



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

Processo n° 16327.720700/2016-47
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1301-002.812 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de março de 2018
Matéria IRPJ: Ágio e outros
Recorrente BANCO CETELEM S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012

DECADÊNCIA

Na hipótese de fato que produza efeito em períodos diversos daquele em que ocorreu, a decadência não tem por referência a data do evento registrado na contabilidade, mas sim, a data de ocorrência dos fatos geradores em que esse evento produziu o efeito de reduzir o tributo devido.

DESPESAS COM COMISSÕES. CORRESPONDENTES BANCÁRIOS. DESPESAS DIFERIDAS. DEDUTIBILIDADE.

São dedutíveis as despesas com comissões tidas com correspondentes bancários, desde que se demonstre a efetiva prestação do serviço. O diferimento é procedimento previsto nas normas do BACEN, conforme o prazo do contrato de crédito. Análise global da carteira de empréstimos reflete o reconhecimento das despesas com comissões de forma emparelhada com o reconhecimento das receitas de juros. Diferimento apresentado se mostrou consistente com a realização do contrato de empréstimo.

DESPESAS COM "TI". DESPESAS COM EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. DEDUTIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO.

Desde que efetivamente comprovadas, as despesas administrativas havidas com outras empresas do grupo, demonstram-se totalmente dedutíveis. Não se demonstrou planejamento tributário e sim ineficiência fiscal para o grupo econômico. As empresas demonstraram ser ativas e operacionais.

ÁGIO INTERNO. FALTA DE SUBSTÂNCIA ECONÔMICA. INDEDUTIBILIDADE.

O ágio nascido de operações entre empresas integrantes do mesmo grupo econômico é indedutível da base de cálculo do IRPJ, dada a ausência de substância econômica.

MULTA. EFEITO DE CONFISCO. EXAME NA ESFERA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

No processo administrativo tributário é vedado o exame do caráter confiscatório da multa, por implicar a realização de controle de constitucionalidade, que foge à competência do CARF, conforme entendimento consagrado na Súmula CARF nº 2.

JUROS DE MORA. EMPREGO DA TAXA SELIC. VALIDADE.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA SOBRE MULTA. CABIMENTO.

Os juros moratórios incidem sobre a totalidade da obrigação tributária principal, nela compreendida, além do próprio tributo, a multa.

CSLL E IRPJ. IDENTIDADE DE MATÉRIA FÁTICA. MESMA DECISÃO.

Quando os lançamentos relativos a IRPJ e a CSLL tiverem origem nos mesmos fatos, há de ser dada a mesma decisão, ressalvados os aspectos específicos inerentes à legislação de cada tributo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos rejeitar a preliminar de decadência. No mérito: (i) por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para restabelecer a dedução de despesas com comissões de correspondentes bancários e com serviços de tecnologia da informação ("TI") e administrativos; (ii) por voto de qualidade, negar provimento ao recurso em relação à amortização de ágio. Vencidos os Conselheiros Conselheiros José Eduardo Dornelas Souza, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Bianca Felícia Rothschild que votaram por dar provimento ao recurso voluntário. Em segunda votação: (i) por unanimidade de votos, negar provimento quanto à aplicação da taxa selic como índice de juros moratórios e quanto ao aproveitamento indevido de prejuízos fiscais; (ii) por voto de qualidade, negar provimento quanto à incidência de juros sobre a multa de ofício. Designado redator do voto vencedor o Conselheiro Roberto Silva Junior.

(assinado digitalmente)
Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente

(assinado digitalmente)
Amélia Wakako Morishita Yamamoto - Relatora

(assinado digitalmente)
Roberto Silva Junior - Redator designado.

Processo nº 16327.720700/2016-47
Acórdão n.º **1301-002.812**

S1-C3T1
Fl. 5.459

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Roberto Silva Junior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Milene de Araújo Macedo, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Bianca Felícia Rothschild e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

Relatório

BANCO CETELEM S.A., já qualificada nos autos, recorre da decisão proferida pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte (MG) - DRJ/BHE, que, por unanimidade, julgou improcedente a impugnação, para manter o crédito tributário de IRPJ e CSLL no valor total de R\$241.547.880,56, relativos aos anos-calendários de 2011 e 2012 e compensação indevida de prejuízo operacional nos anos de 2012, 2013, 2014 e 2015.

Do Lançamento

Trata-se de auto de infração para lançamento de IRPJ e CSLL, cumulados de juros e multa de ofício, em razão da exclusão indevida e da falta de adições na base de cálculo do lucro real e da CSLL, tudo isso com base nos art. 3º da Lei 9.249/95, art. 2º da Lei 7.689/88, e alterações, art. 1º da Lei 9.316/96, art. 28 da Lei 9.430/96, art. 37 da Lei 10.637/02 e arts. 219, 247, 250 e 276 do RIR/99.

VALORES LANÇADOS, EM R\$					
Fls.	IMPOSTO OU CONTRIBUIÇÃO	VALOR	JUROS	MULTA	TOTAL
4.504 a 4.524	IRPJ	69.826.314,16	28.751.203,90	52.369.735,61	150.947.253,67
4.525 a 4.541	CSLL	41.910.188,50	17.257.797,04	31.432.641,35	90.600.626,89
	SOMA	111.736.502,66	46.009.000,94	83.802.376,96	241.547.880,56

Segundo o Termo de Verificação Fiscal, (fls. 4.382/4.503), e Relatório do acórdão recorrido, as razões de autuação foram:

I - GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

Lê-se no referido Termo:

Este Termo de Verificação Fiscal trata da análise das incorporações reversas realizadas, no dia 22/02/2010, pelo Banco Cetelem das empresas BGN Holding Financeira Ltda. (doravante BGN Holding), CNPJ nº 09.219.020/0001-22, e Cetelem Holding Participações S/A (doravante Cetelem Holding), CNPJ nº 09.081.006/0001-05.

Estas incorporações resultaram na contabilização pelo Banco Cetelem de um ágio no valor de R\$ 813.812.625,41 que está sendo amortizado em uma razão de 1/120 desde março de 2010.

1. DESCRIÇÃO DOS FATOS

O ágio de R\$ 813.812.625,41 estava contabilizado na empresa Cetelem Holding desde o dia 19/12/2008, e a sua origem era devido à aquisição e posterior incorporação realizadas, em 11/12/2008 e 19/12/2008, pela Cetelem Holding da empresa BGN Participações S/A (doravante BGN Participações), CNPJ Nº 02.538.761/0001-27, cujo principal ativo era o Banco BGN, atual Banco Cetelem.

Porém, em momento anterior, no dia 26/11/2008, baseado em Contrato de Permuta de Ações assinado em 18/07/2007, o BNP Paribas, instituição com sede na França, procedeu a aquisição da BGN Participações, através de permuta de ações com torna em dinheiro.

No dia 11/12/2008 as empresas Cetelem Holding e BGN Participações faziam parte do Grupo BNP Paribas, logo o ágio de R\$ 813.812.625,41 foi gerado em uma operação econômica entre empresas do mesmo grupo.

[...]

Para a fruição do benefício da dedutibilidade da amortização do ágio pago deveria ocorrer uma confusão patrimonial entre a empresa investidora e a investida, porém tal fato não ocorreu, pois, a confusão patrimonial foi realizada com uma terceira empresa que não era de fato a real investidora.

O Autor do feito informa que, até 18 de julho de 2007, o GRUPO BGN (representado pelas pessoas físicas de ANTÔNIO DE QUEIROZ GALVÃO e outros) era detentor da totalidade das ações representativas do capital social de BGN PARTICIPAÇÕES S.A., a qual, a seu turno detinha ou comprometia-se a deter, em futuro próximo, todas as ações do BANCO BGN S.A. (antiga denominação da interessada), de BGN LEASING S.A. – ARRENDAMENTO MERCANTIL, de BGN MERCANTIL E SERVIÇOS LTDA. e de 50,80% de NETCREDIT PROMOÇÃO DE CRÉDITO S.A. Naquela mesma data, foi avençada entre este GRUPO e BNP PARIBAS, sediado na República Francesa, a permuta de todas as ações de BGN Participações por 2.524.366 ações de BNP PARIBAS (avaliadas em R\$ 542.409.533,07), além de torna em dinheiro ao GRUPO BGN no valor de R\$ 185 milhões.

Tal acerto estipulava uma data limite para se aperfeiçoar, dita “data de fechamento”. Excedido este limite, celebrou-se, em 3 de abril de 2008, aquele que foi denominado “primeiro aditivo”, que alterou para 3.646.292 o total de ações de BNP PARIBAS a serem permutadas.

Em 24 de outubro de 2007, atendendo-se a exigência do BANCO CENTRAL DO BRASIL – BACEN, fundou-se a sociedade empresária BGN HOLDING, destinada exclusivamente a ser a detentora das ações do BANCO BGN.

Em 26 de novembro de 2008, foi publicado no DOU a aprovação pelo Banco Central do Brasil da transferência do controle societário do Banco BGN para o BNP PARIBAS S.A., conforme avençado em 18 de julho de 2007.

Prossegue o Termo de Verificação:

1.2 AQUISIÇÃO DA BGN PARTICIPAÇÕES PELA CETELEM HOLDINGS

Em 01/12/2008 foi elaborado, pela Ernst & Young, a pedido da Cetelem Brasil CFI S/A, laudo de avaliação econômico-financeira de 100% do capital da empresa BGN Participações, baseado na metodologia do Fluxo de Caixa Descontado na data-base de 30/06/2008.

Na avaliação da BGN foi utilizado o padrão de valor “valor justo”, com ressalvas sobre as limitações da metodologia do fluxo de caixa descontado e que se baseou em informações fornecidas pelo controlador, sem realização de auditorias, e que não testou a possibilidade de venda no mercado pelo valor apurado.

O valor justo da BGN Participações foi estimado entre R\$ 986 milhões e R\$ 1.107 milhões, portanto o valor médio de R\$ 1.047 milhões representaria o valor justo da empresa em 30/06/2008.

[...]

Em 11 de dezembro de 2008, CETELEM HOLDING PARTICIPAÇÕES LTDA. promoveu a sua 3ª Alteração do Contrato social, quando se retiraram os antigos sócios (a pessoa física de MARC CAMPI e a pessoa jurídica de BNP PARIBAS PERSONAL FINANCE, com sede na República Francesa), sendo admitida a empresa CETELEM AMÉRICA LTDA. (também controlada pela sobredita BNP PARIBAS PERSONAL FINANCE). O capital de CETELEM HOLDING passou de R\$ 1.000,00 para R\$ 1.035.049.754,00, valor integralizado na mesma data por via de transferência bancária. Ainda na mesma data, o banco BNP PARIBAS vendeu a CETELEM HOLDING a totalidade de suas ações de BGN PARTICIPAÇÕES S.A, pelo preço de € 315.003.852, equivalentes a R\$ 981.236.998,98, considerando-se a taxa de conversão em 12 de dezembro de 2008. Ademais, CETELEM HOLDING teve sua natureza alterada, passando de sociedade limitada a sociedade anônima.

Observa o Autor do feito:

Ressaltamos que tanto a Cetelem Holding como a BGN Participações, nesta data, já pertenciam ao Grupo BNP Paribas, tanto que o Sr. Marc Campi assina o respectivo Contrato como representante das duas empresas.

A real investidora era o BNP Paribas e não a Cetelem Holdings, o Grupo Paribas tenta apenas transferir um direito, a dedutibilidade da amortização do ágio, que seria originalmente do BNP Paribas para a Cetelem Holdings.

Entendemos que as empresas têm autonomia para realizar operações intragrupos e contabilizá-las da forma que lhes aprouver, porém os impactos tributários destas operações são controlados pelo fisco.

A amortização do ágio, fundamentado em rentabilidade futura, só seria dedutível caso ocorresse uma confusão patrimonial entre a BGN Participações e o BNP Paribas, a real investidora que suportou o ônus financeiro do pagamento do ágio e alterou o patrimônio do Grupo.

Não cabe a transferência deste direito entre empresas do mesmo grupo, pois já não existe qualquer esforço econômico que altere o patrimônio do grupo.

Em 12 de dezembro de 2008, PRYOR CONSULTING SERVICES LTDA., a pedido da CETELEM HOLDING, avaliou o patrimônio líquido de BGN PARTICIPAÇÕES em R\$ 167.425.000,00, na data-base de 30 de setembro de 2008. Três dias depois, foi firmado o Protocolo de Incorporação e Justificação entre CETELEM HOLDING e BGN PARTICIPAÇÕES, adotando-se esta avaliação.

Descreve o Autor do feito:

Em 19/12/2008 foi elaborada ata da AGE da empresa Cetelem Holding que decidiu: (i) Pela aprovação do Protocolo de Incorporação e Justificação firmado em 15/12/2008 que tratava da incorporação da BGN Participações; (ii) Aprovar a nomeação da empresa Pryor Consulting Services Ltda para proceder a avaliação do PL da incorporada (correção feita pela AGE do dia 09/02/2008); (iii) Aprovar o valor do PL da incorporada apurado no laudo em R\$ 167.425.000,00; (iv) Aprovar a incorporação pelo valor apurado no laudo.

A incorporação da BGN Participações foi registrada na contabilidade da Cetelem Holdings, no dia 20/12/2008 [e] levou à contabilização na Cetelem Holding de um ágio, fundamentado em uma expectativa de rentabilidade de futura, na conta 2.1.2.10.15.80003-5 – Ágio Rentabilidade Futura – BGN Holding Financeira pelo valor de R\$ 813.812.625,41, este ágio ficou estático nesta conta até a data da incorporação reversa da Cetelem Holding pelo Banco Cetelem (omissis).

Em 22 de fevereiro de 2010, com vistas à segregação das atividades financeiras e não financeiras do GRUPO CETELEM no Brasil, foram assinados Protocolos de Incorporação e Justificação, prevendo a incorporação reversa de BGN HOLDING e de CETELEM HOLDING pelo BANCO BGN (atual Banco CETELEM), nos seguintes moldes: os patrimônios líquidos das incorporadas foram estimados em R\$ 190.801.940,98 e R\$ 1.240.589.579,20, respectivamente, com base em balanços datados de 31 de janeiro de 2010. Estes Protocolos foram ratificados e aprovados pelos sócios das respectivas incorporadas em 26 de fevereiro de 2010.

Após relacionar as contas do Livro Razão nas quais se registraram o ágio e sua amortização referente à incorporação reversa de Cetelem Holding, o Autor do feito tece as seguintes considerações:

2. DA ANÁLISE DOS FATOS E DO DIREITO Para podermos analisar a amortização do ágio e a sua dedutibilidade da apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, devemos entender a sua fundamentação econômica.

Conforme visto [...] desde 18/07/2007 com a assinatura do Contrato de Permuta de Ações o BNP Paribas se comprometeu em adquirir o Banco BGN (Atual Banco Cetelem) através da permuta de ações com os controladores da BGN Participações, fato que foi consumado em 26/11/2008 através da publicação no DOU da aprovação pelo Banco Central do Brasil da transferência do controle societário do Banco BGN para o BNP Paribas.

A amortização do ágio, fundamentado em rentabilidade futura, só seria dedutível caso ocorresse uma confusão patrimonial entre a BGN Participações e o BNP Paribas, a real investidora que suportou o ônus financeiro do pagamento do ágio e alterou o patrimônio do Grupo Paribas.

No dia 11/12/2008 a Cetelem Holdings celebrou com o BNP Paribas o Contrato de Compra e Venda de Ações por meio do qual adquiriu a totalidade das ações da BGN Participações, nesta data, tanto a Cetelem Holdings, como a BGN Participações pertenciam ao Grupo Paribas.

A real investidora era o BNP Paribas e não a Cetelem Holdings, o Grupo Paribas tenta apenas transferir um direito, a dedutibilidade da amortização do ágio, que seria originalmente do BNP Paribas para a Cetelem Holdings.

Repisamos que as empresas têm autonomia para realizar operações intragrupos e contabilizá-las da forma que lhes aprouver, porém os impactos tributários destas operações são controlados pelo fisco.

A amortização do ágio, fundamentado em rentabilidade futura, e gerado em operações intragrupos carece de fundamentação econômica para a sua dedutibilidade do lucro real e da base de cálculo da CSLL, pois se assim fosse permitido qualquer grupo empresarial poderia criar ativos tributários, materializados pela amortização de ágios, criados apenas em operações de reorganizações societárias internas, sem intervenção de terceiros, e sem ônus

financeiro, pois o dinheiro de aquisição permaneceria dentro do grupo empresarial, apenas circulando entre as empresas do próprio grupo.

Apesar do contribuinte ter contabilizado o ágio fundamentado em uma expectativa de rentabilidade futura, os efeitos tributários deste ágio não podem colidir com a realidade dos fatos e com a verdadeira fundamentação econômica dos contratos assinados.

[...]

VALORES TRIBUTÁVEIS O valor de R\$ 81.381.262,56 indevidamente excluído da apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL nos anos-calendário de 2011 e 2012.

II - GLOSAS DE DESPESAS POR SERVIÇOS DE TERCEIROS

À fl. 4.392 encontra-se o Termo de Verificação Fiscal nº 2, cujo preâmbulo reza:

Este Termo de Verificação Fiscal versa sobre a análise dos efeitos, na apuração do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL, das despesas com serviços prestados por terceiros no ano-calendário de 2011 para o Banco BGN S/A, antiga denominação do Banco Cetelem S/A.

De fls. 4.394 a 4.428, a Autoridade Fazendária explana detalhadamente as diligências levadas a efeito para verificar a efetividade das despesas registradas pela interessada a título de pagamentos a terceiros prestadores de serviço, os quais, para análise, devem ser divididos em: (a) sociedades pertencentes ao mesmo grupo econômico de que faz parte a interessada; e (b) demais sociedades. Feitas todas estas averiguações, apresenta, de fls. 4.428, infra, a 4.434, sua análise destas despesas, como segue.

Este resumo será dividido entre empresas que eram ligadas ao contribuinte e demais empresas.

EMPRESAS LIGADAS As seguintes empresas do Grupo Cetelem, antigo Grupo BGN, receberam pagamentos, no ano-calendário de 2011, do Banco Cetelem, antigo Banco BGN, no valor total de R\$ 86.073.537,89: a) Cetelem Serviços Ltda – R\$ 13.080.962,61; b) Cetelem Promotora de Negócios Ltda – R\$ 7.320.679,20; c) BGN Mercantil e Serviços Ltda – R\$ 65.671.896,08.

Os contratos apresentados pelo contribuinte, que se encontravam vigentes no ano-calendário de 2011, informam, de maneira geral, que em contrapartida por estes pagamentos as empresas iriam prestar os seguintes serviços: a) Cetelem Serviços Ltda – Gestão de TI; b) Cetelem Promotora de Negócios Ltda – Assessoria jurídica, contábil e administrativa; c) BGN Mercantil e Serviços Ltda – Correspondente não bancário.

Repisamos que a prestação de serviços entre empresas ligadas deve ser feita com transparência e provida de farta documentação probatória do serviço prestado, pois caso contrário pode sugerir a ocorrência de planejamento tributário e redução do pagamento de tributos pelo grupo econômico.

As documentações apresentadas demonstram uma total falta de transparência na comprovação da efetividade da prestação destes serviços [...].

Notas fiscais com descrição genérica do serviço prestado, aditivos contratuais que tentam modificar fatos pretéritos, cláusulas contratuais definindo a remuneração que não são cumpridas, pagamentos realizados sem a identificação e a quantificação de qual foi a contrapartida prestada pelo beneficiário do pagamento.

As notas fiscais apresentadas descrevem os serviços prestados pela Cetelem Serviços e a Cetelem Promotora como “Gerenciamento de Serviço de Informática” e “Assessoria em Serviços Administrativos”, respectivamente.

A comprovação da prestação de serviços de gestão e assessoria normalmente é realizada através da apresentação de relatórios, planilhas e outros documentos que demonstrem o que está sendo gerido e qual assessoria está sendo prestada.

Nenhum relatório de gestão ou de assessoria foi apresentado, os contratos originais previam pagamentos fixos mensais que não encontravam respaldo nos pagamentos que foram realizados, o contribuinte apresentou aditivos contratuais que alteravam estes pagamentos, somente após a indagação da incoerência pela fiscalização.

Estes aditivos são um verdadeiro acinte às práticas comerciais, pois estabelece que a remuneração só é determinada após o pagamento do serviço prestado, sem qualquer especificação de qual foi a contrapartida prestada e a inexistência de demonstrativos de cálculo que permitam vincular o valor pago ao serviço prestado.

Em relação ao BGN Mercantil o contribuinte apresentou diversos recibos que causam estranheza, pois o correto seria a emissão de notas fiscais de prestação de serviços.

Os recibos e as notas apresentadas descrevem dois tipos de serviços prestados: “Serviços Prestados Conforme Contrato” e “Comissão sobre Serviços de Assessoria”, descrição mais genérica impossível.

Pelos contratos vigentes no ano-calendário de 2011, o contribuinte deveria prestar serviços de correspondente não bancário, logo as notas fiscais e os recibos apresentados parecem não se referir aos contratos que foram apresentados.

A essência dos serviços de correspondentes bancários está na captação de clientes e oferecimento de crédito aos mesmos tendo uma instituição financeira como cedente deste crédito.

A remuneração destas empresas está atrelada à quantidade e tipo de créditos que estes representantes oferecem, bem como pela manutenção do pagamento destes créditos pelos clientes captados.

Normalmente para receber a sua remuneração os correspondentes são obrigados a apresentar uma lista contendo os clientes captados e os valores e tipos dos créditos concedidos.

Portanto é de suma importância saber qual a forma de remuneração dos correspondentes, pois através dela a fiscalização obtém informações sobre a carteira de crédito captada para a instituição financeira e, por conseguinte, das suas receitas de crédito.

No ano-calendário de 2011 teve um contrato vigente até junho e outro após esta data, o primeiro estabeleceu que seria devido um percentual sobre a produção, porém não especificou qual seria este percentual, o segundo apresentou uma tabela

de remuneração que era idêntica à praticada por todos os demais correspondentes não bancários do Banco Cetelem.

Os valores pagos para as notas fiscais e recibos cuja descrição era “Serviços Prestados Conforme Contrato” não encontram respaldo em nenhum dos dois contratos vigentes em 2011, aparentemente estes valores poderiam se referir à manutenção das filiais do BGN Mercantil previsto em um contrato que foi expressamente revogado em 2010, mas ainda assim se tratavam de um pagamento atípico que não era realizado para nenhum outro correspondente não bancário.

Os valores pagos para as notas fiscais e recibos cuja descrição era “Comissão sobre Serviços de Assessoria” também não encontram respaldo em nenhum dos dois contratos vigentes em 2011.

O contribuinte afirma que eles seriam referente a uma comissão de 13% calculada sobre a produção de cada filial do BGN Mercantil, porém o contribuinte não apresentou qualquer documentação probatória desta produção, como identificação dos valores, prazos e beneficiários dos créditos concedidos.

Cabe ressaltar que as despesas de comissões que foram pagas aos demais correspondentes não bancários eram diferidas ao longo do contrato de crédito as quais elas se referiam, acarretando um descasamento entre o pagamento e a apropriação da despesa.

Porém no caso do BGN Mercantil estas despesas foram integralmente deduzidas no ato do pagamento da comissão, ou seja, caso estes pagamentos efetivamente se refiram a despesas de comissão de correspondente não bancário, o contribuinte estaria adotando dois critérios totalmente incompatíveis de contabilização destas despesas.

Pelo que foi acima exposto combinado com o que foi descrito nas alíneas 1, 2 e 3 do item 1.2 deste Termo de Verificação, o valor pago de R\$ 86.073.537,89 será considerado como despesa sem prova do serviço prestado, e, portanto, adicionado para a apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

[...]

DEMAIS EMPRESAS Conforme informado pelo contribuinte, as seguintes empresas receberam pagamentos, no ano-calendário de 2011, do Banco Cetelem, antigo Banco BGN, no valor total de R\$ 73.296.006,00, porém apenas o valor de R\$ 24.014.768,26 foi contabilizado como despesa na conta 817630000016 - DESP.SERV.TEC.ESP-COMISSOES em 2011.

[...]

Conforme visto nas alíneas 4 a 18 do item 1.2 deste Termo, o contribuinte apresentou para cada empresa um contrato de prestação de serviços de correspondentes não bancários, a remuneração pelos serviços prestados era igual para todos os contratos e estava prevista no Anexo I, Tabela de Comissionamento/Financiamento.

O contribuinte informou também que realizava o diferimento das despesas de comissão pelo prazo de cada contrato de crédito concedido, ou seja, apenas o valor de R\$ 9.301.819,29 do valor total da comissão paga em 2011, R\$ 73.296.006,00, foi apropriada como despesa neste ano, o restante, R\$ 14.712.948,97, veio do

diferimento de comissões que foram pagas em anos-calendário anteriores, de 2006 até 2010.

O contribuinte deixou de apresentar a maior parte das notas fiscais de prestação de serviços e diversas notas descreviam que a comissão paga se referia a “Bônus” e outras descrições que não constavam da remuneração pactuada entre as partes.

O próprio contribuinte afirmou que os correspondentes poderiam ser remunerados de forma diferente da que foi estabelecida no contrato, porém não informou qual seria a remuneração praticada e não apresentou qualquer documentação que suportasse a sua afirmação.

[...]

Também não foi apresentada qualquer documentação que permitisse calcular tanto as comissões que foram pagas em 2011, quanto as comissões que foram apropriadas como despesas em 2011.

A essência dos serviços de correspondentes bancários está na captação de clientes e oferecimento de crédito aos mesmos tendo uma instituição financeira como cedente deste crédito.

A remuneração destas empresas está atrelada à quantidade e tipo de créditos que estes representantes oferecem, bem como pela manutenção do pagamento destes créditos pelos clientes captados.

Normalmente para receber a sua remuneração os correspondentes são obrigados a apresentar uma lista contendo os clientes captados e os valores e tipos dos créditos concedidos.

Portanto é de suma importância saber qual a forma de remuneração dos correspondentes, pois através dela a fiscalização obtém informações sobre a carteira de crédito captada para a instituição financeira e, por conseguinte, das suas receitas de crédito.

Pelo que foi acima exposto combinado com o que foi descrito nas alíneas 4 a 18 do item 1.2 deste Termo de Verificação, o valor de R\$ 24.014.768,26, que foi contabilizado como despesa na conta 817630000016 - DESP.SERV.TEC.ESP-COMISSOES no ano-calendário de 2011, será considerado como despesa sem prova do serviço prestado, e, portanto, adicionado para a apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

[...]

Consoante o art. 264 do RIR/1999, a pessoa jurídica é obrigada a conservar em ordem, enquanto não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, os livros, documentos e papéis relativos à sua atividade, ou que se refiram a atos ou operações que modifiquem ou possam vir a modificar sua situação patrimonial.

O contribuinte é quem deve provar, por meio da documentação atinente à sua atividade quais os serviços que efetivamente teriam sido prestados por terceiros.

A ausência da apresentação de tais documentos autoriza que o Fisco conclua pela “não realização” do serviço contratado e pago.

A conclusão pela não-prestação do serviço (prova negativa) poderia ser elidida pela apresentação de que o dispêndio corresponde à contrapartida de algo recebido e que possa ser mensurado.

O demonstrativo do cálculo do valor pago é de vital importância para mensurar o valor do serviço e identificar qual foi a contrapartida recebida pela contratante.

Como exemplo podemos citar que no caso de correspondente não bancário, o demonstrativo evidencia qual foi o montante do crédito captado, pois é baseada nesta captação de crédito, ou seja, nesta contrapartida, que o Banco Cetelem deveria remunerar os correspondentes bancários.

Ressaltamos que este demonstrativo estava previsto nos contratos assinados entre o Banco Cetelem e os correspondentes bancários, e era essencial para que o Banco Cetelem realizasse os pagamentos devidos, ou seja, o correspondente bancário deveria comprovar os serviços prestados para receber o seu pagamento.

Entendemos que, seguindo o mesmo raciocínio, o Banco Cetelem deve apresentar estes mesmos demonstrativos para que estes pagamentos sejam considerados uma despesa dedutível, ou seja, são eles que provam que o Banco Cetelem recebeu algo em troca por um pagamento realizado.

III – COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE PREJUÍZOS FISCAIS E DE BASES DE CÁLCULO NEGATIVAS DE CSLL

Trata-se do consectário da alteração do lucro real e da base de cálculo da CSLL nos anos-calendário de 2010 a 2012, reajustados após os procedimentos de ofício entranhados nos presentes autos e naqueles do processo nº 16327.721155/2015-25.

Em assim sucedendo, operaram-se os seguintes ajustes nos prejuízos fiscais e nas bases de cálculo negativas de CSLL de 2010 até 2015:

PERÍODO	LR e BC CSLL CONTRIBUINTE	VALOR TRIBUTÁVEL APURADO	LR E BC CSLL AJUSTADO	PREJUÍZO FISCAL E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DE CSLL				
				SALDO	VALOR COMPENSADO CONTRIBUINTE	COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO	COMPENSAÇÃO TOTAL	COMPENSAÇÃO INDEVIDA
2010	-6.550.425,64	67.817.718,80	61.267.293,16	0,00	0,00	6.550.425,64	6.550.425,64	0,00
2011	-56.494.320,34	191.469.568,71	134.975.248,37	0,00	0,00	56.494.320,34	56.494.320,34	0,00
2012	51.182.565,86	81.381.262,66	132.563.828,42	0,00	21.935.385,37	0,00	21.935.385,37	21.935.385,37
2013	5.885.429,87			0,00	2.522.327,09	0,00	2.522.327,09	2.522.327,09
2014	26.806.526,26			0,00	11.488.511,26	0,00	11.488.511,26	11.488.511,26
2015	183.544.278,27			0,00	27.098.522,26	0,00	27.098.522,26	27.098.522,26

Da Impugnação

Nos termos da decisão da DRJ, segue o relato da Impugnação, de fls. 4.551/4.639:

I - DECADÊNCIA

Inicialmente, alega decadência do direito de a Fazenda da União realizar os presentes lançamentos de ofício, ao argumento de que

4. [...] As operações que geraram o ágio foram realizadas em 2008 e parte significativa das deduções de comissões referem-se a pagamentos realizados em períodos anteriores a 13.10.2011, não sendo passíveis de contestação pelas Autoridades Fiscais em 2016.

5. Assim, embora os questionamentos feitos pela Autoridade Fiscal no presente caso versem sobre deduções registradas no período de 2011 e 2012, não se pode deixar de apontar a ocorrência de preclusão temporal, haja vista essas despesas decorrerem de fatos ocorridos em períodos anteriores a 13.10.2011, ou seja, em períodos já alcançados pela decadência.

II – DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

No que diz respeito a este tópico, aduz a impugnante que “o ágio teve origem em operação realizada com terceiros não relacionados, com efetivo pagamento do preço de aquisição e substância econômica e negocial”.

Esclarece que o “Grupo Cetelem é uma subdivisão mundial do Grupo francês BNP Paribas (‘Grupo BNPP’)” e que, tendo em vista o “rápido desenvolvimento do crédito consignado” na economia do País, optou por “adquirir uma instituição financeira já consolidada no setor”.

Recorda a avença, ocorrida no “segundo semestre de 2007”, para a “venda das ações da holding controladora do Banco BGN para o Grupo Cetelem”, por meio de permuta “para o Grupo BNPP, com pagamento do preço de aquisição em benefício dos antigos acionistas, através da entrega de ações do BNPP”. E opina: “Trata-se de transação realizada entre partes não relacionadas, com o objetivo de expandir as atividades do Grupo Cetelem na área de crédito consignado”.

Prossegue:

18. Posteriormente, no contexto da transação e com o objetivo de reorganizar as suas atividades no Brasil, era necessário que o investimento detido no Banco BGN (Requerente) fosse transferido para o Grupo Cetelem no Brasil. Isso porque a atividade de crédito consignado às pessoas físicas é atividade restrita ao Grupo Cetelem ao longo de outros países, tendo sido o Grupo Cetelem que capitaneou a referida aquisição.

19. Assim foi que, no final do ano-calendário de 2008, a Cetelem Participações adquiriu a participação societária na BGN Participações pelo mesmo custo de aquisição anteriormente pago pelo Grupo BNPP, com o pagamento do preço em dinheiro.

[...]

21. A Cetelem Participações era a efetiva adquirente da BGN Participações e tinha a intenção original de adquirir as ações em dinheiro. A aquisição apenas foi efetuada pelo BNPP francês em decorrência de uma exigência dos vendedores, que queriam receber como pagamento ações do próprio BNPP francês. Tanto isso é verdade que, logo em seguida, o caixa detido pelo Grupo Cetelem no Brasil foi utilizado para adquirir a referida participação societária do BNPP francês.

22. Após a aquisição [...] a Cetelem Participações passou a ser legalmente obrigada [...] a avaliar seu investimento nessas sociedades segundo o método da equivalência patrimonial, desdobrando seu custo de aquisição em: (i) valor de patrimônio líquido; e (ii) ágio.

Faz referência à “incorporação da BGN Participações na Cetelem Participações” e à subseqüente incorporação desta “no Banco BGN (Requerente)” e resume:

24. As operações para a aquisição do Banco BGN podem ser segregadas em três passos principais: (a) Passo 1: Aquisição das ações da BGN Participações pelo BNPP; (b) Passo 2: Aquisição das ações da BGN Participações pela Cetelem Participações; e (c) Passo 3: Incorporação da BGN Participações pela Cetelem Participações, seguida da incorporação da BGN Holding e Cetelem Participações pela Requerente [...].

[...]

34. A determinação do preço se deu em observância às regras de preço de transferência e foi justificado por Laudo de Avaliação Econômico-Financeira elaborado pela Ernst&Young (Doc. nº 12). O método utilizado para determinação do preço de aquisição foi o de Preços Independentes Comparados ("PIC"), com o pagamento do mesmo preço pago pelo BNPP na transação com partes não relacionadas (Passo 1).

[...]

43. Posteriormente, com o objetivo de integrar as atividades de crédito consignado desenvolvidas pelo Grupo BGN às suas operações no Brasil, o Grupo Cetelem no Brasil adquiriu as ações da BGN Participações, pelo seu valor de mercado. A transação foi legítima e atendeu a todos os pressupostos legais para o reconhecimento e amortização do ágio no Brasil: o ágio foi originalmente gerado em operação entre partes não relacionadas, o preço praticado atendeu às regras de Distribuição Disfarçada de Lucros ("DDL") e de preços de transferência, além de o preço pago estar amparado em laudo de avaliação especificamente elaborado para este fim.

[...]

Expõe a seguir sua tática defensiva, que alicerça em

[...] quatro argumentos principais que impõem o imediato cancelamento deste Auto de Infração: (a) todos os pressupostos legais para a amortização fiscal do ágio foram atendidos; (b) os conceitos de "confusão patrimonial" do "investidor originário" não encontram respaldo na legislação; (c) não há qualquer vedação legal à venda de investimento mantido pelo acionista estrangeiro (BNPP) pelo seu valor de mercado a uma parte relacionada; e (d) ainda que se considere que o ágio foi gerado dentro do mesmo grupo econômico, o que se admite apenas para argumentar, não existia qualquer vedação legal ao seu reconhecimento e amortização à época dos fatos discutidos neste Auto de Infração (2007 a 2010).

[...]

No tocante ao primeiro destes argumentos, afirma que, de acordo com os artigos 385 e 386 do RIR/99, a dedutibilidade dessas despesas estaria condicionada à observância exclusiva de quatro requisitos:

(i) [...] Aquisição de participação societária com pagamento de ágio;

(ii) [...] Avaliação do investimento com base MEP, nos termos do artigo 248 da Lei das S.A.;

(iii) [...] *Fundamentação do pagamento do ágio na expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida; e*

(iv) [...] *Incorporação, cisão ou fusão entre a sociedade adquirente e a sociedade adquirida (ou vice-versa).*

Diz que o “primeiro requisito” se encontraria implementado porque teria havido, primeiramente, a “aquisição das ações da BGN Participações pelo BNPP”, seguida pela “aquisição das ações da BGN Participações pela Cetelem Participações”, cujo custo teria sido “incorrido e pago pelo Grupo BNPP em transação com partes independentes”. E completa:

Não se trata de riqueza artificial [...], mas sim da transferência do custo incorrido pelo BNPP para a Cetelem Participações.

Diz que o “segundo requisito” também estaria satisfeito, dado que o investimento estaria avaliado conforme o método da equivalência patrimonial (MEP).

Considera igualmente cumprido o “terceiro requisito” pelo desdobramento do registro do investimento em “(a) valor de patrimônio líquido na época da aquisição; e (b) ágio (ou deságio) apurado na operação, com indicação de sua fundamentação econômica”, em conformidade com o artigo 385 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza – RIR/1999).

E conclui:

51. Por fim, o quarto requisito (incorporação entre a sociedade adquirida e adquirente, ou vice versa) foi atendido após a incorporação da BGN Participações na Cetelem Participações; seguida da incorporação da Cetelem Participações na Requerente. Em razão de expressa autorização legal, o ágio pago e fundamentado na expectativa de rentabilidade passou a ser amortizado para fins fiscais.

Desenvolve seu “Segundo Argumento” afirmando que “a suposta confusão patrimonial do ‘real adquirente’” mencionada pela Autoridade Fazendária constituiria “requisito vago e não previsto em Lei” e que, a partir do “ponto de vista jurídico e para todos os fins legais”, seria Cetelem Participações [...] a real adquirente da participação societária”. Supõe que a desconsideração dos “efeitos fiscais da aquisição das ações da BGN Participações pela Cetelem Participações” exigiria a ocorrência de “algum vício que macule estes negócios jurídicos perfeitos e acabados”, acrescentando:

Para todos os fins de direito, a participação societária possui apenas um adquirente: a empresa que paga o preço de aquisição e que se torna titular das ações adquiridas.

Nega a ocorrência de

[...] situação simulada, dolosa ou fraudulenta, na qual uma pessoa jurídica é interposta com o propósito exclusivo de ocultar o real adquirente da participação societária. Inexistindo qualquer vício de vontade que impõe a desconsideração de determinado ato jurídico, os efeitos tributários que devem prevalecer são aqueles expressamente previstos na legislação.

Recorda o teor do artigo 109 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, denominada Código Tributário Nacional (CTN) e aduz:

61. Ora, se a LEI tributária não pode alterar a definição, conteúdo e alcance das formas de direito privado, é evidente que as autoridades fiscais também não

possuem essa prerrogativa. Se o direito privado determina que o adquirente de determinada participação societária é a Cetelem Participações, não podem as autoridades fiscais arbitrariamente deslocar a condição de adquirente a uma terceira empresa.

67. Sendo assim, quando da incorporação da BGN Participações pela Cetelem Participações (Passo 3), ocorreu a perfeita subsunção da norma prevista no artigo 7.º da Lei nº 9.532/97: "A pessoa jurídica [Cetelem Participações] que absorver patrimônio de outra [BGN Participações], em virtude de incorporação, fusão ou cisão [Passo 3], na qual detenha participação societária adquirida [Cetelem Participações era efetiva adquirente] com ágio [a melhor prática contábil obrigava o reconhecimento do ágio] [...] poderá amortizar o ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura".

Menciona e transcreve jurisprudência administrativa, inclusive Acórdão prolatado no curso do processo 16327.721155/2015-25 pela 10ª Turma desta DRJ.

Passando a seu "Terceiro Argumento", relembra que a aquisição em tela recebeu autorização legal e se deu

[...] em observância a todos os requisitos formais para a amortização fiscal do ágio, bem como a todas as normas que regulamentam os preços/custos reconhecidos fiscalmente em transações com partes relacionadas.

Aduz que [...]

o ágio discutido neste caso decorre, em sua substância, de uma operação legítima (i) entre partes não-relacionadas; (ii) com efetivo desembolso de caixa para pagamento de preço; (iii) com apuração de ganhos de capital tributáveis no Brasil pelos vendedores; (iv) fundamentada por laudos de avaliação anteriores à aquisição; e (v) revestida de razões negociais verdadeiras. Essas características, por si só, bastariam para cancelar a exigência ora tratada.

[...]

80. Tampouco se poderia questionar essa alocação do custo legítimo e efetivamente incorrido pelo BNPP para a Cetelem Participações, sobretudo quando esse procedimento ocorreu através de operação de compra e venda, com o efetivo fluxo de recursos e recolhimento do IOF e do IRF.

Mais adiante, assinala:

84. Existem dois conjuntos de regras que regulamentam os preços válidos para fins fiscais em transações entre partes relacionadas: as regras de DDL e as regras de preços de transferência.

Menciona os artigos 464 e 465 do RIR/1999, segundo os quais "se presume a DDL no negócio no qual a pessoa jurídica 'adquire, por valor notoriamente superior ao de mercado, bem do seu ativo a pessoa ligada'", considerando-se "valor de mercado a importância em dinheiro que o vendedor poderia obter mediante negociação do bem no mercado" e coloca:

86. A legislação fiscal estabelece que, no caso de aquisição de um bem do ativo de pessoa ligada, a diferença entre o custo de aquisição e o valor de mercado não constituirá despesa dedutível. Em outras palavras, o custo não será válido para fins fiscais, devendo o seu excesso ser glosado.

87. Sendo assim, trazendo a aplicação das regras de DDL para o caso em análise (o que não seria o caso, uma vez que as transações são realizadas com sócios estrangeiros), tem-se que se o preço de aquisição incorrido pela BGN Participações com o BNPP for notoriamente superior ao de mercado, o seu excesso seria glosado, sem que fosse admitida a dedutibilidade desta parcela excedente para fins fiscais.

Entende que o “valor de mercado” para fins de aplicação das regras de DDL (distribuição disfarçada de lucros) seria o da “transação [...] entre o BNPP e os acionistas da BGN Participações (partes independentes)” e, portanto, se

[...] o preço praticado equivale ao valor de mercado do ativo adquirido da pessoa ligada, não existe qualquer fundamento legal para glosa do custo incorrido pela Cetelem Participações na transação com parte relacionada.

Relembra que o artigo 18 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, proíbe a dedução de “os custos, despesas e encargos relativos a bens, serviços e direitos [...] até o valor que não exceda o preço determinado por um dos métodos previstos na legislação, à escolha do contribuinte”, dentre os quais se acha “o dos Preços Independentes Comparados (PIC)”, adotado por ela, conforme “laudo de avaliação elaborado especificamente para este fim”.

Diz que se “o ágio tivesse sido gerado entre partes relacionadas [...] esse fato não pode implicar a indedutibilidade do ativo diferido subjacente”, dado que

(i) decorre de operações inseridas num contexto negocial verdadeiro, efetuada com partes independentes; (ii) decorre de um custo efetivamente incorrido mediante desembolso de caixa e transferência de numerário; (iii) se justifica por laudos de avaliação preparados por empresa independente e especializada; e (iv) todos os demais requisitos previstos na legislação estão presentes.

Entende que o legislador só cuidou da matéria ao converter na Lei 12.973, de 13 de maio de 2014, a Medida Provisória (MP) 627, de 2013 e que, in casu, haveria “tentativa clara de aplicação retroativa da MP 627/13 e da Lei 12.973/14”.

Conclui este segmento afirmando que

100. A amortização do ágio deve ser admitida no presente caso sob qualquer perspectiva que se examine o Auto de Infração: em uma perspectiva jurídico-tributária, porque atende aos critérios específicos previstos na legislação vigente, tanto no que diz respeito às normas de amortização do ágio, quanto no que se relaciona às regras que regulam os efeitos tributários de operações entre partes não relacionadas. Em uma perspectiva econômico-contábil, porque a transação não representou a criação de riqueza artificial, mas sim a aquisição de ativo pelo seu valor de mercado, de terceiros não relacionados.

III – DESPESAS DE COMISSÃO DE CORRESPONDENTES

(...)

foram efetivamente pagas em benefício dos correspondentes bancários” e que “as autoridades fiscais poderiam questionar a Requerente exclusivamente por eventual descumprimento do regime de competência”, à luz do artigo 273 do RIR/1999.

Argumenta que, se alguns “valores pagos aos correspondentes não estavam previstos em contrato”, bem como “documentos internos descrevem parte do valor pago como ‘Bônus’” igualmente extracontratual, isto se deveria ao fato de que 181. [...] os valores previstos em

contrato constituíam uma simples baliza para fins de determinação dos valores efetivamente pagos em benefício dos correspondentes. Dentro da dinâmica do mercado e da necessidade de conceder frequentes benefícios para fomentar a oferta dos seus produtos junto aos correspondentes, os gestores tinham legitimidade para negociar novas tarifas de correspondente bancário.

182. Os pagamentos de bônus localizados em documentos internos consistem em mera denominação dada por funcionários do departamento contábil aos pagamentos regularmente efetuados aos correspondentes bancários [...].

III-A – DESPESAS ENTRE SOCIEDADES DO MESMO GRUPO ECONÔMICO

A interessada afirma que “praticamente todas as atividades administrativas do Banco Cetelem ou da Cetelem Brasil” estariam atribuídas a três pessoas jurídicas distintas: (a) CETELEM SERVIÇOS LTDA., prestadora de serviços de Tecnologia da Informação (TI); (b) CETELEM PROMOTORA DE NEGÓCIOS LTDA., encarregada da assessoria jurídica, contábil, fiscal, marketing, compras dentre outras; e (c) BGN MERCANTIL E SERVIÇOS LTDA., que desempenhava serviços de correspondente bancário, de cobrança extrajudicial de clientes inadimplentes e call center.

Diz que tal estrutura haveria resultado em “carga tributária majorada do grupo econômico, em razão da incidência de PIS, COFINS e ISS nas receitas auferidas pelas prestadoras de serviços”.

Justifica “o fato de os contratos de prestação de serviços terem sido modificados para refletir o preço dos serviços após a sua execução” não os invalida e/ou torna a sua dedutibilidade questionável”, com a alegação de que

291. [...] os aditamentos aos contratos tiveram o objetivo de precificar os serviços prestados pelas empresas relacionadas com base em parâmetros de mercado, evitando que as empresas operassem sob contínuos prejuízos (o que ocorreria caso os valores fixos determinados inicialmente fossem mantidos).

Alega também que “a própria legislação fiscal determina situações em que a precificação (e o valor válido para fins fiscais) é determinado após a efetiva execução do serviço”, mencionando novamente as “regras de preços de transferência”.

III – PREJUÍZO FISCAL E BASE NEGATIVA DE CSLL

Neste ponto, a interessada opõe-se a que “os prejuízos fiscais / bases negativas” sejam

302 [...] reduzidos em decorrência da glosa de despesas discutidas na presente Impugnação e pela lavratura do Auto de Infração que deu origem ao Processo Administrativo nº 163.27.721155/2015-25, ainda não definitivamente julgado.

303. O equívoco das DD. Autoridades Fiscais está no fato de que ainda não foi proferida decisão final na esfera administrativa que seja constitutiva (em definitivo) de saldo devedor de obrigação tributária que invalidaria as compensações discutidas nestes autos, não podendo, desse modo, serem desconsideradas.

Afirma que “não se enquadrou em nenhuma [das] hipóteses impeditivas” dos artigos 509, 513 e 514 do RIR/1999 e que

313. [...] o entendimento adotado pelas DD. Autoridades Fiscais cria uma terceira vedação ao aproveitamento de prejuízos fiscais, pelo fato de que a D. Fiscalização

desconsiderou a pendência de julgamento definitivo do processo administrativo que potencialmente impactam o saldo de prejuízo fiscal e de base negativa de CSL.

Afirma também que “o crédito tributário só é efetivamente constituído após o termino da discussão administrativa, gozando de presunção de liquidez e certeza até esse momento”.

IV – MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA

A contribuinte “considera que há exagero cometido na exigência de uma multa de ofício de 75% sobre o pretenso débito em questão, devendo ser reduzida para um valor proporcional e adequado”.

Considera incabível “incidência de juros sobre a multa de ofício” e por fim

345. [...] no que se refere aos juros de mora, cabe lembrar que a jurisprudência tem reconhecido a inaplicabilidade da taxa SELIC aos créditos tributários, uma vez que essa taxa não foi criada por lei para fins tributários, de forma que a Requerente requer sua desconsideração no cômputo do crédito tributário principal, tendo em vista a real possibilidade de a taxa SELIC vir a ser considerada inconstitucional para fins tributários pelo Poder Judiciário.

Em julgamento realizado em 23 de fevereiro de 2017, a 4ª Turma da DRJ/BHE, considerou improcedente a impugnação da contribuinte e prolatou o acórdão 02-72.028, assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2012

DECADÊNCIA

O prazo decadencial é contado a partir da ocorrência do fato gerador e não de eventos anteriores que não tenham tal natureza.

DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

O reconhecimento de ágio decorrente de rentabilidade futura gerado ou contabilizado internamente é vedado pelas normas nacionais e internacionais. Assim, qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado, sob pena de glosa das respectivas despesas.

DEDUTIBILIDADE DE DESPESAS

A dedutibilidade de despesas no cômputo do lucro real está condicionada à precisa comprovação de sua ocorrência.

PREJUÍZO FISCAL E BASE NEGATIVA DA CSLL

Imperativa a redução do prejuízo fiscal e da base negativa da CSLL em razão de lançamentos de ofício.

SOBRESTAMENTO DE PROCESSO

Vedado o sobrestamento de processo em sede de julgamento de primeira instância, por ausência de permissivo legal neste sentido.

MULTA DE OFÍCIO

A redução da multa lançada de ofício em estrito cumprimento da Lei é totalmente incabível, em face da absoluta falta de discricionariedade que norteia as atividades da Autoridade Fazendária.

JUROS DE MORA

A cobrança de juros moratórios no mesmo patamar da taxa SELIC é inescapável imperativo legal.

JURISPRUDÊNCIA E DOCTRINA

Com as ressalvas da Lei, a jurisprudência e a doutrina não vinculam a autoridade tributária judicante de primeira instância.

LANÇAMENTOS CONEXOS

Mantido o lançamento de IRPJ, igual sorte aguarda aqueles que dele decorrerem, em face da relação causal que os vincula e dos fundamentos de fato que compartilham.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do Recurso Voluntário

A ora recorrente, devidamente cientificada do acórdão recorrido, apresentou recurso voluntário tempestivo (fls. 5.236/5.341), onde repete os argumentos apresentados em sede de manifestação de inconformidade, principalmente nos seguintes tópicos:

(I) Preliminar de Decadência - ágio formado em 2008;

(II) Da despesa de amortização de ágio

(II.a) Da correta contabilização do ágio;

(II.b) Da legitimidade do ágio pago, passível de amortização fiscal;

(II.c) Da confusão patrimonial do investidor originário não é requisito previsto em lei;

(II.d) Da autorização legal das vendas das ações da BGN Participações para outra sociedade do Grupo, com transferência do custo legitimamente incorrido para o Brasil;

(II.e) Da não-vedação a negociações entre partes relacionadas;

(III) Das despesas de comissão pagas a correspondentes bancários;

(IV) Das despesas entre empresas do mesmo grupo econômico;

(V) Das compensações de ofício realizadas pela Fiscalização;

(VI) Do Descabimento da multa de ofício de 75%;

Processo nº 16327.720700/2016-47
Acórdão n.º **1301-002.812**

S1-C3T1
Fl. 5.477

(VII) Da incidência de juros sobre a multa de ofício;

(VIII) Da impossibilidade de incidência de juros SELIC;

Recebi os presentes autos, por sorteio, em 04/07/2017.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto

A contribuinte foi cientificada do teor do acórdão da DRJ/BHE e intimada ao recolhimento dos débitos de IRPJ e de CSLL em 03/04/2017 (ciência abertura do documento à fl. 5.233), e apresentou em 02/05/2017, recurso voluntário, juntados às fls. 5.236/5.341, tempestivamente, portanto dele conheço.

PRELIMINAR

1 - Decadência da exigência fiscal: ágio formado no ano-calendário de 2008.

Em sede de preliminar, a Recorrente pugna pela impossibilidade do Fisco efetuar lançamentos sobre fatos pretéritos, já consumados em razão do decurso do prazo decadencial, uma vez que o ágio, como elemento contábil e societário, surgiu em operações ocorridas no ano-calendário de 2008.

No seu entender, numa fiscalização levada a efeito em 2016, 13/10/2016, a Autoridade Fiscal não poderia questionar os atos societários que deram origem ao ágio, na medida em que esse direito já teria decaído, somente a fatos geradores ocorridos a partir de 13/10/2011, nos termos do art. 150, §4º, do CTN.

Quando da análise da decadência envolvendo fatos pretéritos com repercussão futura, devemos observar o fato que está repercutindo, a fim de avaliar se o lançamento que está sendo efetuado implica alteração de resultado fiscal alcançado pela decadência.

No presente caso, o fato pretérito que está repercutindo no lançamento não é o resultado fiscal de período anterior, mas reorganização societária que a fiscalização imputou artificiosa e simulada, para produzir uma despesa dedutível. E o que está sendo objeto de lançamento não são os atos societários, eis que a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por seus agentes, não valida ou invalida atos societários, mas analisa sua repercussão frente à legislação tributária e exige os tributos porventura deles decorrentes.

Segue trecho do recente Acórdão nº 9101.002.387, proferido pela C. 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, de relatoria do I. Conselheiro Luís Flávio Neto, publicado em 14/09/2106:

Ocorre que o prazo de decadência em questão apenas começa a fluir a partir do momento em que o contribuinte realiza a amortização do ágio, pois somente a partir daí é possível cogitar inércia do fisco: a partir da dedução das despesas de ágio da base de cálculo do tributo, caso o fisco discorde, deverá lavrar AIIM para a glosa correspondente, o que não seria possível antes da efetiva amortização ter sido levada a termo pelo contribuinte.

Dessa forma, tendo em conta que o ágio apurado em 2008 só foi amortizado em 2011 e 2012, no presente caso, quando fez valer-se de sua condição de direito creditório, alterando a base de cálculo dos tributos e, assim, sendo passível de glosa pelo Fisco, entendo adequada a formalização da exigência em tela. Por conseguinte, REJEITO a preliminar de decadência arguida.

Outro ponto levantado, também trata da decadência de parte da glosa das deduções de despesas de comissão, referentes a pagamentos realizados em períodos anteriores a 13/10/2011.

Em sendo integrante do lucro real, base de cálculo do IRPJ, o seu fato gerador, conforme doutrina e jurisprudência pacíficas, se dá no dia 31/12 do ano calendário correspondente. Assim, o direito de a Fazenda Pública efetuar o respectivo lançamento referente ao ano-calendário de 2011 decairia somente após 31/12/2016, nos moldes do lançamento por homologação.

Dessa forma, em 13/10/2011, data do lançamento, não havia ainda se dado o decurso do prazo decadencial.

Assim, meu voto é no sentido de rejeitar esta preliminar suscitada.

MÉRITO

O auto de infração trata das glosas das seguintes despesas:

(i) Amortização do Ágio: Amortização fiscal do ágio pago a terceiros não relacionados e deduzidas pela Recorrente nos períodos de 2011 e 2012;

(ii) Comissões de Correspondentes Bancários: pagamento de comissões pela Recorrente a correspondentes bancários em períodos anteriores e amortizadas (deduzidas) no ano-calendário de 2011;

(iii) Serviços de tecnologia da informação (“TI”) e administrativos: dedução de despesas incorridas com serviços efetivamente prestados por empresas do mesmo grupo econômico; e

(iv) Aproveitamento Indevido de Prejuízos Fiscais: suposto aproveitamento indevido de prejuízos fiscais nos anos-calendário de 2012 a 2015.

1) Amortização de Ágio

Trata-se da glosa de despesas de amortizações de ágio, na apuração da base de cálculo do lucro real e da CSLL.

A Fiscalização entendeu que a real adquirente do investimento seria a sociedade estrangeira BNP Paribas, e que, portanto, as reorganizações societárias subsequentes não resultaram na efetiva confusão do investimento em participação societária adquirente/investidora com o patrimônio da sociedade adquirida/investida, tornado a dedução da amortização indedutível.

Que o Grupo tentou apenas transferir um direito, que seria originalmente do BNP Paribas para a Cetelem Holdings. E que ao fim, a amortização peita pela Cetelem seria

oriunda de reorganização interna, sem a intervenção de terceiro, e sem ônus financeiro, já que o dinheiro de aquisição permaneceria dentro do grupo empresarial, apenas circulando entre as empresas do próprio grupo.

A decisão recorrida, a seu turno, manteve o lançamento, entendendo que houve a ocorrência de uma sucessão de transferências de titularidade e reestruturações empresarias ditadas pela racionalidade administrativa das pessoas envolvidas sem que existisse semelhante tensão, pois tudo transcorreu não entre oponentes, mas entre parceiros, cujos objetivos são coincidentes e não opostos, por serem os mesmos de seu grupo econômico, dentro de um mesmo organismo empresarial.

Assim, passo ao relato de como ocorreram as operações societárias, que gerou o ágio objeto de análise da Fiscalização:

Grupo Cetelem no Brasil é uma subdivisão mundial do Grupo Francês BNP Paribas (Grupo BNPP), que atua no segmento de crédito ao consumidor, e iniciou tratativas para aquisição do Banco BGN S.A. (Banco BGN), instituição financeira Pernambucana com sólida carteira de crédito consignado, pertencente ao Grupo Queiroz Galvão, objetivando o rápido desenvolvimento e crescimento do mercado de consignados, sendo que no segundo semestre de 2007, as partes chegaram a um acordo comercial para a venda das ações da holding controladora do Banco BGN ao Grupo Cetelem.

Por termo assinado em 18/07/2007, o BNPP comprometeu-se em adquirir o Banco BGN (atual Banco Cetelem), através da permuta de ações da BNPP negociadas na bolsa de valores de Paris, com os controladores da BGN Participações, o que se consumou em 26/11/2008, através da aprovação dada pelo Banco Central, transferindo-se o controle societário do Banco BGN para o BNPP.

Ressalte-se aqui, que o fato de o BNPP ter pago o preço através de permuta com suas ações ocorreu de exigência negocial dos vendedores, que exigiram que o pagamento envolvesse ações do BNPP francês, para em seguida ser transferida para o Brasil, especificamente para o Grupo Cetelem, que dentro das atividades globais, tem como atividade restrita o crédito consignado.

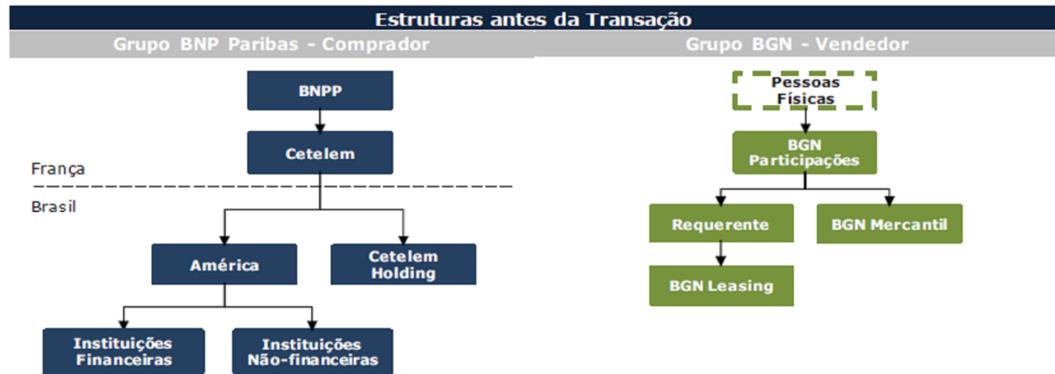
Assim, em fins de 2008, a Cetelem Holding adquiriu a participação societária na BGN Participações, pelo mesmo custo de aquisição anteriormente pago pelo Grupo BNPP, com o pagamento do preço em dinheiro.

Frise-se, aqui, que a Cetelem Holding era a efetiva adquirente da BGN Participações e tinha a intenção original de adquirir as ações em dinheiro, ela somente foi efetuada pelo BNPP francês em decorrência da exigência feita pelos vendedores, o que se confirma com o fato de logo em seguida, o caixa detido pelo Grupo Cetelem no Brasil foi utilizado para adquirir a referida participação societária do BNPP francês.

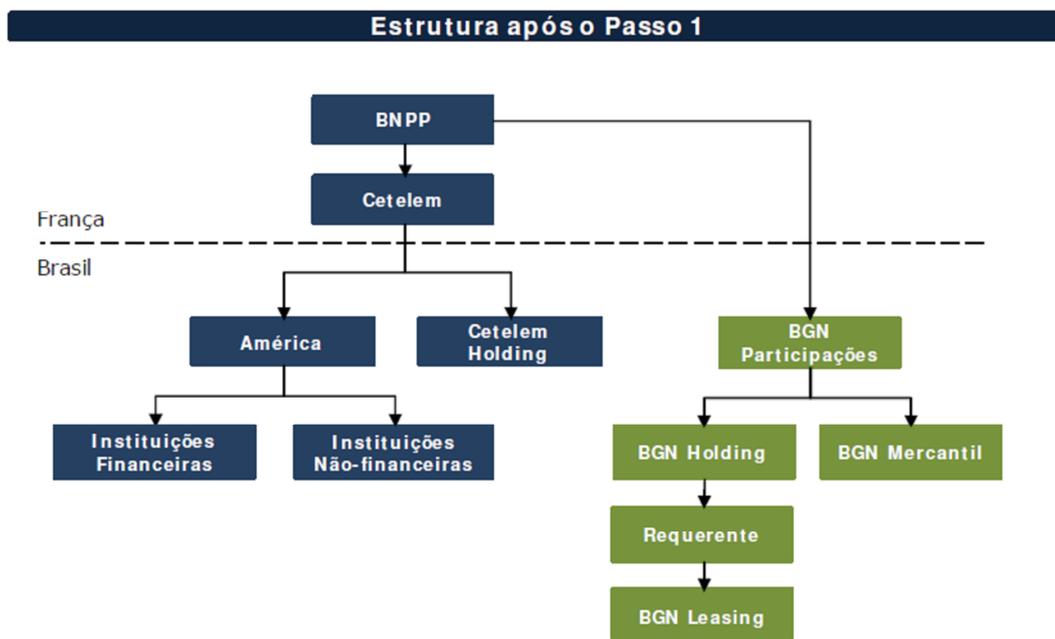
Após a aquisição, do BGN Participações, a Cetelem Holding passou a ser a controladora e a avaliar o investimento conforme o método de equivalência patrimonial. Posteriormente, ocorreu a incorporação da BGN Participações na Cetelem Holding e incorporação da Cetelem Holding no Banco BGN (ora Recorrente), que passou a amortizar o ágio fiscalmente.

Tudo isso ocorreu, conforme gráficos abaixo:

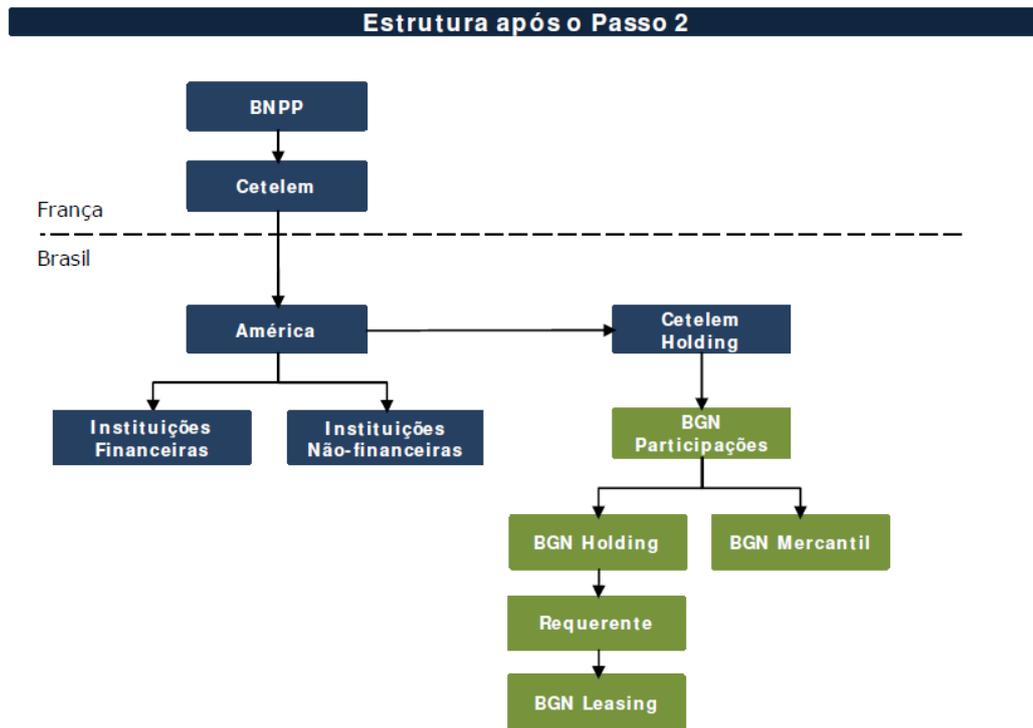
Estrutura anterior:



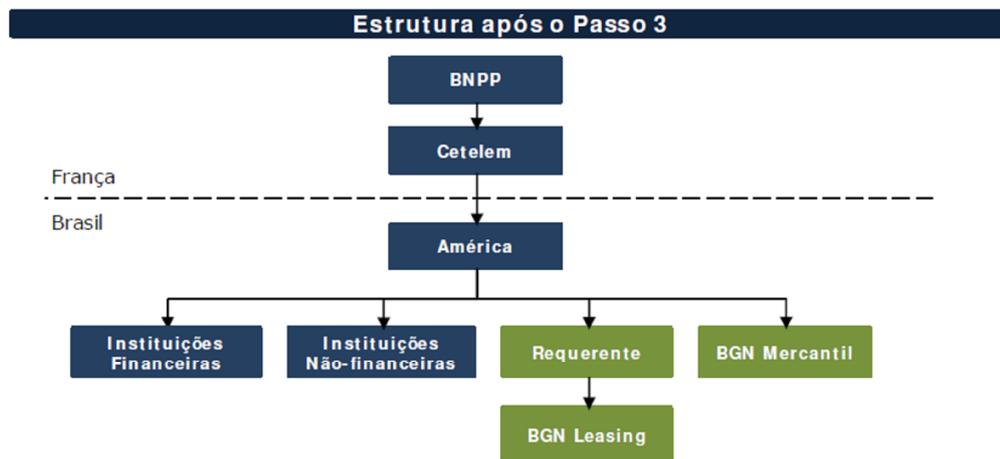
1) Aquisição das ações da BGN Participações pelo BNPP;



2) Aquisição das ações da BGN Participações pela Cetelem Holding;



3) Incorporação da BGN Participações pela Cetelem Holding e demais incorporações.



Segundo o TVF, as incorporações reversas realizadas no dia 22/02/2010 pelo Banco Cetelem das empresas BGN Holding e Cetelem Holding e que resultaram na contabilização pela Recorrente de uma ágio o valor de R\$813.812.625,41 e amortizado a 1/120 desde março de 2010 não seriam dedutíveis, no presente caso, nos anos de 2011 e 2012.

O TVF reconhece a origem do ágio, em razão da aquisição e incorporação pela Cetelem Holding da empresa BGN Participações, bem como que o alvo era o principal ativo dela, o Banco BGN, atual Banco Cetelem.

Entretanto, em razão do Contrato de Permuta de Ações assinado entre BNPP e os proprietários da BGN Participações, que realizou a permuta de ações com torna em

dinheiro, entendeu a Fiscalização, que as empresas Cetelem Holding e BGB Participações faziam parte do Grupo BNPP, logo o ágio foi gerado em operação econômica do mesmo grupo.

E que dessa forma, o BNPP foi a real investidora, e que para fruição do benefício da dedutibilidade da amortização do ágio a confusão patrimonial entre a empresa patrimonial da investida e investidora não ocorreu, e sim que a confusão patrimonial foi realizada com uma terceira empresa que não era de fato a real investidora.

O TVF descreve as contabilizações ocorridas em cada uma das empresas.

O impacto no lucro real e na base de cálculo da CSLL foi uma redução de R\$ 81.381.262,56 nos anos-calendário de 2011 e 2012, fruto da exclusão realizada pela conta extra-contábil (Lalur) 562.005 Reversão Provisão Amortização de Ágio, que encontra correspondência na conta contábil de receita 719909900014 - Reversão do Ágio de Incorporação.

Nos termos do art. 7º e 8º da Lei 9.532/97, a amortização do ágio é um benefício fiscal, expressamente previsto na legislação, que de início possuía foco nas privatizações, porém aplicável a qualquer pessoa jurídica que preencha as condições determinadas pela norma.

Bem como art. 385 do RIR/99, cuja base legal era o art. 20 Decreto-Lei 1.598/77:

“Artigo 385 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.

§ 1º- O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 2º- O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Assim, passemos aos requisitos necessários para fruição de tal benefício.

a) efetivo pagamento do valor da compra;

- b) operação realizada entre partes independentes e não relacionadas;
- c) baseado em documento que comprove a rentabilidade futura, no qual se baseou o ágio.

Da análise dos fatos, verifica-se que quando da originação do ágio, as partes eram independentes, de um lado o Grupo BNPP, de origem francesa, da qual faz parte a Cetelem, e de outra parte sócios do Grupo BGN (Grupo Queiroz Galvão), de origem brasileira. De tal forma, que em razão da verificação de sociedade estrangeira investindo diretamente em instituição financeira brasileira, houve a declaração de interesse nacional dessa participação. Bem como, foi apresentado ao Banco Central o requerimento para transferência do controle acionário. A aprovação do Bacen era condição para o fechamento da compra.

Ressalte-se, também, que foi condição imposta pelo Bacen a implementação de reorganização societária do Grupo BGN, de tal forma que as instituições financeiras (recorrente e BGN Leasing) passariam a ter seus respectivos controles acionários transferidos para sociedade nacional, cujo objeto social deveria ser exclusivamente o de deter esses investimentos (holding financeira). Fato que efetivamente ocorreu em final de 2008 (26/11/2008).

Dessa forma, as ações passaram para a sociedade nacional, através do Contrato de Compra e Venda com preço pago através de remessa de recursos financeiros e recolhimento de IOF (Doc 11 da Impugnação), em 11/12/2008, com Laudo de Avaliação Econômico-Financeira elaborado pela Ernst&Young, que justificou o valor pago utilizando-se do método de Preços Independentes Comparados ("PIC"), com o pagamento do mesmo preço pago pelo BNPP, de 01/12/2008. Bem como forneceu estimativa de valor justo de 100% do capital da BGN Participações, baseado na metodologia do Fluxo de Caixa Descontado.

Considerações Gerais

A Cetelem contratou a Ernst & Young Brasil para desenvolver a avaliação econômico-financeira da BGN Part com o intuito de auxiliar seus administradores no registro contábil (BR GAAP), conforme mencionado nas Instruções da CVM (Comissão de Valores Mobiliários) nº 247/96 (artigo 14 parágrafos 1 e 2) e nº 285/98 (artigos 1 e 2), e na classificação fiscal do eventual ágio gerado na aquisição de 100% do capital da BGN Part pela Cetelem, conforme mencionado na legislação fiscal artigo 385 do RIR (Regulamento do Imposto de Renda) Decreto 3.000/99.

Para atingir o objetivo do trabalho de avaliação econômico-financeira, foram aplicados procedimentos sempre baseados em fatos históricos, econômicos e de mercado vigentes. Os valores aqui apresentados são resultantes da análise de dados históricos (financeiros e gerenciais), além de projeções de eventos futuros, merecendo as seguintes considerações:

Baseados na metodologia do fluxo de caixa descontado (estimativa de valor com base na rentabilidade futura) e nas premissas detalhadas neste relatório, o valor justo da BGN Part, em 30 de junho de 2008, situa-se entre R\$ 986 milhões (novecentos e oitenta e seis milhões de Reais) e R\$ 1.107 milhões (Um bilhão e cento e sete milhões de Reais). Neste intervalo entende-se que o valor médio de R\$ 1.047 milhões (Um bilhão e quarenta e sete milhões de Reais) representa adequadamente o valor justo da BGN Part na data-base da avaliação.

A aquisição do investimento se deu em duas partes, uma pelo BNPP e depois pela Cetelem Participações, com valor efetivamente pago.

Ou seja, a operação aqui tratada versou de operação realizada entre partes independentes e não relacionadas, de uma lado Grupo Francês, que objetivou a aquisição do Grupo BGN.

A autuação pinçou uma parte do todo e entendeu num primeiro momento que as partes eram relacionadas, já que no momento em que ocorre a transferência do controle para sociedade nacional todas elas já pertenceriam ao mesmo grupo, agora Grupo BNPP.

E num segundo momento, quando diante disso, aduz como elemento essencial à dedução da amortização do ágio para fins fiscais seria necessária a confusão patrimonial entre a investida e o investidor **original**, afirmando que no caso deveria ocorrer a confusão entre BNPP e Banco BGN, quando na realidade, o que se viu foi a efetiva confusão patrimonial.

Ressaltamos que tanto a Cetelem Holding como a BGN Participações, nesta data, já pertenciam ao Grupo BNP Paribas, tanto que o Sr. Marc Campi assina o respectivo Contrato como representante das duas empresas.

A real investidora era o BNP Paribas e não a Cetelem Holdings, o Grupo Paribas tenta apenas transferir um direito, a dedutibilidade da amortização do ágio, que seria originalmente do BNP Paribas para a Cetelem Holdings.

A confusão patrimonial que ocorreu no presente caso foi aquela que juntou o patrimônio da real adquirente com o patrimônio da investida, ou seja daquela que teve o sacrifício econômico e dispendeu valores para a aquisição.

E a decisão recorrida que também se baseou num aspecto do todo, ao entender que a aquisição foi entre partes dependentes:

Este é exatamente o caso vertente: o que se viu aqui foi uma sucessão de transferências de titularidade e reestruturações empresariais ditadas pela racionalidade administrativa das pessoas jurídicas envolvidas, sem que existisse semelhante tensão, pois tudo transcorreu não entre *oponentes* (aqui, com o significado restrito de “*aqueles que têm interesses opostos*”), mas entre *parceiros*, cujos objetivos são *coincidentes* (e não opostos), por serem os mesmos de seu grupo econômico. Ou seja, depois que PNB PARIBAS entrou no domínio das ações de BGN PARTICIPAÇÕES, toda esta elaborada coreografia corporativa não passou de acertos e arranjos levados a efeito não entre o GRUPO PARIBAS e o mundo externo, mas no interior de um só e mesmo organismo empresarial.

No caso em discussão, há que se ver o todo, houve o pagamento efetivo de um ágio fundado em rentabilidade futura e celebrado entre partes independentes, assim, legítimo o ágio e sua dedução por aquela que investiu.

O que ocorreu de fato foi a transferência do investimento adquirido por entidade no exterior, para aquele que efetivamente tem o interesse na aquisição, que pagou o preço efetivamente pago originariamente. O objeto sempre foi o Banco BGN, com o BGN Leasing, que foi momentaneamente do Grupo BNPP de 26/11/2008 a 11/12/2008, em razão dos proprietários do BGN almejassem as ações do BNPP, e posteriormente, em razão das exigências regulatórias do BACEN.

Ressalte-se aqui, que meu entendimento, assim como desta Turma é de que ágio gerados internamente, dentro de mesmos grupos econômicos, não são passíveis de se beneficiarem da dedução fiscal de sua amortização. Não é o caso que aqui se verifica.

Mais uma vez, os requisitos que a lei determina, bem como aqueles trazidos pela Jurisprudência desse E. CARF foram atendidos.

A decisão recorrida menciona ainda legislações da CVM, que impedem o reconhecimento do ágio interno, porém, novamente, não é este o caso aqui discutido.

O Recorrente trouxe partes da decisão da DRJ no outro PA que a recorrente discute os mesmos fatos, porém relacionado ao ano-calendário de 2010, que entendi interessante destacar:

4.2 – PARTES INDEPENDENTES. PROPÓSITO NEGOCIAL. CPC 15. INTERPRETAÇÃO RETROATIVA.

*Como já abundantemente relatado, as operações aqui em voga foram realizadas essencialmente em função da aquisição do Banco BGN S.A pelo Grupo Cetelem no Brasil (representado pela Cetelem América), o qual é uma subdivisão mundial do Grupo francês BNP Paribas (Grupo BNPP). Tais operações se deram em duas etapas; a primeira, foi a aquisição das ações da BGN Participações pelo Grupo BNPP (contrato de 18.07.2007, sob condição suspensiva, cujo implemento se deu em 26.11.2008); a outra, **aquisição das ações da BGN Participações pelo Grupo Cetelem no Brasil (Cetelem América)**, por meio da Cetelem Holding Participações (contrato de permuta de ações de 11.12.2008 e aditivo de 19.12.2008).*

*Efetivamente não se pode negar que as partes envolvidas nas referidas operações eram independentes, cujas tratativas comerciais ocorreram num verdadeiro ambiente concorrencial. O fato de que na exata data da segunda operação, conforme contrato de compra e venda de ações pactuado entre Cetelem Holding Participações Ltda e BNP Paribas S.A, datado de 11.12.2008 (documentos de fls. 655 a 670 – **Doc. nº 10 e sua tradução juramentada, Doc. 11**), as duas empresas envolvidas pertenciam ao mesmo Grupo BNPP, não torna a operação, em si, como realizada intra-grupo, como quer a Fiscalização.*

(...)

4.4 – CONCLUSÃO

Em suma, no caso vertente, acerca dos requisitos legais necessários para amortização fiscal do ágio, evidencia-se:

- (a) existiu um investimento realizado pela investidora (Cetelem Participações Holding) na investida (BGN Participações, holding do Banco BGN); com ágio devidamente contabilizado nos termos da lei;*
- (b) o negócio foi pactuado entre partes não relacionadas e houve o efetivo pagamento;*
- (c) o fundamento econômico do ágio foi o da rentabilidade futura da investida;*
- (d) houve a confusão patrimonial entre a investidora e investida, uma vez que, no final das reorganizações societárias acontecidas, a investidora (Cetelem Holding Participações) foi incorporada pela investida (Banco BGN, atual Banco Cetelem);*
- (e) todavia, não houve a necessária confusão patrimonial entre a investidora originária (Cetelem América) e investida (Banco BGN, atual Banco Cetelem).*

Enfim, no caso concreto restou ausente uma das condições legais necessária para a amortização fiscal do ágio, notadamente, a confusão patrimonial entre a investidora originária e a investida.

Ou seja, nesse outro PA, a DRJ reconhece todos os requisitos, inclusive a confusão patrimonial, no entanto, não reconhece a confusão patrimonial entre a investidora originária, em que pese reconhecer que tal aquisição foi momentânea e para atender condição contratual.

Ou seja, verificou-se que a sociedade incorporadora, o lucro futuro (da rentabilidade futura) e o investimento objeto, gerador do ágio se misturam e se confundem, gerando a possibilidade de dedução da amortização daquele ágio.

Ressalte-se aqui, o que diz a norma nesse tópico, arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 que trata da confusão patrimonial:

“Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei 9.718, de 27/11/98)

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

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

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

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

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

Assim, de se cancelar as autuações deste tópico.

2) Despesas de Comissões de Correspondentes Bancários

Conforme o TVF, o contribuinte foi intimado a apresentar os contratos de prestação de serviços celebrados com algumas empresas e seus respectivos documentos e pagamentos, no entanto, não logrou comprovar todas as despesas incorridas.

O TVF elencou algumas das despesas que foram contabilizadas pela Recorrente, porém, em seu entender não estavam suficientemente comprovadas, não sendo portanto dedutíveis, e as glosou totalmente.

Uma parte delas trata das despesas de comissão com correspondentes bancários e não bancários ("Corbans").

Explica a Recorrente que após a aquisição do Banco BGN pelo Grupo Cetelem, teve intuito de alavancar-se no mercado de crédito consignado, onde sabe-se que o mercado é muito pulverizado, uma vez que tais créditos são limitados a 30% da renda do trabalhador, e dessa forma, o valor médio dos créditos concedidos são baixos, e com alto volume de empréstimos. E dessa forma, para melhor oferecer o serviço em todo o Brasil, e com autorização do BACEN, passaram a se utilizar de correspondentes bancários para a intermediação na realização de operações de crédito, independentemente, assim de agências bancárias ou escritórios de representação.

Dessa feita, verifica-se que o pagamento de comissão a correspondentes bancários está intimamente relacionado com a geração das receitas da recorrente, já que são justamente esses correspondentes quem oferecem os produtos e angariam os clientes.

Da análise dos contratos efetuados entre eles verifica-se como objeto a prestação de serviços de correspondente, especificamente, ainda, através de convênios com órgãos públicos:

1. O presente Contrato tem por objeto a prestação de serviços pela **CONTRATADA** e, quando aplicável, por suas filiais, para o desempenho dos seguintes serviços de correspondente, especialmente com o objetivo de aumentar as operações aos tomadores de crédito ("Clientes") do **BGN** nas seguintes modalidades ("Operações de Crédito"): (i) Empréstimo Consignado, através de Convênios firmados pelo **BGN** com Órgãos Públicos; (ii) Empréstimo Pessoal a pessoas físicas; (iii) Crédito Direto ao Consumidor para financiamento, a pessoas físicas, de vendas a prazo através dos estabelecimentos comerciais conveniados ao **BGN**, (iv) Arrendamento Mercantil e Financiamento de veículos na rede de lojas e concessionárias filiadas à **CONTRATADA**; bem como demais atividades de correspondentes previstas nas normas do Banco Central do Brasil, que venham a ser acordadas entre as partes.

E como remuneração por essa prestação, o contrato prevê, dentre outras:

5. REMUNERAÇÃO:

5.1. Pela prestação dos serviços objeto do presente Contrato, a **CONTRATADA** receberá, a título de remuneração sobre as operações efetivamente liberadas pelo **BGN**, os valores indicados na Tabela de Comissionamento/Financiamento vigente (anexo I). O pagamento será feito periodicamente, conforme definido em comum acordo entre as partes, através de DOC ou TED na conta corrente indicada pela **CONTRATADA**.

5.1.1. As porcentagens indicadas na Tabela de Comissionamento/Financiamento (Anexo I) poderão ser revistas, reduzidas ou aumentadas, mediante aviso prévio do **BGN** à **CONTRATADA**.

A remuneração somente seria devida aos correspondentes quando as operações por eles intermediadas resultassem na efetiva contratação e liberação de recursos pelo recorrente, em prol dos clientes.

Ressalte-se, aqui, que a Fiscalização não questionou a dedutibilidade por entender que a despesa não seria necessária à empresa e sim porque em seu entendimento os documentos juntados não comprovariam a despesa.

Importante aqui frisar o procedimento utilizado pelo recorrente. Essas despesas de comissão eram diferidas pelo prazo de cada contrato de crédito concedido.

Ou seja, na maioria dos casos, das despesas contabilizadas no ano de 2011, apenas uma parte se referia ao pagamento daquele ano, uma outra parte, conforme o ano em que o contrato foi realizado, poderia se referir a despesas reconhecidas naquele ano, porém já pagas em anos anteriores.

Explica a Recorrente, que uma análise global da carteira de empréstimos melhor se entende a dinâmica, como dispõe o CPC 00 - Estrutura Conceitual, optou por demonstrar a regularidade da apropriação da despesa de comissões através de um controle global da curva de amortização dos empréstimos concedidos no mês, o que reflete de forma fidedigna o reconhecimento das despesas de comissões de forma emparelhada ao reconhecimento das receitas de juros, em estrita observância ao regime de competência.

Juntou, assim, um conjunto de informações com as seguintes linhas, total de empréstimos concedidos de agosto de 2008 a Setembro de 2016, com a evolução da sua carteira, percentual remanescente da carteira, percentual efetivamente amortizado e diferido de comissões.

E dessa forma, o valor de dedução a que teria direito em 2011 seria de R\$70.744.726,55, entretanto, foi deduzido o montante de R\$59.147.247,68.

A norma do Banco Central prevê esse tratamento no registro de tais despesas, conforme Circular 1273/87 - Cosif:

Ademais, o fiscal entendeu que os contratos apresentados não explicavam como ocorriam tais diferimentos, nem quaisquer valores e percentuais incidentes de comissão, dessa forma, glosou a totalidade da despesa.

A decisão recorrida, por sua vez, entendeu de igual forma, já que diante da falta de efetividade das despesas de se manter o lançamento.

Talvez a questão do diferimento tenha dificultado o entendimento por parte da fiscalização, já que em muitos casos justificou a glosa pelo fato de justamente parte do que estava sendo deduzido se referia a pagamentos de anos anteriores:

Conforme informado pelo contribuinte, as seguintes empresas receberam pagamentos, no ano-calendário de 2011, do Banco Cetelem, antigo Banco BGN, no valor total de R\$ 73.296.006,00, porém apenas o valor de R\$ 24.014.768,26 foi contabilizado como despesa na conta 817630000016 - DESP.SERV.TEC.ESP-COMISSOES em 2011.

PRESTADOR DE SERVIÇO	COMISSÃO AC 2011	
	DESPESA CONTABILIZADA	VALOR PAGO
HRC Hunter Representacoes Tecnicas e Consultoria Ltda.	1.549.936,35	1.205.424,32
DWG Assessoria Financeira Ltda	1.981.657,62	5.575.124,99
Euro Life - Intermediação de Negócios Ltda.	1.339.960,24	2.002.826,31
Credflex Promotora e Serviços de Crédito Ltda.	2.991.072,51	7.934.648,97
Andreia Alano Carcavilla	1.408.498,42	13.677.777,54

Marcelo Assis da Silva intermediação Financeira EPP.	2.078.847,01	0,00
Amycredy Representação e Assessoria Ltda.	1.973.897,99	8.045.174,37
MTCRED Assessoria de Crédito e Cobrança Ltda. (Q P ASSESSORIA)	2.738.623,12	1.852.416,25
Opção Serviços de Pesquisas Cadastrais Ltda.	1.071.850,42	7.981.201,38
Aerocred Intermediação Financeira Ltda.	3.253.291,57	10.858.426,29
AJB Assessoria de Cobranças Ltda.	1.453.067,55	3.047.822,17
Joao Luis Fiorani - ME	437.569,07	2.738.987,68
MRS Consultoria e Intermediação de Negócios Ltda. ME	191.467,12	2.322.796,14
Elos I Prestadora de Serviços e Informações Cadastrais Ltda.	533.152,18	4.640.261,56
Milpar Participações Ltda.	1.011.877,09	1.423.118,03
	24.014.768,26	73.296.006,00

Conforme visto nas alíneas 4 a 18 do item 1.2 deste Termo, o contribuinte apresentou para cada empresa um contrato de prestação de serviços de correspondentes não bancários, a remuneração pelos serviços prestados era igual para todos os contratos e estava prevista no Anexo I, Tabela de Comissionamento/Financiamento.

De forma a embasar o já explicado anteriormente, trouxe desta feita o Recorrente, documento elaborado por empresa de auditoria, que novamente descreve como ocorrem os lançamentos contábeis desse tipo de despesa com comissões com correspondentes, e seu diferimento, bem como análise de verificação dos pagamentos e notas fiscais respectivas de todo o ano de 2011.

Relatou, o TVF, ainda, que o contribuinte deixou de apresentar a maior parte das notas fiscais, e algumas notas se referiam a bônus.

Outro ponto trazido pela Fiscalização foi também de que algumas das empresas não apresentaram declaração de imposto de renda e uma delas a Aerocred Intermediação Financeira Ltda, que recebeu R\$10.858.426,29 em 2011 foi considerada inapta por não ter sido localizada.

Porém em verificação no site da RFB a data dessa situação cadastral é 26/11/2013.

A questão da empresa prestadora do serviço não apresentar DIPJ não serve para infirmar a dedutibilidade, nesse caso, dever-se-ia fiscalizá-la, e não apenas o tomador do serviço, que o contratou de boa-fé.

Em alguns casos, a justificativa da Fiscalização foi que a descrição da nota fiscal ou documento apresentado para o pagamento ou registro era "bônus", e já que o contrato não previa nenhum pagamento de bônus, não se referia àquele contrato.

Nesse ponto, explica o recorrente que internamente tais comissões são conhecidas como "bônus", ou seja, quaisquer valores pagos aos terceiros, dentro do contexto de correspondente bancário, podendo variar conforme a produção de cada um e metas atingidas.

Entendo que da forma como foi apresentada, as despesas de comissão com correspondentes bancários são dedutíveis, e sua efetiva prestação é comprovada, pois caso o serviço não fosse prestado, não haveria a consignação do empréstimo e conseqüentemente não haveria receitas para a empresa.

Preenche todo os requisitos do art. 299 do RIR.

É certo que a Fiscalização poderia ter glosado parte das despesas, daquelas que a partir do procedimento adotado entendesse que não possuía notas fiscais, por exemplo, mas não a sua totalidade.

O diferimento de tais despesas também é consistente, gerando a despesa conforme a realização do contrato de empréstimo.

Dessa forma, voto no sentido de se afastar esse lançamento.

3) Despesas com serviços prestados por empresas do mesmo grupo econômico:

Outro item do lançamento se refere à glosa de despesas que a Recorrente possuía com serviços prestados por empresas do mesmo grupo, conforme abaixo:

Pelo que foi acima exposto combinado com o que foi descrito nas alíneas 1, 2 e 3 do item 1.2 deste Termo de Verificação, o valor pago de R\$ 86.073.537,89 será considerado como despesa sem prova do serviço prestado, e, portanto, adicionado para a apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

CONTA	DESCRIÇÃO	VALOR
817570000026	Serviços Prestados - BGN Mercantil	17.040.000,00
817630000006	Desp. Serv. Tec. Espec. -Serviços de TI	13.080.962,61
817630000007	Desp. Serv. Tec. Espec. -Serviços Administrativos	7.320.679,20
817630000061	Comissões BGN Mercantil	48.631.896,08
		86.073.537,89

No entendimento da Fiscalização, em que pese possuírem contratos e notas fiscais, não houve farta documentação probatória do serviço prestado, sugerindo a ocorrência de planejamento tributário e redução de pagamento de tributos pelo grupo econômico.

Explica a Recorrente que naquele ano fiscalizado, as operações no Brasil eram operacionalizadas pela Recorrente e pela Cetelem Brasil que concedia créditos por meio da emissão de cartões de crédito. Entretanto toda a estrutura administrativa era desenvolvida por outras três pessoas jurídicas:

a) Cetelem Serviços Ltda - prestava serviços de TI;

b) Cetelem Promotora de Negócios Ltda - prestava assessoria jurídica contábil, fiscal, marketing, compras e outros;

c) BGN Mercantil e Serviços Ltda - prestava serviços de correspondente bancário, cobrança extrajudicial de clientes inadimplentes e "call center".

Dessa forma, essas três empresas prestavam praticamente todos os serviços para as 2 empresas. A recorrente por sua vez, no ano de 2011 possuía apenas 78 funcionários. Posteriormente, essa estrutura começou a ser alterada, de tal forma que os funcionários da Cetelem Serviços e Promotora foram transferidos para a Cetelem Brasil, com incorporação da Promotora na Serviços em setembro de 2011, que passou a prestar os serviços de cobrança extrajudicial, e a Cetelem Brasil foi incorporada pela Recorrente, que também passou a ter o controle da BGN Mercantil.

Argumenta a Recorrente, ainda, que essa estrutura toda existia para servir as duas empresas, sem maiores formalismos relacionados a relatórios, mas fornece como exemplo o serviço administrativo de controladoria, que era efetivamente prestado, já que as demonstrações financeiras e declarações foram todas entregues, o que mostra a efetivação do serviço.

Os serviços de TI, prestados pela Cetelem Serviços, no caso em tela, eram praticamente exclusivos para o grupo econômico, e as receitas eram compostas, principalmente pelo faturamento dos serviços prestados, que correspondiam aos custos administrativos acrescidos dos respectivos impostos e encargos (relatório auditoria), conforme :

Faturamento por Cliente		
Cliente	Faturamento	Part.
FIDIC-NPL I	R\$ 209.754,26	0,66%
Cetelem Brasil	R\$ 17.447.944,14	54,63%
Banco BGN	R\$ 13.080.962,61	40,96%
Banco CSF	R\$ 1.200.000,00	3,76%
Total	R\$ 31.938.661,01	100,00%

Contrapondo a questão levantada pela Fiscalização de que houve o ensejo de planejamento tributário, a recorrente indica que pelo contrário, verificou-se significativa ineficiência fiscal para o grupo econômico, pois no caso, as empresas eram tributadas pelo lucro real e não pelo lucro presumido, caso houvesse planejamento, já que a instituição financeira poderia deduzir a 40% enquanto a receita seria tributada numa alíquota menor.

Sociedade	Regime Tributário	Receita de Prestação de Serviços	Resultado Tributável
Cetelem Serviços	Lucro Real	R\$ 36.634.115,05	- R\$ 7.654.810,10 (prejuízo)
Cetelem Promotora	Lucro Real	R\$ 50.116.530,82	R\$ 3.699.751,16 (lucro)
BGN Mercantil	Lucro Real	R\$ 65.775.638,25	-R\$ 509.715,09 (prejuízo)
Consolidado		R\$ 152.526.284,12	- R\$ 4.464.774,03 (prejuízo)

Ademais, a segregação das atividades ainda gerou o recolhimento de PIS e Cofins não-cumulativos e ISS, sobre uma receita bruta superior a R\$152 milhões.

Da mesma forma com a Promotora, que empregava na época mais de 800 funcionários (RAIS), com quatro filiais, trabalhando quase que exclusivamente para o grupo:

Faturamento por Cliente		
Cliente	Faturamento	Part.
ACE	R\$ 1.709.136,73	3,41%
BANCO BGN	R\$ 7.320.679,20	14,61%
CARDIF-GARANTIA	R\$ 1.510.361,71	3,01%
CARDIF-VIDA	R\$ 8.881.962,66	17,72%
Cetelem Brasil	R\$ 22.569.298,69	45,03%
CitiBank	R\$ 486.709,59	0,97%
CTB (IKÉ)	R\$ 1.083.697,36	2,16%
FIDIC-NPL I	R\$ 315.341,62	0,63%
ICATU	R\$ 2.287,66	0,00%
Regime Especial	R\$ 6.237.055,66	12,45%
Total	R\$ 50.116.530,88	100,00%

Assim como os relatórios da auditoria demonstram que o faturamento da empresa provinha de empresas ligadas e o valor dos serviços era determinado com base nos custos administrativos, acrescidos dos respectivos impostos e encargos. Demonstra, ainda, que a empresa arcou com despesa de pessoal de mais de R\$32,7 milhões e administrativas de R\$24,5 milhões. Juntou, ainda, outros documentos relacionados, por exemplo, ao Departamento Jurídico, que atuava nas ações da Recorrente, o que também comprova a efetiva prestação do serviço.

No que tange à BGN Mercantil, prestava serviços de *call center* e cobrança, com sede própria e distinta da Recorrente, também possuía quase 800 funcionários (conforme RAIS), e que trabalhavam quase que exclusivamente para o grupo, fato que a própria fiscalização constatou.

A DIPJ 2012 do BGN Mercantil informava que o mesmo prestou serviços no ano-calendário de 2011 no montante total de R\$ 65.775.638,25, ou seja, o Banco BGN foi praticamente o responsável por todo o faturamento do BGN Mercantil.

De igual maneira, o relatório da auditoria confirma as despesas com pessoal de R\$52,3 milhões e mais R\$4,5 milhões com despesas administrativas.

A Fiscalização, a seu turno, entendeu, da mesma forma que as despesas com terceiros, de que não estavam devidamente formalizadas com a prova da prestação efetiva dos serviços e glosou a totalidade das despesas.

Não houve questionamento acerca da necessidade de tais despesas, mas de falta de comprovação de que o serviço foi efetivamente prestado.

Esse tipo de organização societária já foi comum, em que segregavam algumas atividades em outras empresas do mesmo grupo, que lhe prestavam serviços, sem o intuito de planejamento tributário. Cobrando-se os custos e os impostos e encargos.

A recorrente apresentou os contratos de prestação de serviços e seus aditamentos, as notas fiscais, com a sua correta contabilização, o relatório de auditoria das três empresas demonstram que o serviço era prestado para empresas do grupo, com pessoas contratadas para tal. Ou seja, estamos tratando de empresas ativas e operacionais, que prestavam serviços necessários e usuais para a recorrente.

Assim, no meu entendimento, a prova da efetiva prestação do serviço ocorreu, devendo as exigências serem canceladas.

Ademais, da mesma forma que as despesas do item acima, caso algum item especificamente fosse não dedutível por tal razão poderia ter feito, mas não glosar a integralidade da despesa, subentendendo que havia planejamento tributário.

CONCLUSÃO

Diante de todo o acima exposto, voto por rejeitar a preliminar de decadência parcial e DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Amélia Wakako Morishita Yamamoto - Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Roberto Silva Junior - Redator designado

Malgrado o laborioso voto da ilustre Conselheira relatora, peço licença para divergir. O ponto central da divergência diz respeito à natureza e à dedutibilidade do ágio que a recorrente logrou deduzir da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

A situação que deu origem ao ágio foi assim descrita pela recorrente:

18. O rápido desenvolvimento do crédito consignado chamou a atenção da administração do Grupo BNPP, que notou a oportunidade de investir nesse segmento, evitando uma redução na sua base de clientes e permitindo a expansão das atividades no Brasil. Nesse contexto, a decisão estratégica adotada pela administração para inserção do Grupo BNPP nesse novo mercado de financiamento foi através da aquisição de instituição financeira já consolidada no setor.

19. Foi com esse objetivo que o Grupo Cetelem no Brasil iniciou tratativas para aquisição do Banco BGN S.A. ("Banco BGN" - antiga denominação da Recorrente), instituição financeira Pernambucana com sólida carteira de crédito consignado, pertencente ao Grupo Queiroz Galvão. No segundo semestre de 2007, as partes chegaram a um acordo comercial para a **venda das ações da holding controladora do Banco BGN para o Grupo Cetelem.**

20. Após a assinatura do contrato e obtenção das aprovações das autoridades competentes, **a participação societária na BGN Participações S.A.** ("BGN Participações"), holding **controladora do Banco BGN** (Recorrente), **foi transferida em permuta para o Grupo BNPP**, com pagamento do preço de aquisição em benefício dos antigos acionistas através da entrega de ações do BNPP negociadas na bolsa de valores de Paris. Trata-se de **transação realizada entre partes não relacionadas**, com o objetivo de expandir as atividades do Grupo Cetelem na área de crédito consignado.

21. Importante esclarecer que a operação de permuta com o preço de aquisição tendo sido inicialmente pago pelo BNPP francês decorre, única e exclusivamente, de exigência negocial dos vendedores que exigiram que a mecânica de pagamento do preço envolvesse ações do BNPP francês. Dessa forma, apenas com o intuito de viabilizar a aquisição pretendida, a operação teve que ser formalizada inicialmente a partir do BNPP francês, para em seguida ser transferida para o Brasil.

22. A respeito dessa questão específica, vale ressaltar que a atividade de crédito consignado às pessoas físicas, setor financeiro que o Grupo BNPP pretendia aumentar sua relevância com a aquisição do Banco BGN (Recorrente), é atividade restrita ao Grupo Cetelem em outros países, tendo sido o Grupo Cetelem que capitaneou a referida aquisição. Assim, as operações societárias que sucederam a aquisição tiveram como real motivação a transferência do novo setor financeiro então adquirido para o Grupo Cetelem no Brasil, bem como o custo econômico-financeiro para a sua aquisição.

23. Assim foi que, **no final do ano-calendário de 2008, a Cetelem Participações adquiriu a participação societária na BGN Participações** pelo

mesmo custo de aquisição anteriormente pago pelo Grupo BNPP, com o pagamento do preço em dinheiro. (fls. 5.243 e 5.244)

O trecho reproduzido dá notícia da existência de duas operações. A primeira é a aquisição do Banco BGN pelo Grupo Cetelem, negócio jurídico praticado entre partes independentes. A segunda operação, entretanto, ocorreu um ano depois e envolvia empresas do mesmo grupo, sujeitas, por conseguinte, à orientações emanadas do mesmo centro decisório. Trata-se da aquisição do BGN Participações pelo Grupo Cetelem. É nesta última operação (e não na primeira) que teve origem o ágio cuja dedutibilidade se discute no presente processo.

Tendo nascido de negócio jurídico celebrado entre empresas integrantes do mesmo grupo econômico, esse ágio é o que se convencionou chamar de *ágio interno*.

O *ágio interno*, não dedutível para fins de IRPJ e CSLL, decorre de negócio jurídico celebrado entre partes relacionadas. Existe vínculo entre as partes quando elas estejam submetidas a controle comum, ou quando uma delas se ache submissa à vontade da outra. Nessa hipótese, estarão ausentes as condições de mercado necessárias à livre formação do preço de alienação e de aquisição do investimento. Portanto, mesmo que não haja fraude, simulação ou conluio; mesmo que haja laudo indicando a expectativa de rentabilidade, o ágio não será suscetível de dedução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

A não dedutibilidade do *ágio interno* é ponto acerca do qual existe jurisprudência no CARF; jurisprudência que se consolida a cada dia pela reiteração sistemática de decisões no mesmo sentido, inclusive da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF.

Ágio é a diferença entre preço de aquisição de ações ou quotas de uma determinada empresa e o valor patrimonial desse ativo. Dessa definição sobressaem dois elementos: preço e valor patrimonial. O valor patrimonial decorre objetivamente de uma relação entre ações ou quotas de capital e o valor do patrimônio líquido. Já o preço é fixado pelas partes.

É na fixação do preço que reside a distinção mais visível entre as operações realizadas por partes independentes, e as realizadas por entidades empresariais que se encontram sob controle comum, ou quando uma delas se acha submissa à vontade da outra.

Em operações envolvendo partes independentes, comprador e vendedor têm posições antagônicas em relação ao preço. Enquanto o primeiro busca o menor preço possível, o segundo quer levá-lo a patamar mais alto. No que tange à fixação do preço, pode-se afirmar que as posições de vendedor e comprador são antagônicas. O ponto de equilíbrio entre essas duas forças é dado pelo mercado. As condições do mercado, ao final, é que fazem com que as partes se componham quanto ao preço.

Tal situação, entretanto, não ocorre quando o negócio é firmado entre partes vinculadas. A disputa em torno do preço desaparece, cedendo o passo a propósitos que transcendem o interesse das partes, para contemplar o interesse superior do grupo econômico. Prevalecerá o que convier ao grupo.

Uma operação de compra e venda envolvendo empresas do mesmo grupo não gera riqueza nova. Não há ganho, nem perda. Eventual *ganho* de uma parte é *perda* para outra e, dentro do grupo econômico, elas se anulam. Nesse sentido, a fixação de preço passa a ser um dado de menor relevância sob o aspecto econômico. Porém, do ponto de vista fiscal, a fixação

de preço da participação societária em montante superior ao patrimônio líquido tornar-se conveniente na medida em que o ágio daí resultante possa ser deduzido das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Nos negócios jurídicos de aquisição de quotas ou de ações envolvendo entidades vinculadas, a conveniência das partes se confunde com o objetivo do próprio grupo.

Se o ágio, nos negócios jurídicos envolvendo partes independentes, é uma consequência, é um elemento periférico, embora relevante; nas operações com partes vinculadas, ele muitas vezes é a própria razão de ser do negócio.

A teoria contábil repudia o *ágio interno* por falta de substância econômica. Seja para garantir a confiabilidade das demonstrações contábeis ou para proteger acionistas minoritários; seja para assegurar informações confiáveis ao investidor ou por qualquer outra razão, o fato é que a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, o Conselho Federal de Contabilidade - CFC, o Comitê de Pronunciamentos Contábeis - CPC rejeitam o *ágio interno*.

Se o *ágio interno* carece de substância econômica, pois criado arbitrariamente entre partes vinculadas, não pode esse mesmo ágio ser utilizado como dedução de IRPJ e CSLL. Nesse sentido, o CARF vem decidindo reiteradamente, como demonstram as ementas abaixo transcritas, na parte que diz respeito ao ponto aqui examinado:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

Deve ser mantida a glosa da despesa de amortização de ágio que foi gerado internamente ao grupo econômico, sem qualquer dispêndio, e transferido à pessoa jurídica que foi incorporada. (Acórdão nº 9101-002.388 da 1ª Turma da CSRF)

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Inadmissível a formação de ágio por meio de operações internas, sem a intervenção de partes independentes e sem o pagamento de preço. (Acórdão nº 9101-002.487 da 1ª Turma da CSRF)

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

Deve ser mantida a glosa da despesa de amortização de ágio que foi gerado internamente ao grupo econômico, sem qualquer dispêndio, e transferido à pessoa jurídica que foi incorporada. (Acórdão nº 9101-002.389 da 1ª Turma da CSRF)

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

Deve ser mantida a glosa da despesa de amortização de ágio que foi gerado internamente ao grupo econômico, sem qualquer dispêndio, e transferido à pessoa jurídica que foi incorporada. (Acórdão nº 9101-002.390 da 1ª Turma da CSRF)

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

Deve ser mantida a glosa da despesa de amortização de ágio que foi gerado internamente ao grupo econômico, sem dispêndio de recursos, e transferido à pessoa jurídica que foi incorporada. (Acórdão nº 9101-002.392 da 1ª Turma da CSRF)

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

Deve ser mantida a glosa da despesa de amortização de ágio que foi gerado internamente ao grupo econômico, sem qualquer dispêndio, e transferido à pessoa jurídica que foi incorporada. (Acórdão nº 9101-002.550 da 1ª Turma da CSRF)

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer a participação de uma pessoa jurídica investidora originária, que efetivamente tenha acreditado na "mais valia" do investimento e feito sacrifícios patrimoniais para sua aquisição.

Inexistentes tais sacrifícios, notadamente em razão do fato de alienante e adquirente integrarem o mesmo grupo econômico, evidencia-se a artificialidade da reorganização societária que, carecendo de propósito comercial e substrato econômico, não tem o condão de autorizar o aproveitamento tributário do ágio pretendido pela contribuinte. (Acórdão nº 9101-002.449 da 1ª Turma da CSRF)

ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. AMORTIZAÇÃO. ALCANCE.

Não é dedutível o pretenso ágio na aquisição de participação societária apurado no estrangeiro, em operação envolvendo pessoas jurídicas domiciliadas no exterior, mesmo que sem qualquer vinculação entre si, ainda mais quando, tanto o laudo de avaliação apresentado, quanto o lançamento fiscal se baseiam em ágio contabilizado mais de dois anos depois, oriundo de operações envolvendo empresas já pertencentes ao mesmo grupo econômico, domiciliadas no Brasil, caracterizando ágio interno. É correta, portanto, a glosa das exclusões não previstas na legislação da CSLL, e da redução do lucro tributável por despesa atribuída a ágio, mas que não se reveste das características necessárias para ser assim classificada. (Acórdão nº 9101-002.183 da 1ª Turma da CSRF)

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer a participação de uma pessoa jurídica investidora originária, que efetivamente tenha acreditado na "mais valia" do investimento e feito sacrifícios patrimoniais para sua aquisição.

Inexistentes tais sacrifícios, notadamente em razão do fato de alienante e adquirente integrarem o mesmo grupo econômico, evidencia-se a artificialidade da reorganização societária que, carecendo de propósito comercial e substrato econômico, não tem o condão de autorizar o aproveitamento tributário do ágio que pretendeu criar. (Acórdão nº 9101-002.427 da 1ª Turma da CSRF)

Ainda sobre o *ágio interno*, cumpre ressaltar que as orientações emanadas da CVM e do CFC, bem como os pronunciamentos técnicos do CPC que cuidam da matéria não conferiram ao *ágio interno* uma natureza que antes ele já não tivesse. A falta de substância econômica e todas as características desse tipo de *ágio* antecedem a tais orientações, bem como à própria legislação que instituiu as regras de convergência internacional. Nessa linha de raciocínio, é possível concluir que a vedação à dedutibilidade do *ágio interno*, presente no *caput* do art. 22 da Lei nº 12.973/2014, vem apenas reforçar o entendimento de que esse *ágio* carece, e sempre careceu, de substância econômica.

A ausência de substância econômica implica a ausência do próprio fundamento econômico. Quando o inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532/1997 autoriza a amortização do *ágio* fundado em rentabilidade futura, o dispositivo legal está a exigir um requisito (fundamento econômico) que o *ágio interno* não possui.

A falta de substância econômica faz o *ágio interno* indedutível tanto para o IRPJ, quanto para a CSLL. Em suma, por essas razões, é de ser mantido o lançamento na parte relativa à amortização do *ágio*.

Compensação de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL

A compensação de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa de CSLL é decorrência do lançamento de ofício, sendo favorável à recorrente porquanto reduziu o valor do crédito tributário exigido.

Ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade

No que tange à alegação de que a multa ultrapassaria os limites da razoabilidade e da proporcionalidade, a matéria não é passível de exame pelo CARF, pois implica, por vias transversas, o controle de constitucionalidade, o que é vedado de forma expressa a este órgão. Nesse sentido o art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

O mesmo entendimento está consolidado no enunciado da Súmula CARF nº 2:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Emprego da taxa Selic

Relativamente ao emprego da taxa Selic, a questão já está pacificada no âmbito do CARF, como se constata pelo enunciado da Súmula nº 4:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça - STJ também considera legítimo o emprego da taxa Selic para cálculo dos juros de mora, desde que haja previsão legal nesse sentido. Esse entendimento está consagrado na Súmula 523, abaixo reproduzida.

Súmula 523. A taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito de tributos estaduais deve corresponder à utilizada para cobrança do tributo pago em atraso, sendo legítima a incidência da taxa Selic, em ambas as hipóteses, quando prevista na legislação local, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.

Juros de mora sobre a multa

No que concerne à incidência de juros de mora sobre a multa aplicada em lançamento de ofício, peço licença para divergir do ilustre Conselheiro relator, malgrado seu brilhante voto.

A matéria já foi diversas vezes trazida à apreciação desta turma ordinária, que sistematicamente vem decidindo pela possibilidade da incidência de juros de mora sobre a chamada multa de ofício. Para tanto, o fundamento legal estaria no art. 61 da Lei nº 9.430/1996, e nos artigos 161 e 139 ambos do CTN. Nessa linha de interpretação, empresta-se um sentido amplo à expressão "*débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições*", constante do art. 61 da Lei nº 9.430, de forma a abarcar nessa categoria tanto o tributo propriamente dito, quanto a multa.

Também esse é o entendimento que tem prevalecido na Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF, do qual é exemplo o Acórdão nº 9101-003.369, cuja ementa, na parte relativa aos juros de mora, foi assim redigida:

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

As multas proporcionais aplicadas em lançamento de ofício, por descumprimento a mandamento legal que estabelece a determinação do valor de tributo administrado pela Receita Federal do Brasil a ser recolhido no prazo legal, estão inseridas na compreensão do § 3º do artigo 61 da Lei nº 9.430/1996, sendo, portanto, suscetíveis à incidência de juros de mora à taxa SELIC.

Sobressaem, no voto condutor da decisão, os seguintes fundamentos:

Assim, a expressão “os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal”, constante do *caput* do artigo 61 da Lei nº 9.430/1996, deve ser interpretada no sentido de compreender, para fins de incidência dos precitados juros moratórios, a diferença do tributo não recolhida até a data de seu vencimento, em razão de sua equivocada determinação, e a consequente multa aplicada mediante lançamento de ofício. Para tal empreitada exegética, é preciso considerar os artigos 113, § 1º; 139 e 161, *caput* e § 1º, do Código Tributário Nacional (CTN), *verbis*:

(...)

A teor dos artigos suprarreferidos:

a) o crédito tributário é uma decorrência da obrigação tributária principal (CTN, artigo 139);

b) essa obrigação tem por objeto o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária imposta como consequência do descumprimento do dever legal de

entregar ao Estado credor, no prazo legal, o valor integral do tributo, apurado em consonância com as normas legais (CTN, § 1º do artigo 113);

c) o crédito não integralmente pago no vencimento, de que trata o *caput* do artigo 161 do CTN, não se resume ao valor do tributo suprimido ao Erário, porquanto a infração consistente na supressão do tributo é fato gerador da multa proporcional a ser aplicada mediante lançamento de ofício. Portanto, o § 3º do artigo 161 do CTN abarca o valor do tributo suprimido e a multa a ser aplicada de ofício, em decorrência da supressão do tributo.

(...)

Do preceito acima invocado (art. 61 da Lei nº 9.430), destaca-se a incidência de juros de mora sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições. Facilmente se infere que as multas ora comentadas só nascem porque há tributo devido a ser exigido de ofício. Não houvesse tributo sonegado, não haveria multa proporcional a ser lançada de ofício. Essa deve ser a linha de raciocínio para o desvendamento do que se pode entender no âmbito da expressão “débitos decorrentes de tributos e contribuições.” (grifo do original)

Pelas razões acima referidas, as multas proporcionais aplicadas em lançamento de ofício, por descumprimento a mandamento legal que estabelece a determinação do valor de tributo administrado pela Receita Federal do Brasil a ser recolhido no prazo legal, estão inseridas na compreensão do § 3º do artigo 61 da Lei nº 9.430/1996, sendo, portanto, suscetíveis à incidência de juros de mora à taxa Selic.

Com esses fundamentos, indefere-se a pretensão da recorrente de impedir a exigência de juros de mora calculados sobre a multa de ofício.

CSLL

Os fundamentos de fato e de direito que levaram à glosa da amortização de ágio, deduzida da base de cálculo da CSLL, são os mesmos declinados pela autoridade fiscal para o IRPJ. Portanto, a solução a ser dada aqui é, em tudo, semelhante à adotada para aquele imposto.

Conclusão

Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Roberto Silva Junior