrituração o negócio realizado com ágio, não poderia este ser amortizado com o benefício fiscal concedido pelo artigo 7° da Lei 9.532/97.*
>
> *Dos fatos anteriormente exposto, não restou dúvida que se tratou de um investimento feito pelo Banco Societê Brasil, consistente na aquisição do controle societário da CACIPAR e conseqüentemente do Banco Cacique.*
>
> *Entretanto, visando alterar as condições do fato gerador, tratou de adquirir, em 07/03/2007, uma empresa veículo, denominada "MARIGANE", com capital social de R$1.000,00, constituída em 16/01/2007, aparentemente transferindo para a mesma os direitos da transação efetuada, que montava na ordem de R$850.000.000,00, com o único intuito de posteriormente utilizá-la, no âmbito de uma seqüência de operações societárias, que culminariam, ao término de duas incorporações reversas, com a transferência do Banco Cacique para seu controle.*
>
> *(...)*
>
> *Muito importante torna-se ressaltar que, conforme consta DOS FATOS, não ficou suficientemente comprovado a esta fiscalização que tal ágio, pago em 30/11/2007, foi resultante de Rentabilidade Futura, uma vez que o demonstrativo exigido por*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 05/01/2016 p
or MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 06/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

> *lei como comprovação desta rentabilidade, apresentado pelo contribuinte, foi elaborado posteriormente a referida data, em julho de 2008, com base em balanço levantado em 31/12/2007, ambas as datas posteriores ao pagamento do referido ágio.*
>
> *Além disto, ficou comprovado que na verdade o adquirente do controle societário do Banco Cacique foi o Societê Brasil, sendo que as citadas operações de incorporação reversas tinham como intuito, única e exclusivamente, levar para a empresa investida Banco Cacique, parte do ágio, procedendo esta, em seguida, às conseqüentes amortizações do mesmo levando a uma diminuição indevida dos resultados nos próximos anos;*
>
> *Ou seja, embora esta fiscalização reconheça a existência de um ágio, pago quando da aquisição do controle societário da CACIPAR, ficou fartamente comprovado que o uso da empresa Trancoso, como empresa veículo, deu-se sem qualquer finalidade negocial, apenas com o intuito de tornar o ágio fiscalmente dedutível, podendo este ser amortizado pelo Banco Cacique. Sendo que, além disto, não houve suficiente comprovação que tal ágio fundamentava-se exclusivamente em rentabilidade futura, condição exigida para permissão da amortização dedutível do mesmo.*
>
> *Dos trabalhos fiscais objetos do citado MPF também resultou autuação fiscal no Societê Brasil, da qual não teceremos maiores considerações pois não tiveram reflexo no presente trabalho, o qual refere-se exclusivamente aos reflexos em 2010, da amortização do ágio no Banco Cacique.*
>
> *Em sendo assim, confirmado a repetição em 2010 da amortização do ágio oriundo da mesma operação, necessário torna-se a lavratura de Autos de Infração, referente à Glosa deste ágio lançado no Banco Cacique (Vide matéria tributável no presente Termo), desta feita referente ao ano-calendário de 2010.*
>
> *(...)*

Como visto acima, o ágio foi registrado na contabilidade da contribuinte no ano de 2008 e passou a ser por ela amortizado a partir daquele mesmo ano.

No âmbito do processo nº 16327.001743/2010-34 a fiscalização lavrou auto de infração para exigência do IRPJ e da CSLL relativamente aos fatos geradores ocorridos nos anos de 2008 e 2009, pela dedução indevida das despesas com amortização do ágio.

No presente processo foi lavrado auto de infração para exigência do IRPJ e da CSLL relativamente aos fatos geradores ocorridos nos ano de 2010.

Conforme já assentado no relatório e no item 3 do presente voto, transitou em julgado a decisão administrativa exarada no processo nº 16327.001743/2010-34, havendo a 1ª Turma da 3ª Câmara decido ser cabível, no caso, a dedutibilidade das despesas com amortização do ágio, conforme ementa ao acórdão 1301-001.505, a seguir transcrita:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 05/01/2016 p
or MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 06/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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

No contexto das Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto nº 2.546/97, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 mediante utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.

Obviamente que a coisa julgada objeto do acórdão 1301-001.505 não alcança o litígio ora em discussão. De fato, enquanto lá se decidiu sobre a dedutibilidade das despesas com amortização do ágio nos anos de 2008 e 2009, aqui o objeto da lide é o ano de 2010.

Não custa recordar que, de acordo com o abaixo transcrito art. 469, I, do Código de Porcesso Civil, não fazem coisa julgada os motivos que leveram aquela Turma a decidir pela legalidade da despesa, daí porque esta Turma poderia, com base em motivos diversos, entender o oposto.

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

(...)

Em outras palavras, os fundamentos que alicerçaram a decisão da 1ª Turma da 3ª Câmara, que afastou a exigência nos anos de 2008 e 2009, não vinculam a decisão desta Turma quanto ao exame referente ao ano de 2010.

