



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

Processo nº 16327.721168/2014-13
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1401-001.902 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de junho de 2017
Matéria IRPJ
Recorrente BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

DECADÊNCIA - DIREITO DE VERIFICAR VALORES

Os prazos de caducidade, como a decadência, visam consolidar situações jurídicas em benefício de uma pessoa em face da inércia de outra. Ora, se inexistente conduta a ser exigida da Fazenda Pública para que esta conteste operações societárias enquanto não repercutirem em fatos geradores tributários, não há que perecer o direito de verificação dessas ocorrências. A decadência pune a omissão. Se o Fisco não foi omissor, não há razão para o estabelecimento de prazos extintivos dos seus direitos. Por isso só consta, no Código Tributário Nacional, exclusivamente a decadência do direito de lançar, uma vez que não é imposto à Fazenda Pública o dever de acompanhar cada um dos itens patrimoniais capazes de refletir no valor futuro da tributação.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - QUITAÇÃO DO PREÇO

A quitação do preço na aquisição de participações societárias é condição para a amortização do ágio, mas não se restringe à entrega de pecúnia. A entrega de outras participações também cumpre tal requisito.

SUCESSÃO - DIREITO DE APROVEITAMENTO À AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

Há sucessão ao direito à amortização fiscal do ágio nas reorganizações societárias. Como regra geral, há sucessão universal de direitos e deveres nesses eventos. Evidentemente, essa regra não é absoluta, mas só pode ser afastada por expressa previsão legal, o que inexistente para o direito à amortização de ágio.

AMORTIZAÇÃO FISCAL DE ÁGIO JÁ AMORTIZADO CONTABILMENTE NA SUCEDIDA

A amortização do ágio contábil corresponde à recuperação do investimento (por equivalência patrimonial ou pelo recebimento de dividendos) e, portanto, não pode ser distribuído aos sócios a título de lucro. Amortiza-se o ágio contabilmente na mesma proporção do aumento do investimento por equivalência ou também pelo recebimento direto de dividendos. Tal amortização tem o propósito de neutralizar o resultado comercial para impedir a distribuição, via dividendos, de valor que não corresponde a um lucro efetivo. Só depois de integralmente amortizado é que o aumento do investimento tem como contrapartida um acréscimo no lucro e aí sim terá repercussão no resultado comercial e, dessa forma, na distribuição de resultado aos sócios. Ainda sim, esse aumento do resultado comercial, seja pela equivalência patrimonial, seja pelo recebimento de dividendos, é excluído do lucro real. Com a amortização do ágio contabilmente ou sem essa amortização, a equivalência patrimonial e a distribuição de dividendos não são tributados da mesma forma. Logo, a amortização contábil do ágio (e do deságio) não produz qualquer efeito fiscal.

DUPLICIDADE DE APROVEITAMENTO DA AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

Uma aquisição posterior de sociedade em cujo patrimônio há registro de ágio originado em operação de aquisição de uma terceira sociedade pode gerar um segundo ágio com valor composto pelo primeiro ágio; nada obstante, é o segundo e não o primeiro que não poderá ser amortizado na medida da duplicidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a alegação de decadência; por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa, Abel Nunes de Oliveira Neto e Luiz Augusto de Souza Gonçalves.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente.

(assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Guilherme Adolfo Dos Santos Mendes, Jose Roberto Adelino da Silva, Abel Nunes de Oliveira Neto, Livia de Carli Germano, Daniel Ribeiro Silva, Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa.

Relatório

Em relação às peças iniciais de acusação e defesa, sirvo-me do relatório da autoridade *a quo*:

Trata-se de autos de infração do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ (fls. 14471 a 14483) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 14489 a 14499), lavrados para formalização e exigência de crédito tributário no montante de R\$ 239.089.337,25 (valores principais, multas e juros).

2. De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (fls. 14430 a 14469), o lançamento decorreu de exclusão indevida de amortização de ágio na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

3. Apresentou-se impugnação, às fls. 14538 a 14638, contrapondo-se, em síntese, que:

3.1 – Não se poderia ter questionado a legalidade dos atos que originaram o direito de aproveitamento do ágio, porquanto teria decorrido “o prazo decadencial de cinco anos entre o fato que propiciou o surgimento do ágio em 2003 e a ciência, pelo impugnante, dos autos de infração em questão (26/11/2014)”.

3.2 – A essência do negócio realizado no presente caso corresponderia a uma “simples aquisição de investimento”, em que parte do pagamento teria sido feito em dinheiro, e parte em ações do Banco ABN Amro Real.

3.3 – A utilização de empresas veículos nas operações das quais teria resultado o direito de amortização do ágio fora necessária ante a impossibilidade legal de as instituições financeiras aumentarem o capital por meio de integralização de participação societária, conflitos com os acionistas minoritários do Banco Sudameris e a obrigatoriedade de o Banco ABN realizar a abertura de seu capital.

3.4 – A análise do conjunto das operações realizadas (descritas às fls. 14559 a 14574), das quais resultou o ágio, deixaria claras “a inexistência de planejamento tributário” e a “legítima aquisição de participação societária com ágio, fundamentado em expectativa de rentabilidade futura”.

3.5 – A Banca Intesa não se teria utilizado dos “benefícios” instituídos pelo art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, para não apurar ganho de capital tributável.

3.6 – O valor patrimonial do Banco ABN Amro recebido pela Banca Intesa, como parte do pagamento pela compra de 94,57% do capital social do Banco Sudameris teria sido correto, uma vez que seria incontroverso teria havido “uma aquisição entre partes independentes, mediante a definição de preço a valor de

mercado, pautado em laudo de avaliação fundamentado em expectativa de rentabilidade futura”.

3.6 – No caso em questão, estariam presentes o motivo, a finalidade e a congruência dos atos praticados, de maneira que não haveria falar em falta de propósito negocial.

3.7 – O ágio não teria decorrido de uma operação de integralização de capital, mas sim de um contrato de compra e venda. As etapas da operação em que ocorreram integralizações de capital teriam sido realizadas “apenas para viabilizar a dação em pagamento prevista no contrato de compra e venda” (vedação legal para o aumento de capital de instituições financeiras com bens e direitos e litígio com os acionistas minoritários).

3.8 – Não haveria previsão legal de que somente pode ser dedutível a parcela do ágio paga em dinheiro.

3.9 – O fundamento do ágio em questão estaria correto, porquanto decorreria de contrato de compra e venda, celebrado entre partes independentes e “com pagamento do preço estipulado, fundamentado em rentabilidade futura, em dinheiro e ações”. Mesmo que não se tratasse de uma compra e venda, o fundamento do ágio poderia ser expectativa de rentabilidade futura.

3.10 – Inexistiria vedação ao aproveitamento do ágio amortizado contabilmente antes da incorporação.

3.11 – Ao incorporar o Banco Sudameris, o Banco ABN teria passado a ter o direito à amortização do ágio por rentabilidade futura pago na aquisição do investimento; ao incorporar o Banco ABN, o impugnante, por sua vez, ter-lhe-ia sucedido nesse direito, por força do art. 227 da Lei nº 6.404, de 1976.

3.12 – Não teria havido aproveitamento em duplicidade de benefício fiscal de amortização de ágio (ágio na aquisição do Sudameris pelo ABN AMRO Real e ágio na aquisição do ABN AMRO Real pelo Santander).

3.13 – Por falta de previsão legal, as despesas de amortização de ágio não comporiam a base de cálculo da CSLL.

3.14 – O lançamento seria nulo, porquanto não preencheria “os requisitos de certeza e liquidez em conformidade com o artigo 142 do CTN”. Dever-se-ia sobrestar o presente julgamento até o desfecho dos processos relacionados no quadro da fl. 14635.

3.15 – A cobrança de juros sobre a multa seria ilegal.

Da decisão de primeiro grau

A decisão recorrida (fls. 15.057 a 15.083) manteve a exigência, conforme razões abaixo relatadas.

Quanto à alegação de decadência do direito de o fisco questionar atos societários que deram origem ao ágio, a autoridade entendeu que esse lapso extintivo tem seu termo de início com o fato gerador e diz respeito apenas à constituição do crédito tributário. Ademais, a impossibilidade de analisar tais atos só ocorreria se não houvesse crédito a ser lançado, conforme dispõe o art. 37 da Lei nº 9.430/96 e o artigo 264 do RIR/99.

Com relação à apreciação da questão do aproveitamento da amortização do ágio, os seguintes trechos apresentam as razões para o considerar interno e, desse modo, indedutível:

28. Depreende-se, o que de fato ocorreu foi uma substituição de participação societária, ou seja, a Intesa entregou as ações do Banco Sudameris ao Banco ABN Amro, no valor patrimonial de R\$ 976.988 mil, e recebeu ações novas de emissão deste, no valor patrimonial de R\$ 913.741 mil, cujos valores de mercado são equivalentes, como dito pela fiscalização, porquanto trata-se de operação em que partes independentes não almejam, de forma alguma, prejuízos, pois isso seria caso de gestão temerária.

29. É inelutável, houve articulação entre o ABN Amro e a Intesa para perpetração de planejamento tributário (abusivo), por meio da utilização de empresas veículos (Flinders e Serra do Selado) com o único objetivo de produzir ágio para fins de amortização fiscal pelo primeiro.

30. Nesse quadro, não há acordar com as razões da defesa que, como se verá logo abaixo, em nada desdizem as conclusões da fiscalização.

31. Não se pode dizer, a essência do negócio, com a utilização de empresas veículos e os diversos eventos formais em um mesmo dia trata-se de uma simples aquisição de investimento. E mesmo que fosse, o fato é que com efeito não houve pagamento pelo ágio no segundo fechamento da aquisição das ações do Banco Sudameris; seja em dinheiro, seja em ações. Como visto, o que de fato ocorreu foi uma permuta de ações.

Também sustenta a posição de que o ágio já amortizado contabilmente na empresa sucedida não poderia ser amortizado para fins fiscais. Para tal, dentre outros argumentos, faz referência a decisões do CARF no mesmo sentido.

Afastou ainda a razão apresentada pela defesa quanto à aplicação do art. 22, da Lei 12.973/2014, por se tratar de ágio já amortizado. Pelas mesmas razões, afastou a alegação de isonomia.

Aduziu ainda que o Banco ABN não teria direito, como sucessor do Banco Sudameris, à amortização do ágio, pois tal direito seria restrito àquela sociedade que fez parte das operações que originaram o ágio e da incorporação que possibilitaria a sua amortização fiscal. No entendimento da autoridade julgadora, o aproveitamento do ágio é um benefício fiscal e, como tal, deve ser interpretado restritivamente.

Com relação à questão do aproveitamento do ágio em duplicidade (interseção dos Laudos de Avaliação), vale reproduzir as palavras da própria decisão:

58. *Consoante Termo de Verificação Fiscal, a dedução do ágio em questão também seria indevida, porquanto haveria interseção entre o Laudo de Avaliação relativo à compra do Banco Sudameris pelo Banco ABN Amro, em 2003, que lhe deu fundamento, e o Laudo de Avaliação relativo à aquisição do Banco ABN Amro pelo Santander, em 2008, o que implicaria aproveitamento em duplicidade do ágio apurado em 2003.*

59. *Contrapôs-se na impugnação, não teria havido aproveitamento em duplicidade do benefício fiscal, “mas sim aproveitamento de ágios distintos, advindos de aquisições distintas, com pagamentos (em dinheiro ou bens – dação em pagamento) distintos”.*

60. *Não haveria previsão legal para baixar-se o ágio controlado no Lalur por determinada sociedade em virtude de sua aquisição e incorporação por terceira sociedade, que tenha pago ágio por rentabilidade futura.*

61. *Sendo assim, “por expressa disposição legal e em respeito ao princípio da legalidade estrita”, cada investimento adquirido com ágio deve ter o seu custo desdobrado, “independentemente desse ágio conter parcela de rentabilidade futura que fundamente um outro ágio pago e escriturado pela sociedade adquirida”.*

62. *Caso esse segundo ágio “venha a ser amortizado por ocasião da incorporação da sociedade investida, não se estará amortizando o mesmo ágio anteriormente contabilizado na sociedade investida, mas um novo ágio”.*

63. *No caso concreto, o Banco ABN Amro, ao adquirir as ações do Banco Sudameris com ágio, e depois incorporar este, teria passado a ter direito a amortizá-lo, direito este que teria sido transferido para o Banco Santander, por sucessão (incorporação do Banco ABN Amro).*

64. *O Banco Santander, por sua vez, ao incorporar as ações, “com pagamento de ágio por rentabilidade futura, e, posteriormente, o próprio Banco ABN”, teria passado a ter direito a amortizar “outro ágio”, pelo qual houve um segundo desembolso.*

65. *Seguindo o entendimento fiscal, “uma vez que a rentabilidade futura se refere não apenas ao período no qual o ágio é amortizado, mas também às ‘projeções de perpetuidade’”, apenas seria permitido o aproveitamento integral do benefício fiscal em duplicidade “caso a sociedade inicialmente beneficiada viesse a ser adquirida por uma terceira sociedade apenas após a amortização integral do primeiro ágio apurado”.*

66. *Sendo assim, o sobredito entendimento geraria uma “situação de quebra de isonomia entre contribuintes apenas por uma questão temporal”.*

67. *A fiscalização não teria comprovado a rentabilidade futura do Banco ABN sofrera influência do investimento adquirido da Banca Intesa.*

69. *Não há acordar com a defesa. Não obstante o intrincado jogo de argumentos, onde se repisa ter-se-ia direito à amortização do ágio, gerado em 2003, à conta de sucessão (Lei das S.A) e de que, hipoteticamente, ter-se-ia malferido o princípio da isonomia - assuntos já apreciados -, o certo é que não se trouxe nenhum argumento a infirmar as evidências levantadas pela fiscalização de que o referido ágio com efeito está inserido no ágio apurado pelo Banco Santander em virtude da compra do Banco ABN Amro, em 2009.*

70. *E essas evidências são muitas, como se vê do seguinte excerto do Termo de Verificação Fiscal:*

(...)

71. *Nesse passo, o ágio de 2003 com efeito deveria ter sido baixado da Parte “B” do Lalur, sem aproveitamento fiscal, como dito pela fiscalização; não implicando a atitude em ofensa ao princípio da legalidade, mas sim em procedimento adequado à não fruição de benefício fiscal em duplicidade.*

72. *Em suma, além de o ágio em questão³³ ter sido integralmente amortizado antes do início de seu aproveitamento fiscal por glosa da exclusão - não há certeza de sua formação quanto ao segundo fechamento da aquisição das ações do Banco Sudameris pelo Banco ABN Amro, ele está “embutido” no ágio decorrente da aquisição deste pelo Banco Santander e, ademais, não se perfizeram as condições dos arts. 385 e 386 do RIR, de 1999, autorizativas do seu aproveitamento. Inaudito!*

Com relação à contribuição social sobre o lucro, a DRJ aduziu que aplicam-se as mesmas regras de apuração do IRPJ, conforme art. 28 da Lei 9.430/96 e artigos 38, 44 e 75 da IN SRF 390/2004.

Quanto aos juros sobre multa, a DRJ aduziu que o questionamento é extemporâneo. De todo modo, apresentou razões para a incidência desse ônus com base no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.

Por fim, no tocante à alegação de falta de liquidez da exigência e ao pedido de sobrestamento do feito em razão de a autoridade fiscal não ter aproveitado prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas compensados de ofício noutros processos administrativos de lançamento, asseverou que não haveria previsão legal para tanto.

Do recurso voluntário

O sujeito passivo apresentou recurso voluntário, às fls. 15.090 a 15.215, por meio do qual reiterou as razões já apresentadas na impugnação (aliás, na sua maioria, de forma

literal) e aduziu ainda (i) a impossibilidade de exigência de multa em caso de dúvida e (ii) a impropriedade de se valer de decisões administrativas como fundamento para lavratura e manutenção de auto de infração.

Encerrou a defesa ao pedir: (i) o cancelamento integral da exigência e, subsidiariamente, (ii) o cancelamento da autuação de CSLL por falta de previsão legal, (iii) o cancelamento da multa por causa da dúvida e (iv) o cancelamento dos juros sobre a multa.

Das contra-razões

A Procuradoria da Fazenda Nacional, às fls. 15.268-15.300, apresentou contra-razões ao recurso voluntário nos termos que se seguem.

Discorre sobre a não aplicação do prazo extintivo da decadência para fins de aferição dos atos societários que deram origem ao ágio.

Quanto à indedutibilidade do ágio, discorre sobre as operações societárias ocorridas no grupo, para concluir que não houve ágio pago, mas sim troca de ações do Banco ABN Amro pelas do ações do Sudameris.

Contesta a possibilidade de amortização do ágio relativamente à parte já amortizada contabilmente por ocasião da incorporação. Nas suas palavras:

Assim, quando da incorporação do Banco ABN pelo recorrente, o saldo de ágio registrado na parte B do LALUR não poderia ter sido absorvido para posterior aproveitamento fiscal, e deveria, pois, ter sido baixado. Por óbvio, não se pode deduzir na contabilidade um ágio já amortizado anteriormente ao evento, e não há nenhuma autorização para que, na determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, possa ser “excluído” esse ágio já amortizado, por absoluta falta de dispositivo legal autorizativo.

Ademais, cita acórdãos do CARF que corroboram a sua posição.

Repisa ainda as considerações da autoridade fiscal e da julgadora de primeiro grau relativamente a "intersecção entre o Laudo de Avaliação do Banco Sudameris, apresentado para justificar o registro contábil do ágio, em 2003, e o Laudo de Avaliação relativo à aquisição do Banco ABN Amro Real pelo Santander, em 2008, o que implicaria aproveitamento em duplicidade do primeiro ágio".

Apresenta razões contra o postulado pelo contribuinte relativamente ao não aproveitamento de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas, já compensadas em procedimentos de ofício.

Com base no art. 33 do DL nº 1598/77, combinado com o art. 57 da Lei nº 8.981/95, aduz que as regras aplicáveis ao IRPJ são as mesmas que definem a tributação da CSLL relativamente ao ágio em razão das normas aplicáveis que determinam a neutralidade da amortização do ágio para fins tributários.

Por fim, assevera a incidência de juros sobre a multa de ofício com base no art. 161 do CTN e artigos 43 e 61 da Lei nº 9.430/96.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Relator

Decadência

A alegação de decadência do direito de a autoridade fiscal questionar operações ocorridas há mais de cinco anos da data do lançamento não merece prosperar. Em primeiro lugar, não há qualquer previsão legal nesse sentido.

Os prazos de decadência no direito tributário são matéria reservada à lei complementar por força do art. 146, III, "b" da Constituição Federal:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

*b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e **decadência tributários**; (nosso destaque)*

Tais prazos estão estabelecidos no Código Tributário Nacional nos art. 150, § 4º, e art. 173, o qual possui o status de lei complementar, e se referem ao direito de o Fisco constituir o crédito relativamente ao fato gerador. É esse direito demarcado pelo fato gerador, seja nos lançamentos por homologação, seja nas demais modalidades, que pode perecer. Não há um outro prazo extintivo. Não há um exercício "parcial" do direito de lançar, nem uma decadência parcial dessa atividade administrativa, ou seja, inexistem hipóteses em que a autoridade fiscal poderia lançar, mas não questionar os fatos e valores a que se referem esse lançamento.

E isso é evidente.

Os prazos de caducidade visam consolidar situações jurídicas em benefício de uma pessoa em face da inércia de outra. Ora, se inexistente conduta a ser exigida da Fazenda Pública para que conteste operações societárias, enquanto não repercutirem em fatos geradores tributários, não há que perecer o direito de verificação dessas ocorrências.

A decadência pune a inércia. Se não há inércia do Fisco, não há razão para o estabelecimento de prazos extintivos dos seus direitos. É por isso que nada consta no Código Tributário Nacional nesse sentido.

Ademais, para esparcar qualquer dúvida, o Decreto 3000/99, regulamento do imposto de renda, assim estabelece:

Art. 264. A pessoa jurídica é obrigada a conservar em ordem, enquanto não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, os livros, documentos e papéis relativos a sua atividade, ou que se refiram a atos ou operações que modifiquem ou possam vir a modificar sua situação patrimonial (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 4º).

(...)

§ 3º Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios (Lei nº 9.430, de 1996, art. 37).

Não há, pois, que se acolher a preliminar de decadência suscitada.

Mérito

Apesar de o recurso versar sobre a decisão da DRJ, não podemos perder de vista a acusação fiscal. É essa peça que conduz todo o processo de lançamento tributário. Pois bem, em síntese, são essas as razões para a autuação pela autoridade no seu termo:

- 1) As operações foram estruturadas sem motivação extratributária;
- 2) O primeiro ágio (pagamento em dinheiro) foi considerado legítimo, mas o último não (troca de ações) por falta de efetividade do pagamento. Essa última operação correspondeu a entrega de participações.
- 3) A autoridade fiscal contesta a apreciação de R\$ 1.662.910 mil relativamente a uma das participações no Banco Sudameris. Afirma que tal valor representaria 22,29% do capital social do Banco Real, mas a Intesa recebeu participações equivalentes a apenas 11,58%. O fator 1,82 acordado entre as partes seria arbitrário.
- 4) As empresas Flinders e Serra do Selado foram usadas como empresas-veículo com o único propósito de viabilizar a amortização de ágio.
- 5) A autoridade fiscal também destaca que a "engenharia" das operações foi realizada com o propósito de impedir a tributação de ganho de capital, o que não se coadunaria com a criação de um ágio.
- 6) Impossibilidade de exclusão de ágio já amortizado contabilmente, antes da operação de incorporação, fusão ou cisão, por falta de expressa previsão legal.
- 7) Inexistência de identidade de aquisições pretéritas: a pessoa que amortizou o ágio (Banco Santander) não corresponde àquela que participou das operações que supostamente daria direito a essa amortização (Banco Real).

Nesse processo, o primeiro ponto que me chama a atenção é o fato de realmente estar caracterizado o uso de empresas-veículo. Não tenho dúvidas disso. Pelo

desenrolar acelerado dos eventos societários, muitos dos quais realizados num único dia, não há justificativa extra-tributária plausível para a intercalação das empresas "Flinders" e "Serra do Selado", como assentaram a autoridade fiscal, o julgador de primeiro grau e a D. Procuradoria.

É só um conjunto mais sofisticado de operações societárias para tentar encobrir a utilização do velho e agora renovado modelo da "empresa-veículo". São intercaladas, não uma, mas duas empresas-veículo, sendo que uma por parte do comprador e outra pelo alienante.

Nada obstante, o uso dessas empresas para "economizar" tributo não pode ter sido o apontado pela autoridade fiscal. Não visou criar artificialmente um ágio, nem possibilitar ilicitamente a sua amortização.

Explico.

Com relação ao primeiro ponto, a troca de ações com os valores envolvidos poderia ter sido realizada sem a participação das sociedades-veículo. Elas não tiveram papel determinante para alcançar esse propósito.

Em relação ao segundo ponto, permitir a amortização, foi constatado pela própria autoridade fiscal que essa apropriação fiscal do ágio só se iniciou com a incorporação do Banco Sudameris (sociedade efetiva e materialmente adquirida) pelo Banco Real (efetivo adquirente). Abaixo, segue a transcrição da parte pertinente do termo de verificação fiscal:

O ágio de 2003 foi totalmente amortizado na contabilidade do Banco ABN AMRO Real até o ano de 2008, e o aproveitamento fiscal do ágio no Banco ABN AMRO Real se iniciou a partir de agosto de 2007, após a incorporação do Banco Sudameris. No Banco Santander, o aproveitamento fiscal do restante do ágio de 2003 se iniciou a partir de maio de 2009, após a incorporação do Banco ABN AMRO Real, até 2012, que é o objeto de contestação deste TVF.

Então, para que serviram as empresas-veículo?

Se não há qualquer razão extra-tributária que as justifique, se não visou realizar um planejamento dirigido à apropriação de despesas com a amortização de ágio, só restou uma possibilidade. Essas empresas foram utilizadas para burlar a tributação do ganho de capital. Aliás, isso é aventado pela própria autoridade fiscal e até com uma certa minúcia, apesar de sua análise não ter sido completa.

A operação, em essência, correspondeu a uma simples aquisição de participação no Sudameris pelo Banco Real da Banca Intesa. Se a Banca Intesa fosse uma sociedade nacional, não se aplicaria o diferimento da tributação do ganho prevista no art. 36 da Lei nº 10.637/02, na época em vigor. Nada obstante, a sociedade era estrangeira. Além da tributação integral do ganho e não só daquele obtido pela liquidação financeira, o adquirente nacional estaria obrigado a fazer a retenção do imposto de renda na fonte.

Note-se o que a própria autoridade fiscal consigna no Termo de Verificação parte dessa análise:

Ressalte-se que toda a operação foi orquestrada na vigência do art. 36 da Lei nº 10.637/02. Esse dispositivo legal concedia o benefício do diferimento da tributação sobre o ganho obtido apurado pela diferença entre o valor da integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica, de participação societária de titularidade da investidora que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta investidora, a seguir:

“Art. 36. Não será computada, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica, a parcela correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa jurídica. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido: (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - na alienação, liquidação ou baixa, a qualquer título, da participação subscrita, proporcionalmente ao montante realizado;(Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - proporcionalmente ao valor realizado, no período de apuração em que a pessoa jurídica para a qual a participação societária tenha sido transferida realizar o valor dessa participação, por alienação, liquidação, conferência de capital em outra pessoa jurídica, ou baixa a qualquer título.(Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 2º Não será considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação, observadas as condições do § 1º.(Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)”

Como se depreende do texto legal, o benefício do diferimento é aplicável somente às pessoas jurídicas com sede no Brasil e tributadas com base no lucro real. No caso de residentes no exterior (Intesa) não cabe esse diferimento.

No entanto, mais adiante conclui:

No presente caso, a Intesa não efetivou nenhum recolhimento do imposto por entender que toda a engenharia societária realizada no dia 24 de outubro de 2003 lhe deu cobertura suficiente para

demonstrar que não houve ganho de capital tributável. Isso, no entanto, não se coaduna com o ágio gerado no Banco ABN Amro, pois, é certo que se existe ágio de um lado, na contraparte existe um ganho de capital tributável.

Não foi isso bem isso, contudo. A estruturação não teve por finalidade propriamente descaracterizar o ganho, que realmente existiu e deveria ter sido tributado. O intento foi outro e mais sofisticado. Justamente por se tratar de uma sociedade estrangeira, não há como o Fisco Nacional dela exigir o ganho de capital. A exigência se faz, por responsabilidade tributária do adquirente, no caso, o Banco Real.

Foi para ocultar essa responsabilidade tributária do Banco Real que a operação foi engendrada. O ganho, olhando-se pelo aspecto meramente formal, ocorreu logo no primeiro evento descrito pela autoridade fiscal, qual seja, a subscrição feita pela Intesa na Serra do Selado já no valor de R\$ 2.189.665 mil.

A pretensão do esquema foi o de atribuir a responsabilidade pela retenção da tributação sobre o ganho nessa empresa-veículo, a qual serviu para a passagem da participação para o real adquirente, mas permanecendo com a responsabilidade tributária que seria, materialmente deste real adquirente, isto é, o Banco Real. Note-se que a Serra do Selado é patrimonialmente esvaziada e não é sucedida por ninguém. Assim, se sofresse uma autuação pela tributação na fonte, esse crédito tributário seria mais um dos que repousariam eternamente na Dívida Ativa da União, pois não haveria de quem cobrar.

Nada obstante, creio que a autoridade não errou propriamente a análise dos fatos. Seu trabalho é minucioso e bem feito. O fiscal não enveredou pela investigação do ganho de capital por motivos óbvios. Essa tributação já estava decaída por ocasião do procedimento de fiscalização, pois já haviam se passado 9 (nove) anos.

Dessa forma, deu enfoque na investigação relativa às operações para o ágio gerado e para o seu aproveitamento, pois eram as únicas "pontas" do esquema ainda passíveis de ser questionadas em face do prazo decadencial.

Ademais, lançou mão de diversas teses que, de fato, encontram ressonância na jurisprudência deste colegiado e sobre as quais analisaremos mais abaixo.

Seja como for, mesmo comprovando-se o uso de empresas-veículo, esta razão não sustenta a autuação, pois não tiveram o propósito de criar o ágio, nem de permitir a sua amortização.

Passamos, então, à análise das demais razões da acusação.

Ausência de pagamento

De fato, já está assentado, na jurisprudência do CARF, que o efetivo pagamento do custo da aquisição é condição necessária para o registro do ágio e, portanto, para a sua posterior aquisição. Cito o acórdão nº 1402-001.180, abaixo reproduzido:

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO EFETIVAMENTE PAGO NA AQUISIÇÃO SOCIETÁRIA. PREMISSAS. As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7º, inciso III, e 8º, da Lei 9.532 de 1997, são: i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; iii) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura. Nesse contexto não há espaço para a dedutibilidade do chamado “ágio de si mesma”, cuja amortização é vedada, haja vista que não encontra respaldo nas normas tributárias e fere um dos princípios básicos do IRPJ/CSLL, qual seja: a incidência sobre o lucro efetivamente auferido, sendo que no caso em questão essa prática ocorreu. Recurso Voluntário Provido em parte. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Acórdão nº 1402-001.180 da 4ª Câmara/2ª Turma Ordinária. Sessão de 10/12/2012.

Tal condição (o pagamento, ainda que haja transferência de valores) não se perfaz nas operações dentro de um mesmo grupo societário, ou seja, no chamado ágio interno, situação que não se caracterizou no presente feito.

Se as partes são independentes, o preço avençado e pago deve ser considerado para fins de aferição do custo de aquisição, mas "pago" deve ser entendido no sentido lato de "quitado" e não restritivamente como transferência de recursos financeiros.

A entrega de participações também atende ao critério do pagamento ou quitação. A jurisprudência do CARF não exige o pagamento necessariamente em espécie. Cito exemplificativamente, o recente acórdão 1402-002.323, de 04/10/2016:

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA JURÍDICA. POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO PARA FINS DE APURAÇÃO DO LUCRO REAL. A incorporação de ações é operação societária por intermédio da qual a totalidade das ações de emissão de uma sociedade anônima é incorporada ao patrimônio de outra companhia, convertendo aquela em subsidiária integral desta. O ágio absorvido pela controlada quando da incorporação da controladora considerar-se-á adquirido e, portanto, passível de amortização dedutível para fins do imposto de renda, desde que tal ágio esteja justificado por laudo de avaliação expedido por empresa especializada independente com base em rentabilidade futura.

PAGAMENTO DO ÁGIO NA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. COMPROVAÇÃO. PREÇO DE EMISSÃO DAS AÇÕES BASEADO EM LAUDO DE AVALIAÇÃO. É exatamente o preço de emissão das ações da incorporadora e sua transferência aos titulares das ações incorporadas que representa o pagamento do ágio na incorporação de ações. O preço de emissão deverá estar fundamentado em valor patrimonial, de mercado ou de rentabilidade futura. Na hipótese de ter sido aprovada em assembleia geral a emissão por preço de mercado ou de rentabilidade futura, a comprovação do pagamento somente é possível mediante a apresentação de laudo de avaliação destas ações elaborado por empresa especializada e independente.

Assim, a entrega das ações do Banco Real para fins de pagamento pela aquisição das ações do Banco Sudameris, por si só, não impede o reconhecimento do ágio e não há também óbices a se aceitar a relação de troca, pois realizada entre partes independentes.

A Banca Intesa aceitou receber por 2.794.400.228 ações do Banco Sudameris (2.739.987.839 ações ordinárias e 54.412.389 ações preferenciais), correspondentes a 71,82% do seu capital social, o montante de 211.916.668 ações novas de emissão do Banco Real.

Aqui, reiteramos, não há que se questionar essa relação de troca, pois foi realizada entre partes independentes. De um lado, o Grupo ABN aceitou receber 71,82% da participação no Banco Sudameris e entregar 11,58% de participação no Banco Real para a Banca Intesa; de outro lado, a Banca Intesa aceitou receber 11,58% de participação no Banco Real em troca de 71,82% da participação no Banco Sudameris. Esses montantes advieram do equilíbrio de vontades opostas: a da Banca Intensa de receber mais participações do Banco Real ou de ceder menos participações no Banco Sudameris e a do Grupo ABN de entregar menos participações no Banco Real ou de receber mais participações do Banco Sudameris. Essas forças opostas indicam montantes equitativos na relação de troca.

A única questão que merece ser perscrutada é o valor em moeda desses ativos, uma vez que não foram liquidados financeiramente. Para tal, porém, uma vez que a relação de troca foi estabelecida em condições concorrenciais, por partes com interesses opostos, basta aferir o valor de uma das participações envolvidas, pois a outra representará também este mesmo valor.

Desse modo, apesar de não constar um laudo de avaliação da participação no Banco Real, há a avaliação da participação no Banco Sudameris por ocasião da celebração do negócio, avaliação esta atestada pela própria autoridade fiscal no seu termo de verificação, em que faz referência ao laudo confeccionado pela Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda, que avaliou 100% das ações do Banco Sudameris no intervalo entre R\$ 2,27 a R\$ 2,43 bilhões. Assim, a atribuição do valor de R\$ 1.662.910.100,00 para 71,82% de participação no Banco Sudameris respeita esse intervalo (esse valor representa R\$ 2,31 bilhões para a participação total de 100%).

Também não podemos perder de vista que o Grupo ABN pagou em dinheiro o montante de R\$ 526.754.900,00 pela aquisição de 22,75%. Isso correspondeu a R\$ 23.154.061,54 para cada 1% de participação.

Esse valor é praticamente o mesmo que foi atribuído às participações objeto de permuta, pois o valor de R\$ 1.662.910.100,00 por 71,82% corresponde a R\$ 23.153.858,25 para cada 1% de participação.

Desse modo, considero que está comprovado o custo de aquisição do investimento e a integralidade do ágio.

Seguimos para os demais pontos acusatórios.

Não identidade entre a sociedade que aproveita o ágio e aquela que faz jus originariamente a esse direito

Em primeiro lugar, não vejo a amortização do ágio como um benefício fiscal. Os benefícios e incentivos fiscais são instrumentos legais adotados para estimular comportamentos dos seus destinatários (investir no Nordeste, por exemplo) ou para mitigar situações de hipossuficiência, como a tributação reduzida de idosos. Devem assim desempenhar função indutora ou distributiva, algo que não está presente na referida norma de aproveitamento da amortização do ágio. Afinal, não podemos considerar que o legislador teve por objetivo estimular a incorporação de empresas, nem que considerou hipossuficientes grandes grupos empresariais.

Essa regra deve ser considerada como estrutural da sistemática de aferição da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Nem todo elemento negativo de base de cálculo pode ser considerado como um benefício fiscal. Do contrário, como muitas vezes consta das peças da D. Procuradoria, todas as despesas deveriam sempre ser consideradas como um incentivo e, desse modo, sua regulamentação deveria ser interpretada literalmente. Todavia, se assim fosse, a sua dedução por completo poderia ser revogada, o que transmutaria o imposto sobre a renda em imposto sobre a receita, conceitos totalmente distintos como já julgado pelo STF.

Assim, a amortização do ágio não pode ser considerada um incentivo ou benefício fiscal e, por conseguinte, não deve ser interpretada restritivamente.

Todavia, mesmo que assim fosse considerada, a interpretação restritiva não conduz à impossibilidade de sucessão de benefícios fiscais. Como regra geral, há sucessão universal de direitos e deveres nas reorganizações societárias. Evidentemente, essa regra não é absoluta, mas só pode ser afastada por expressa previsão legal.

Foi o que ocorreu, por exemplo, com os prejuízos fiscais, que não puderam mais ser apropriados pela sociedade sucessora. Todavia, para tal, exigiu-se comando legal expresso (art. 33 do Decreto-Lei nº 2.341/87).

A autuação, assim, não se sustenta com o argumento de que a sociedade sucessora por incorporação da sociedade adquirente original e sobrevivente do evento societário, que possibilitou a amortização do ágio, não sucede também nesse direito.

Duplo aproveitamento de ágio e ágio já amortizado contabilmente pela empresa incorporadora que não participou das operações originais

Passamos agora a analisar a questão do duplo aproveitamento, também denominada pela autoridade fiscal por "intersecção de laudos".

Não concordo com o argumento apresentado pela autoridade fiscal, ratificado pela Delegacia de Julgamento e nas contra-razões da PFN, de que na rentabilidade futura que justifica o ágio relativo à aquisição do Banco Real pelo Banco Santander está embutida a rentabilidade futura atinente à aquisição do Banco Sudameris pelo Banco Real e que tal fato enseja o duplo aproveitamento de ágio.

Em primeiro lugar, uma vez que as rentabilidades futuras são aferidas em momentos distintos (aliás, bem distintos pois decorridos cinco anos entre eles), as condições do mercado e da própria empresa (ela pode ter expandido seu negócio, por exemplo) podem se alterar substancialmente. Ademais, como o valor da rentabilidade futura é trazido a valor presente, este número se altera pelo simples fato de se modificar a data de aferição.

Em segundo lugar, como tratar o caso do ágio já fiscalmente amortizado por ocasião da aquisição? Deveria ser glosado retroativamente só porque houve uma aquisição posterior? O ágio dessa aquisição posterior deveria ser considerado sem o ágio já amortizado na empresa adquirida?

Parece-nos evidente que as respostas devem ser negativas às indagações. E essas situações hipotéticas merecem ser comparadas com a do presente processo, porque, se o critério para identificar um duplo aproveitamento é a mesma rentabilidade futura, o período de amortização do ágio não permite a distinção entre as duas situações, as quais, portanto, deveriam ter tratamentos tributários iguais.

Todavia, há sim uma distinção entre os dois casos, mas por uma razão diversa da identidade entre rentabilidades futuras em que a autoridade fiscal sustentou a sua acusação.

Quando o ágio já foi amortizado fiscalmente, no valor pago na operação posterior não estará embutido um ganho tributário vindouro. Todavia, quando tal ágio ainda não foi amortizado fiscalmente, no preço a ser pago pelo adquirente estará incluído o valor do ágio; evidentemente, não o seu valor integral, mas sim o do ganho tributário dele decorrente e trazido a valor presente.

Ademais, se esse ágio já foi integralmente baixado na contabilidade, seu valor não estará refletido no patrimônio líquido da sociedade adquirida e, portanto, se refletirá integralmente no ágio pago pela adquirente.

Esse direito a uma amortização futura é, para a adquirente, um ativo que irá valorar por ocasião do oferecimento do preço, ativo este que não estará registrado na contabilidade comercial da adquirida e, portanto, não produzirá reflexos no seu patrimônio líquido.

Assim, esse ágio controlado apenas fiscalmente irá se refletir no novo ágio, ampliando-o. Daí, sim, podemos falar da possibilidade de um duplo aproveitamento. Nada obstante, esse duplo aproveitamento será parcial, pois não corresponderá ao valor do próprio ágio, mas apenas da redução tributária que ele proporcionará e trazida a valor presente.

Por essa razão, deveria ser, ao menos em parte, reconhecido o direito de amortização do ágio registrado na empresa adquirida, pois ele não aumenta no mesmo montante o ágio pela aquisição posterior.

Nada obstante, cremos que esta também não seja a solução adequada para a lide. O problema, ou seja, a possível indedutibilidade estará em parcela do ágio posterior, mas jamais no ágio original, cuja dedutibilidade não pode ser afetada por evento que lhe é posterior.

A despeito de posicionamentos do CARF a respeito da vedação de amortizar fiscalmente o ágio que já foi amortizado contabilmente, com a devida vênia àqueles que o adotam, não posso concordar também. Afinal, e se fosse o contrário? Se fosse deságio?

Bastaria ao contribuinte amortizar contabilmente o deságio, antes de promover a incorporação, para se livrar do dever de oferecer o valor à tributação, nos termos do art. 386, IV? Vejamos a redação do dispositivo:

Art. 386. 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 artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

(...)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.

Afinal de contas, o que vale para o ágio, num raciocínio a *contrario sensu*, reconhecido pela própria legislação, vale também para o deságio. Eles seguem lógicas equivalentes.

No caso, a amortização do ágio contábil, nada mais é do que a recuperação do investimento (por equivalência patrimonial ou pelo recebimento de dividendos), que não pode ser distribuído aos sócios a título de lucro.

Amortiza-se o ágio contabilmente na mesma proporção do aumento do investimento por equivalência ou também pelo recebimento direto de dividendos. Tal amortização tem o propósito de neutralizar o resultado comercial para impedir a distribuição, via dividendos, de valor que não corresponde a um lucro efetivo.

Só depois de integralmente amortizado é que o aumento do investimento tem como contrapartida um acréscimo no lucro e aí sim terá repercussão no resultado comercial e, dessa forma, na distribuição de resultado aos sócios. Ainda sim, esse aumento do resultado comercial, seja pela equivalência patrimonial, seja pelo recebimento de dividendos, é excluído do lucro real.

Ou seja, com amortização do ágio contabilmente ou sem essa amortização, a equivalência patrimonial e a distribuição de dividendos não são tributados da mesma forma. Logo, a amortização contábil do ágio (e do deságio) não produz qualquer efeito fiscal.

Por essas razões, divirjo da jurisprudência apresentada pela autoridade fiscal, pela autoridade julgadora de primeiro grau e pela D. Procuradoria sobre esse tema.

Conclusão

Voto, pois, por dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes

Processo nº 16327.721168/2014-13
Acórdão n.º **1401-001.902**

S1-C4T1
Fl. 15.318