Passando-se então ao exame da matéria, observa-se nas conclusões do autor da ação fiscal, anteriormente transcrita, que são três as razões para a glosa de despesas com amortização do ágio:

a) se o Société Brasil tivesse contabilizado diretamente em sua escrituração o negócio realizado com ágio, não poderia este ser amortizado com o benefício fiscal concedido pelo art. 7° da Lei 9.532/97;

b) com vistas a aproveitar o referido benefício, a autuada utilizou-se da "*empresa veículo*" denominada Trancoso;

c) não restou suficientemente comprovado que o ágio, pago em 30/11/2007, foi resultante de rentabilidade futura, uma vez que o demonstrativo apresentado pelo contribuinte foi elaborado posteriormente a referida data, em julho de 2008, com base em balanço levantado em 31/12/2007, ambas as datas posteriores ao pagamento do mencionado ágio.

Pois bem, primeiramente deve-se ressaltar que, conforme reconhecido pela própria autoridade fiscal, a formação do ágio sob exame não é fruto negócios realizados entre empresas do mesmo grupo econômico Ao contrário, o ágio decorreu de uma transação entre

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 05/01/2016 p
or MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 06/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

partes independentes e em pé de igualdade (*arm's length transaction*), quais sejam, Trancoso Participações Ltda., como adquirente, e as quatro pessoas físicas detentoras das ações de Cacipar Participações Ltda., como alienantes. Resumindo, não se trata aqui do chamado "*ágio interno*".

Dito isso, começando nossa análise pelo argumento exposto no item "c" retro, resta claro que o ponto questionado pela fiscalização diz respeito à data em que foi emitido pela KPMG o Relatório de Avaliação Econômico-Financeira da Cacipar. Segundo o autor da ação fiscal, referido relatório somente foi emitido em 23/10/2008, ou seja, posteriormente à data de aquisição das quotas de Cacipar, ocorrida em 30/11/2007, daí porque não poderia sustentar a alegação de rentabilidade futura de Cacipar.

Ocorre que a interessada trouxe aos autos (fl. 1331 e ss.) um documento elaborado pelo UBS Pactual denominado Project Harley, emitido em fevereiro de 2007, contemporâneo portanto à celebração do "*Contrato de Compra de Quotas sob Condições Precedentes e Outras Avenças*", e cujo conteúdo é a avaliação econômico-financeira das duas empresas controladas pela Cacipar, quais sejam, o Banco Cacique e a Cacique Promotora de Vendas.

Poder-se-ia questionar a veracidade e contemporaneidade deste laudo, somente apresentado pela autuada quando da impugnação ao lançamento e, ainda assim, apenas no idioma inglês.

Entretanto, após o recurso voluntário foram juntados aos autos documentos complementares, tais como (fl. 1686 e ss.): (i) a tradução juramentada do laudo para o português; (ii) ata notarial onde o escrevente do 26º Tabelionato de Notas de São Paulo confirma a existência de um e-mail enviado pelo UBS Pactual, no dia 08/02/2007, acerca do mencionado Project Harley.

De ver que tais documentos são fruto de pedido de diligência levado a efeito pela 1ª Turma da 3ª Câmara nos autos do já aludido processo nº 16327.001743/2010-34. A pedido da recorrente os documentos lá produzidos foram também anexados ao presente processo.

Pelo exame desses documentos firmo meu convencimento de que a avaliação contida no denominado Project Harley é anterior ao "*fechamento do contrato*" de aquisição das quotas de Cacipar. Ademais, entendo que o referido documento traz a avaliação econômico-financeira de Cacipar, razão pela qual rejeito o argumento da fiscalização descrito no item "c" retro.

Em relação ao argumento exposto no item "a", é de se notar que a autoridade fiscal não expôs as razões pelas quais entendeu que acaso o Société Brasil houvesse adquirido diretamente as quotas de Cacipar, não poderia se beneficiar do disposto no art. 7° da Lei 9.532/97.

Salvo melhor juízo, Société Brasil poderia, sim, incorporar Cacipar beneficiando-se da dedutibilidade, para fins fiscais, das despesas com amortização do ágio, conforme autorizado pelo art. 7° da Lei 9.532/97. Para tanto, bastaria que observasse o disposto na Lei nº 4.595/64 e as normas expedidas pelo Banco Central do Brasil, em especial a Resolução Bacen nº 2.723/2000.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 05/01/2016 p
or MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 06/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Société Brasil preferiu, no entanto, capitalizar a empresa Trancoso a fim de que esta adquirisse as quotas de Cacipar. E, de acordo com a recorrente, Société Brasil não incorporou Cacipar porque, sob o ponto de vista econômico, entendeu que não seria adequado reunir em uma única instituição financeira negócios de banco de investimento (Société Brasil) com negócios de banco de varejo (Banco Cacique). Tal motivação, a meu juízo, é perfeitamente crível e razoável.

E isso nos leva ao exame das razões da autuação expostas no item "b" retro. A questão que se discute aqui é a seguinte: o emprego de "empresa veículo", por sí só, é motivo para afastar-se a dedutibilidade da despesa com amortização de ágio?

Antes mesmo de examinarmos essa questão cumpre destacar que a expressão "empresa veículo" 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" (Trancoso) 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.

Todavia, tendo em vista que existem algumas decisões do CARF mantendo a glosa da amortização do ágio justamente pelo emprego de "empresa veículo" (vide, por exemplo, o Acórdão 1101-001.113), entendo cabível o exame da matéria.

Em breve síntese, aqueles que defendem a impossibilidade do aproveitamento do ágio nestas condições sustentam que o emprego de empresa veículo, que ao fim incorpora ou é incorporada pela investida, "oculta" o verdadeiro investidor, qual seja, aquele que fornece os recursos para que a empresa veículo faça o investimento.

Desse modo, dizem eles, não há incorporação entre o "verdadeiro investidor" (no caso, Société Brasil) e a investida (no caso, Cacipar), sendo portanto inaplicável os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Pois bem, quanto a este argumento deve-se ter em conta que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram originalmente criados com a finalidade de incentivo à aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares, no âmbito do chamado Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/97).

E uma vez que pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras têm direito a adquirir até 100% das ações ou quotas da empresa nacional objeto de desestatização (vide art. 12 da referida Lei nº 9.491/97), é de se perguntar: como poderia um investidor estrangeiro se beneficiar dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 senão por meio da constituição e capitalização de uma pessoa jurídica nacional que fizesse o investimento na empresa objeto da desestatização? Esse foi, de fato, o caminho adotado pelos investidores estrangeiros (vide caso Celpe, Acórdão nº 1201-00.689).

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 05/01/2016 p
or MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 06/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Ocorre que, de acordo com a teoria da "empresa veículo", ora sob exame, nem assim os investidores estrangeiros poderiam se beneficiar dos disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois a pessoa jurídica nacional por eles constituída e capitalizada não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Na mesma situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estaria, por exemplo, um grupo de pessoas físicas nacionais que desejasse adquirir as ações ou quotas de uma empresa objeto de desestatização. Se fizessem o investimento diretamente, as pessoas físicas não poderiam se beneficiar das referidas normas (por óbvio, pessoa física não incorpora nem é incorporada por pessoa jurídica).

A solução seria, novamente, a constituição e capitalização de uma pessoa jurídica justamente para que esta fizesse o investimento. Entretanto, de acordo com a aludida teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo grupo de pessoas físicas poderia se beneficiar do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Também em idêntica situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estariam as pessoas jurídicas nacionais que em razão de vedação contida em norma legal ou infralegal estejam impedidas de exercer atividades econômicas diversas daquelas previstas naquelas normas. Seria o caso, por exemplo, de um banco comercial adquirir as ações ou quotas de uma concessionária de energia elétrica. Tal aquisição é possível, desde que autorizada pelo Banco Central. O que não é juridicamente possível é a absorção do patrimônio da concessionária pelo banco comercial (ou vice-versa) uma vez que o Banco Central proíbe que os bancos comercias exerçam atividades distintas daquelas previstas em Regulamento.

A solução, mais uma vez, seria o banco comercial constituir e capitalizar uma pessoa jurídica a fim de que esta adquira as ações ou quotas da empresa objeto de desestatização. Ocorre que, segundo a mencionada teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo banco comercial poderia se beneficiar do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor".

Os exemplos acima, que a outros poderiam se somar, demonstram que a propalada teoria da "empresa veículo" aplicada aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ensejaria uma interpretação restritiva dessas normas no tocante à idéia de "verdadeiro investidor".

Todavia, a interpretação restritiva, tal como as demais espécies interpretativas, não é fruto da vontade do intérprete. Ao contrário, deve ser juridicamente fundamentada.

No caso dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 tal interpretação restritiva reduziria significativamente as hipóteses de aproveitamento fiscal da amortização do ágio ali prevista, algo que vai de encontro (e não ao encontro) à finalidade do Programa Nacional de Desestatização, o qual, como dito antes, incentiva a aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares. Em outras palavras, a teoria da "empresa veículo" defendida por alguns é frontalmente contrária à finalidade para à qual foram criados os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, daí porque não pode ser acolhida.

5) CONCLUSÃO

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 05/01/2016 p
or MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 06/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Tendo em vista todo o exposto, voto por indeferir a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, por dar parcial provimento ao recurso voluntário para:

a) manter o ganho de capital na devolução do patrimônio da CETIP apurado no ano de 2008, devendo este valor, no entanto, ser integralmente deduzido do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da contribuição social apurados no mesmo ano, conforme item 3 do voto, parte final. Caberá à unidade de origem promover os ajustes no sistema a acompanhamento do prejuízo fiscal e da base de cálculo da contribuição social;

b) afastar a glosa das despesas com amortização do ágio levadas ao resultado no ano de 2010.

(*documento assinado digitalmente*)
Marcelo Cuba Netto

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 05/01/2016 p
or MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 06/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA