



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.721530/2012-94
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-006.483 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 07 de março de 2023
Recorrente BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)

Ano-calendário: 2007

ÁGIO. COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO. FIXAÇÃO DO PREÇO DAS AÇÕES A SEREM DADAS EM PAGAMENTO. LIBERDADE PLENA DAS PARTES PARA A SUA ESTIPULAÇÃO.

Numa relação negocial comutativa, envidada entre partes independentes, a fixação do preço das ações a serem dadas em pagamento para fins de aquisição de investimento com sobrepreço, enquanto pressuposto para a subsequente amortização das parcelas do predito ágio, é livre e obedece a critérios que melhor aprouverem às partes avençantes.

Dito assim, não havendo alegação de fraude ou simulação quanto a dação em pagamento propriamente, considera-se comprovada não só a quitação como o próprio sacrifício econômico respectivo, ainda que o valor contábil das ações dadas não seja coincidente com os das ações adquiridas, prevalecendo, pois, o valor fixado no contrato de compra e venda.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007

RECURSO QUE ATACA MATÉRIAS JÁ SUMULADAS. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece de recurso que ataca temas abordados pelo acórdão recorrido e cuja decisão adota entendimento já objeto de Sumula/CARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas em relação à matéria “efetiva comprovação do pagamento do ágio no caso concreto”. Votaram pelas conclusões os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. No mérito, por maioria de votos, acordam em dar-lhe provimento com retorno dos autos ao colegiado a quo para exame dos demais fundamentos da exigência, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto que votaram por negar-lhe provimento. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Edeli Pereira Bessa.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

Relatório

Cuida o feito de Recurso Especial manejado pelo Banco Santander S.A. em face do acórdão de nº 1402-002.452, proferido em 10 de abril de 2007, por meio do qual a 2ª Turma da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamentos, negou provimento ao apelo voluntário então interposto pela ora insurgente. O aludido aresto recebeu a ementa cujo teor reproduzo a seguir:

NEGÓCIO JURÍDICO. FATO CONTÁBIL PERMUTATIVO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. A ocorrência de negócio jurídico gerador de fato contábil meramente permutativo não caracteriza termo inicial de prazo decadencial.

FATOS. REPERCUSSÃO EM EXERCÍCIOS FUTUROS. O artigo 37, da Lei nº 9.430, de 1996, impõe que 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.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. INDEDUTIBILIDADE. É indedutível a amortização do ágio quando a correspondente operação não demonstrou haver efetiva existência de um custo na aquisição de participação societária. O custo é requisito essencial para a legitimidade do ágio que se pretende amortizar.

GLOSA DE DESPESA. LUCRO LÍQUIDO. No caso do ágio, a contabilização de despesas sem substrato econômico ou dispêndio financeiro implica inobservância do princípio contábil da entidade, devendo ensejar a glosa da despesa comprovadamente desnecessária no cálculo do lucro líquido da entidade, afetando, portanto, a base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

ESCRITURAÇÃO. FORÇA PROBANTE. A escrituração contábil mantida com observância das disposições legais somente faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados se forem comprovados por documentos hábeis e idôneos, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais.

DOCUMENTOS HÁBEIS E IDÔNEOS. Os documentos hábeis segundo sua natureza são aqueles que já contêm uma prova direta acerca do fato alegado cuja existência ali se materializa. Devem ter autenticidade, legitimidade e o seu conteúdo conduzir à convicção da efetiva ocorrência do fato, devendo, preferencialmente, serem subscritos por terceiros que tenham participado das respectivas operações.

LANÇAMENTO DECORRENTE. Decorrendo o lançamento da CSLL de infração constatada na autuação do IRPJ, e negado provimento à impugnação referente ao lançamento deste, nega-se também em relação à impugnação daquela, em virtude da relação de causa e efeito que os une.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento

A lide, em uma apertadíssima síntese, revolve a glosa de parcelas amortizadas de ágio verificado na aquisição, pelo então, ABN Amro (atual Santander) de investimento/participação societária no Banco Sudameris – no percentual de 71,87%. Como resultado, foram lançados créditos tributários relativos ao IRPJ e à CSLL, apurados quanto ao ano-calendário de 2007.

Notem que o Termo de Verificação Fiscal de e-fls. 4.299/4.323 foi substancial, embasando as suas críticas em diversos fundamentos os quais, mesmo que interconectados, puderam ser delimitados em, pelo menos, três grandes pontos (sem prejuízo de outras ponderações dali extraíveis):

- a) a realização de operações societárias sucessivas e em curto espaço de tempo, com o emprego de empresas veículo, sem um propósito econômico (acusa, neste passo, a D. Autoridade Fiscal, que tal reorganização teria o fito, exclusivo, tributário de transferir o respectivo ágio ao grupo ABN);
- b) a luz das informações extraídas do contrato de compra e venda, não haveria, aí, um critério válido para mensurar o sobrepreço pago;
- c) apenas parte do investimento foi adquirido em espécie; o restante teria sido “quitado” por meio de subscrição de ações realizada em decorrência do aumento de capital das empresas veículo e posterior troca de ações entre o investidor e a investida.

Para alcançar tais conclusões, foi apontado, no aludido TVF, que, para gerar o ágio, objeto da querela, o Banco ABN e o Banco Sudameris interpuseram duas empresas ditas veículo – i) a Serra do Selado, que, mediante aumento de capital e subscrição subsequente, realizados por sua controladora, Intesa (ou Banca Intesa, empresa estrangeira), passou a deter quase a totalidade das ações do Sudameris (subscrição esta feita por meio das ações detidas pela Intesa no Banco Sudameris); ii) e a empresa Flinders, criada pelo ABN e que, igualmente, teve o seu capital aumentado e subscrito pela autuada, desta feita em dinheiro. Com este recurso, a Flinders adquiriu a Serra do Selado.

Num outro evento, a própria Intesa subscreveu ações da Flinders mediante entrega das ações detidas na Serra do Selado, as quais, por sua vez, correspondiam a 71,82% das ações do Banco Sudameris. Por conta deste passo, o capital social da Flinders se subdividiu em 71,28%, de propriedade da Intesa, e 24,13%, detidos pela recorrente.

Após estas operações, a Recorrente incorporou a empresa Flinders, tendo, então, aumentado o seu capital social a fim de sobrevalorizar as ações de sua emissão que seriam entregues à empresa controladora do Banco Sudameris (Intesa), como forma de pagamento pela

aquisição de investimento que, em contrapartida, entregou as ações que possuía no Banco Sudameris (71,87% de propriedade da Flinders)

Ao fim, o Banco ABN incorporou a empresa Serra do Selado (que havia mudado seu nome para Sudameris-PAR S/A), gerando um ágio de R\$ 903.203.644,28 (correspondente àquela participação de 71,28%) e, em seguida, o próprio Sudameris, quando, então, passa a amortizar o sobrepreço acima referido. Nesta mesma operação, cancelou as ações que detinha na Flinders.

Notem que este aumento de capital, a subsequente subscrição e a própria “troca de ações” foram considerados, pela Autoridade Fiscal, como inaptos para demonstrar a efetiva aquisição do investimento e, mais importante, o seu próprio custo – com base em que, já seria possível glosar o ágio. Mas vejam que a construção feita no TVF revela diversos outros fatos que, mais que o problema da dação em pagamento, ou mesmo os aumentos de capital, foram determinantes para as conclusões a que chegou a D. Auditoria e que foram, inclusive, encampadas pelo acórdão recorrido.

Dentre tais, estão as críticas ao critério de valoração das ações emitidas pelo ABN, as quais tiveram seu custo majorado pelo índice de 1,82 previsto no contrato de compra e venda e que, afirmou-se, refletiria o valor de mercado das próprias ações do Banco Sudameris, apurado em laudos de rentabilidade futura. Ou seja, as novas ações emitidas pela Autuada foram avaliadas a partir do próprio custo de aquisição das ações da investida, o que, sob os olhos da Fiscalização, comprovaria a falta de sacrifício econômico, necessário, a seu ver, para legitimar a amortização do ágio aí identificado.

Ao fim, e como já dito, criticou a própria substância das operações societárias intentadas pelas partes contratantes e contratadas.

Vale destacar que as operações acima geraram dois ágios distintos; um primeiro atinente à aquisição de 11,58% do Banco Sudameris, observado no que o TVF chama de primeiro fechamento. Um segundo, já atinente à compra do já mencionado percentual de 71,82%, relativo ao segundo conjunto de que operações, e que exsurgiu da incorporação, pelo ABN, da empresa Flinders. Este segundo fechamento, ao fim, resultou na entrega de ações, pela autuada, à controladora do Banco Sudameris (Intesa). O caso dos autos, diga-se, se restringe apenas a este último ágio.

A insurgente opôs a sua impugnação, a qual foi rechaçada pela DRJ por meio da decisão acostada à e-fls. 4.654/4.672. A vista disso, interpôs o seu recurso voluntário que, como já descrito, foi improvido.

O Colegiado *a quo*, ao se debruçar sobre a querela, afirmou, primeiramente, que a discussão se centraria, apenas, “na análise do efetivo pagamento do ágio [...] pago por meio de aquisição/transferência de ações”. Em seguida, e textualmente, cravou que não se estava, então, “analisando [...] a legalidade de operações societárias com o pagamento ou incorporação de ações” mas, objetivamente, se “realmente ocorreu o sacrifício econômico” enquanto “requisito essencial para a amortização do ágio” (v. página 29 do acórdão, e-fl. 4.893).

E, neste ponto, o que afirmou o Colegiado *a quo* foi que, não obstante a controladora do Banco Sudameris ter subscrito, na empresa Serra do Selado, um valor de R\$

1.662.912.000,00, teria recebido da autuada, como contrapartida, apenas a importância correspondente a 11,58% do capital da investida, no importe de R\$ 913 milhões (desconsiderando-se, aí, o valor das próprias ações dadas em pagamento)

Posteriormente, a Turma recorrida apontou que a controladora do Banco Sudameris teria promovido sucessivos aumentos de capital novamente na Serra do Selado, na Flinders (já adquirida pelo ABN) e na própria recorrida.

A vista de tais constatações, restou consignado no decisum ora recorrido que “independentemente de ter ocorrido uma operação de compra e venda por meio de dação em pagamento de ações [...] ou uma operação de integralização de capital social, o que se pode extrair dos autos é que” não houve um efetivo sacrifício/custo na aquisição de participação societária, mormente porque as novas ações emitidas pelo ABN “que deveriam compor o ‘2º fechamento’, acabaram por voltar ao próprio Grupo”.

Para o aludido Colegiado, à míngua da verificação de custo propriamente suportado pela recorrente, as parcelas de amortização deste ágio seriam inapropriáveis para fins de apuração do IRPJ e da CSLL.

Vale chamar a atenção aqui, que o acórdão recorrido deixou consignado de forma expressa que não examinaria, ali, as questões atinentes à lisura das operações societárias intentadas, mormente a existência, ou não, de propósito negocial ou mesmo de substância econômica. E, quanto a CSLL, esta decisão também deixou de apreciar o argumento relativo à impossibilidade de sua glosa em face de uma pretensa ausência de previsão legal, já que, o que foi decidido quanto ao IRPJ, já seria suficiente para manter a exigência, dado inexistir o próprio ágio glosado.

A interessada tomou ciência do julgado acima em 18 de julho de 2017 (e-fl. 4.919), tendo, inicialmente, oposto embargos de declaração que foram rejeitados por meio da decisão de e-fls. 5.001/5.008.

Intimada do despacho de admissibilidade dos embargos em 26/09/2017 (e-fl. 5.013), a contribuinte interpôs, em 10/10/2017 (e-fl. 5.015), o seu Recurso Especial, por meio do qual aventou a ocorrência de dissídio jurisprudencial quanto a seis matérias, a saber:

- a) “da efetiva comprovação do pagamento do ágio no caso concreto”, trazendo como paradigma o acórdão de nº 1401.001.902;
- b) “da efetiva comprovação do pagamento do ágio mediante subscrição de ações”, cujos acórdãos a serem comparados foram os de nos 1401.001.902 (mesmo da matéria anterior) e 9101-001.657;
- c) a preclusão/decadência do direito do fisco de analisar fatos, como repercussão futura, ocorridos há mais de cinco anos, apontado como decisões divergentes as contidas nos acórdãos de nos 101-97.084 e 108-09.501;
- d) a impossibilidade de glosa das parcelas do ágio em relação à CSLL por falta de previsão legal para sua exclusão do lucro líquido, buscando demonstrar o dissídio entre o acórdão recorrido e os acórdãos de nos 1301-002.280 e 1103-00.630;

e) “da impossibilidade do lançamento de multas na hipótese de responsabilidade tributária por sucessão”, cujos paradigmas invocados foram os de nos 3401-00.237 e 202-19.436; e

f) ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa de ofício, tendo colacionado, como acórdãos a serem comparados, os de nos 9101000.722 e 3402-003.817.

Em novembro de 2017 foi proferido despacho de admissibilidade (e-fls. 5.383 e ss), em que a D. Presidência da 4ª Câmara decidiu por dar seguimento ao apelo apenas em relação aos temas descritos nos itens “a”, “b” e “d”, inadmitindo-o quanto ao restante.

A insurgente se socorreu, então, de agravo de instrumento quanto ao quê, a D. Presidência deste CARF, negou conhecimento quanto ao tema relativo à decadência (matéria tratada no item “c”, supra), rejeitou, liminarmente, o remédio quanto a questão dos juros sobre multa e afastou uma pretensão adicional da empresa deduzida no aludido agravo no sentido de que, uma vez conhecido o recurso especial quanto a um tema, todos os demais deveriam ser analisados (em conformidade, a seu sentir, com as disposições do art. 1.034 do Código de Processo Civil - CPC).

À e-fls. 5.471, a D. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional apresentou as suas contrarrazões em que, indo direto ao mérito, discute, primeiramente, o problema da decadência (matéria que não foi admitida). Passo seguinte, faz um pequeno esboço sobre as operações societárias examinadas no feito (e que já foram descritas no início deste relatório).

Discorreu, então, sobre os requisitos legais para a amortização do ágio (tanto os previstos pela Lei 9.532/97, como os constantes do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo, então vigente, Decreto 3.000) e, ainda, sobre aspectos teóricos acerca de sua interpretação (invocando, inclusive, as limitações propostas pelo art. 111 do Código Tributário Nacional). Tratou, também, da necessidade de haver substância econômica nos atos societários praticados.

Após o introito acima, a D. PGFN passou a demonstrar que, ao invés de sobrepreço, a recorrente teria, inclusive, suportado “*pequeno deságio*” porque, a priori, a própria insurgente teria afirmado que registrara, como custo de aquisição, o preço de mercado das ações do Banco Sudameris e não, propriamente, o valor concretamente dispendido. A Fazenda, inclusive, aqui, faz remissão às críticas fiscais já mencionadas linhas acima quanto a disparidade entre o valor das ações entregues pela Intesa e aquelas à ela revertidas pelo Banco ABN.

Reafirmou, pois, neste ponto, que o próprio ágio apurado inexistiu, por falta de comprovação do custo incorrido.

Atacou, outrossim, os argumentos concernentes à CSLL, para refutar a pretensão da insurgente neste ponto, e ainda aqueles relativos ao problema dos juros incidentes sobre a multa de ofício.

Cumprе, apenas, registrar que a D. PGFN não atacou a admissibilidade do recurso especial.

Este é o relatório.

Fl. 7 do Acórdão n.º 9101-006.483 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 16327.721530/2012-94

Voto

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, Relator.

I ADMISSIBILIDADE.

II.1 Requisitos gerais (extrínsecos).

O recurso é tempestivo, preenchendo, quanto ao mais, os pressupostos extrínsecos de admissibilidade (mormente quanto ao interesse recursal).

Outrossim, e quanto aos pressupostos previstos pelos artigos 67, §§ 1º, 6º e 8º, do anexo II do RICARF, também se vê o seu atendimento, já que a interessada trouxe, de fato, a íntegra dos preditos acórdãos e procedeu, de forma clara, à demonstração potencial da divergência acusada.

Quanto ao requisito preconizado pelo § 15 do aludido art. 67, no que tange à matéria de número 4 (item “d” tratado no relatório que precede este voto), o acórdão comparado de nº 1301-002.280 foi, de fato, reformado, contudo, após a data da interposição do apelo do contribuinte (v. acórdão desta CSRF de nº 9101-003.740).

Assim, e quanto aos pressupostos objetivos de admissibilidade, verifica-se o cabimento do apelo.

II.2 Dos requisitos intrínsecos e da Divergência.

Sabe-se que o remédio processual em testilha, como, aliás, todo e qualquer outro recurso (tanto no âmbito administrativo, como no pleno judicial) deve estar munido de eficácia e, mais, de utilidade. Assim, não adianta que a parte se insurja contra determinado argumento constante do aresto combatido se tal decisão se assenta em mais de um fundamento, cada qual suficiente, *per se*, para lhe subsidiar as conclusões.

Outrossim, e em especial no caso dos recursos de cognição restrita, como é o caso do Recurso Especial previsto pelo art. 67 do anexo II do RICARF, o apelo só pode se insurgir contra aquilo que foi, efetivamente, decidido pelo Colegiado *a quo*, ou, simplesmente, não haverá, em tal caso, o que ser comparado.

E, *a priori*, o caso dos autos conformaria uma das situações acima e que poderia obstaculizar o seu conhecimento, ao menos, em parte.

Vejamos.

II.2.1 Temas 2 e 4 deduzidos no Recurso Especial e admitidos pela 4ª Câmara desta 1ª Seção.

Consoante já foi exposto no relato por mim elaborado, a insurgente suscita a divergência jurisprudencial sobre três temas, chamando-me a atenção, em princípio, aquele concernente à comprovação da quitação do ágio mediante subscrição de ações e, ainda, o

respeitante à CSLL (ilegalidade da glosa das parcelas amortizadas ante inexistência de previsão legal atinente a esta contribuição).

Particularmente quanto ao problema da subscrição de ações como forma de comprovação da quitação, com sobrepreço, do investimento, a Recorrente afirma, em suas razões de insurgência, que o acórdão recorrido teria negado a “*legitimidade*” desta modalidade de negócio societário para “*o pagamento do ágio*”. Só que, vejam bem, as críticas atinentes à dação em pagamento, mediante entrega de ações, e a própria subscrição das novas ações emitidas por ocasião do aumento de capital, foram aventadas, apenas, pela D. Autoridade Fiscal. O acórdão recorrido, ao revés, inclusive admite como correta a tese da contribuinte, deixando claro que a eficácia destas operações para os fins dos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97 não seriam, sequer, objeto de análise por aquele aresto:

Na hipótese de **se entender que a aquisição de participação societária**, feita por meio de transferências de ações entre as empresas participantes das operações, **não gerou sacrifício econômico ou financeiro, o ágio não poderia ser amortizado** da apuração do lucro real para fins de IRPJ.

Para isso, será necessário analisar as operações societárias que criaram o ágio e verificar se ocorreu dispêndio/sacrifício econômico ou financeiro, um dos principais requisitos para o benefício de amortização do ágio, previsto nos artigos 385 e 386 do RIR/99.

Vejam, D. Julgadores, **não estamos analisando nos autos a legalidade de operações societárias com pagamento ou incorporação de ações, ou se tal método é ou não permitido por lei**; o que devemos verificar nos autos é se realmente ocorreu o sacrifício econômico, como requisito essencial para a amortização do ágio (página 29 do acórdão ora combatido).

E, mais adiante, o aludido Colegiado cravou, mais uma vez que, mesmo que se considere ocorrida uma operação de compra e venda por meio da entrega de ações ou, ainda, de subscrição de novos títulos representativos da participação societária, não haveria, para aquela Turma, uma efetiva prova do sacrifício econômico (tema, inclusive, da primeira matéria tratada pelo Recurso Especial).

Esta matéria, frise-se, não foi objeto de decisão pelo Colegiado *a quo*, que não se socorreu dela como premissa para as conclusões então adotadas. A recorrente, se insurge, aqui, quanto a algo que não foi, em momento algum, apontado como causa de decidir.

A par disso, fica clara a inocorrência de qualquer dissídio porque, como dito, a Instância *a quo* não refuta a possibilidade de implementar a aquisição de investimento pelas aludidas modalidades de negócio... **um dos problemas**, ali identificado, foi, como explicitamente exposto nos trechos acima reproduzidos, a falta de demonstração de um sacrifício econômico, mormente porque, nas palavras do Relator daquele aresto as “*ações novas de emissão do grupo ABN Amro que deveriam compor o “2º Fechamento”, acabaram por voltar ao próprio Grupo, conforme Cláusula 3.2 do Contrato de Compra e Venda (pagina 34)*”.

De outro turno, e no que toca à 4ª matéria admitida, o dissídio também não se estabelece. Isto porque o motivo alegado pelo aresto combatido para a manutenção da glosa foi, tão só, a própria inexistência do ágio. Alias, e tal qual já alertado alhures, o acórdão recorrido

deixou explicitamente claro que não enfrentaria esta discussão, uma vez que prejudicada pelo que foi constatado em relação ao próprio IRPJ:

Assim, com relação à CSLL, entendo que devem se aplicar as mesmas conclusões em relação ao IRPJ, na medida em que não tendo sido comprovado o fundamento econômico e fiscal (pagamento) do ágio, resta prejudicado o seu reconhecimento contábil e suas conseqüências no próprio resultado líquido, **de sorte que é desnecessária a discussão quanto à existência ou não de previsão legal que determine a realização de ajustes, mediante adição, à sua base de cálculo** (página 42).

Poder-se-ia sustentar que o contribuinte manejou os competentes embargos para, precisamente, prequestionar esta matéria e, assim, a luz dos preceitos do art. 1.025 do Código de Processo Civil, viabilizar o conhecimento (admissibilidade, como preferem meus pares) do seu apelo.

Todavia, os declaratórios opostos se cingiram a discutir uma pretensa falta de fundamentação, alegadamente depreendida do *decisum* recorrido, nada se referindo quanto a uma eventual necessidade daquele Colegiado se debruçar, especificamente, sobre o tema.

Demais a mais, as matérias trazidas no bojo dos embargos somente serão consideradas integrantes do acórdão recorrido “*caso o tribunal superior entenda existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade*”. Em outras palavras, para que se considere prequestionada determinada questão, ainda é imperioso que a interessada aponte e demonstre, no seu Recurso Especial, a existência efetiva da omissão, obscuridade ou contradição, algo que não foi feito no caso vertente.

Tais matérias, portanto, não devem ser conhecidas.

Cumprе registrar, todavia, que, no que toca à CSLL, prevaleceram as conclusões externadas pela D. Conselheira Edeli, cuja declaração de voto se encontra reproduzida ao final deste acórdão.

II.2.2 Dos temas 3 e 6 – decadência quanto ao direito de questionar as operações que dão causa ao ágio e ilegalidade de juros sobre multa.

Quanto a estes temas, o não conhecimento se impõe dado que o acórdão recorrido, neste ponto, adotou entendimento que se perfilha à questão que já é objeto de Sumulas deste CARF, a saber, a de nº 108, quanto aos juros sobre multa, e a nº 113, relativa à responsabilidade pela multas.

Assim, quanto a estas matérias, o recurso também não merece seguimento.

II.2.3 Tema 1 – admissibilidade demonstrada.

Preferi analisar a admissibilidade do apelo quanto a este tema por último seja porque ele é prejudicial às demais matérias, seja porque, este exame é, por certo, um pouco mais complexo.

De fato, quando considerada a questão de forma individual, vê-se, claramente, que o acórdão recorrido e a decisão paradigmática se debruçaram sobre o mesmo auto de infração e a abordaram a partir das mesmas premissas fáticas e jurídicas, alcançando, todavia, conclusões diametralmente opostas. Isto é, quanto a matéria “*da efetiva comprovação do pagamento do ágio no caso concreto*” o dissídio é evidente, sendo, inclusive, despiciendo expor, aqui, os pressupostos que venho adotando para atestar a ocorrência ou não deste requisito específico.

O problema, todavia, não está centrado neste pressuposto, mas, objetivamente, no fato de que se poderia sustentar que o acórdão recorrido teria adotado mais de um fundamento para acusar a indedutibilidade do ágio. E isto seria depreendido do aresto combatido, na página 38 daquela decisão, inclusive reproduzido pela própria Recorrente no corpo de seu apelo:

Verifica-se, pois, que ao analisar os fatos ocorridos em ambos os processos análogos, além de restar demonstrado que a Recorrente não teve sacrifício econômico, **não ficou comprovado o fundamento econômico que determinou a fixação do preço das ações equivalente ao coeficiente combinado entre as partes, no contrato de compra e venda, no importe de 1,82 vezes o valor patrimonial.**

É verdade que, no recurso voluntário, esta questão afeita ao índice acima tratado foi, diretamente, atacada, mas, no recurso especial, ela é apenas tangenciada em planilha comparativa em que se reproduz as razões deduzidas no apelo apresentado em primeira instância.

Ante o “princípio” do formalismo moderado, seria razoável admitir as razões contidas na aludida planilha como fundamentos da própria insurgência. Só que, diga-se, o acórdão paradigma não se debruça de forma tão explícita sobre o problema do fundamento econômico utilizado para atestar a coerência do índice acima referenciado o que teria, *ab initio*, causado dúvidas sobre se este fundamento, de fato, teria sido objeto de ataque, quiçá, pelo acórdão comparado. Confira-se:

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%).

A decisão paradigmática realmente nada diz sobre o aludido índice. Mas o racional por traz da argumentação acima, em certa medida, refuta a conclusão contida no acórdão recorrido, que sustentara a inexistência de elementos ou mesmo alegações suficientes para justificar o emprego do índice de 1,82, a ser multiplicado pelo valor do patrimônio líquido da recorrente.

Ao fim e ao cabo, o que disseram os julgadores da 1ª Turma da 3ª Câmara, mesmo sem sequer se reportar ao contrato de compra e venda, é que o índice utilizado teria sido refletido no laudo de avaliação lavrado para justificar a mais valia prefixada para viabilizar a aquisição, pela Recorrente, da participação societária do Banco Sudameris.

Para o acórdão paradigma, portanto, haveria uma coerência entre o valor atribuído para o percentual de 71,82% da participação a ser transferida ao Banco ABN e aquele atestado pelo Laudo Técnico juntado aos autos, valor este que seria “*praticamente o mesmo que foi atribuído às participações objeto da permuta*”. Em outras palavras, para o paradigma, o fundamento econômico da mensuração dos valores atribuíveis à participação do Banco ABN cedida à Intesa estaria estampado na própria avaliação realizada quanto ao patrimônio líquido do Banco Sudameris.

Enfim, e sem se fazer aqui, um juízo acerca desta premissa, o fato é que ela se contrapõe ao acórdão recorrido também neste ponto, mesmo que, insista-se, nada diga, de forma explícita, sobre o predito índice de 1,82.

II.2.3 Conclusão parcial.

Em face de tudo o que foi exposto neste tópico, o recurso do contribuinte deve ser admitido parcialmente, uma vez que comprovado o dissídio apenas em relação à primeira matéria, tocante à “*efetiva comprovação do pagamento do ágio no caso concreto*”.

III MÉRITO.

III.1 O problema da comprovação do sacrifício econômico.

É preciso destacar, desde logo, que a quitação do negócio mediante entrega de ações ou mesmo por meio de subscrição do capital porventura aumentado é, sim, forma de sacrifício econômico, respeitados os entendimentos adversos que possam ser manifestados, inclusive, neste Colegiado.

O art. 20 do Decreto-lei 1.598/77, com a redação vigente à época dos fatos aqui examinados, sempre previu a necessidade de avaliar o investimento detido pelas empresas de forma desdobrada. Isto é, caberá à entidade mensurar este ativo a partir do valor do patrimônio líquido da participação adquirida e o ágio observado quando da dita aquisição (atualmente, a mais ou menos valia e, ainda, o chamado *goodwill*, conforme redação dada pela Lei 12.973/13).

A legislação, portanto, fala em aquisição, mas nada diz acerca das particularidades desta operação, mormente se semelhante negócio deve ser feito mediante entrega de recursos em espécie ou, outrossim, pela troca de bens e direitos. Verdade seja dita, a discussão do pagamento do ágio por meio de dação em pagamento sequer teria lugar, caso os bens dados fossem outros que não ações.

Mas o problema aqui não é esse, como já alertado no tópico da admissibilidade, supra. De fato, o cerne da questão, tal qual destacado pelo próprio acórdão recorrido, é verificar se, efetivamente, houve redução do patrimônio da investidora quando da compra da participação societária do Banco Sudameris. E, diga-se, houve, ao menos em parte, entrega de recursos em espécie na primeira etapa da estruturação societária envidada para viabilizar o negócio, deixando claro que no chamado primeiro fechamento, o ágio ali observado foi lídimo (e é a D. Auditoria Fiscal que afirma isso).

Só que, por conta dos sucessivos, e subsequentes, eventos concretizados, a forma pela qual o pacto de compra e venda foi realizado deixou, quando menos, nebulosa a

materialização da compra da participação correspondente aos, restantes, 71,82% das ações da investida.

O TVF afirma inostrar sacrifício econômico a justificar o ágio observado a partir de duas premissas fáticas:

- a) dação em pagamento, mediante entrega de ações, e subscrição de capital aumentado pela própria investidora, não seriam meios hábeis a comprovar a efetiva aquisição (algo não discutido aqui, como já alertado, e, inclusive, afastado até mesmo pelo acórdão recorrido);
- b) a valoração das ações dadas pelo Banco ABN, como contrapartida pela aquisição da participação no Banco Sudameris (entregues à Banca Intesa), não foi demonstrada por um critério econômico claro e factível, suficiente á tornar indene de dúvidas que o respectivo montante era, efetivamente, real.

E a decisão combatida, com base no pressuposto descrito em “b”, afirmou que, as ações dadas pelo Banco ABN retornaram ao próprio investidor (ou a seu grupo econômico) e que, demais a mais, o índice de 1,82, previsto pela cláusula 3.1, II, do Contrato de Compra e Venda (e-fls. 2.718/2.719), não teria uma lógica apreensível que pudesse demonstrar que as novas ações cedidas pela adquirente tinham valor efetivo equivalente àquilo que foi comprado. E reforçou o entendimento acerca da falta do sacrifício a partir das considerações propostas pela própria PGFN, a seguir transcritas:

Destacase, portanto que, ao contrário do que defende o recorrente, o ágio não pode ser diretamente calculado com base no valor de mercado da participação societária adquirida. O ágio deve ser apurado a partir do custo de aquisição, o qual, por seu turno, pode corresponder ou não ao valor de mercado da pessoa jurídica negociada (seja pelo pagamento ou pela reavaliação). No presente caso, como visto, em que pese o BANCO ABN ter recebido ações que valiam R\$ 1.662.910.100,00, tal banco deu em pagamento ações de sua própria emissão que lhe “custaram” R\$ 913.740.653,60 (pagina 40 do acórdão recorrido).

Trocando em miúdos, tanto a D. Fiscalização, como a Turma Ordinária de 2ª Instância, consideraram que, ao fim de contas, as ações dadas teriam valor inferior ao das adquiridas (pelo que, defende a PGFN, a Banca Intesa teria observado, inclusive, perda na operação).

Mas, vejam bem. Qual é a relevância do valor contábil do bem dado em pagamento, do ponto de vista das regras que tratam da avaliação de investimento e, também, do tratamento contábil do ágio? Porque se afirma, a todo momento, que a recorrente teria registrado um “custo” de aquisição irreal, a se considerar que o valor das ações do Banco Sudameris estavam prefixadas em contrato e suportado por Laudo de Avaliação quanto ao qual não houve quaisquer críticas? Porque, ao fim de contas, se está afirmando inexistir custo, e ainda não ter havido sacrifício econômico, focando-se, para tanto, no valor das ações que foram **dadas em pagamento** (e, não, portanto, no valor do investimento em si, como determina o art. 20 do Decreto-lei 1.598/77)?

É preciso repisar algo que já foi dito e assumido pelo próprio acórdão recorrido (e pelo paradigma): estamos tratando de operações realizadas entre partes **independentes!** E este

fato é, *per se*, de relevada importância porque, estabelecido que a participação de 71,82% do capital social do Banco Sudameris valeria, segundo critério de rentabilidade futura, R\$ 1.662.910.100,00 (tomando por base o montante apontado no documento retro para 100% das ações da investida – v. conclusões insertas em e-fl. 3.137) é este o custo de aquisição e nada mais! Se para adquirir estes direitos o Banco ABN entregou um bem alegadamente de menor valor (e, de fato, é apenas alegado isso), tendo a contraparte – Banca Intesa – o aceite, simplesmente não há mais nada a se discutir. Ou, por outro lado, pretendeu-se, em algum momento, afirmar, com seriedade, que a controladora do Banco Sudameris teria aceite receber “um carro popular” como contraprestação pela venda de sua “Ferrari”?

Foi por isso, e nada mais, que o paradigma fez a sua demonstração da ocorrência do efetivo pagamento a partir da análise do custo de aquisição da participação societária detida pela Intesa e vendida ao ABN. Porque, como dito, é este o custo que, realmente, deveria ter sido registrado pela interessada e não outro, consoante determina o art. 20 do Decreto 1.598, com a redação, insista-se, vigente à época dos negócios ora examinados:

Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento 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 21; 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 número I.

Noutra banda, e, agora, em relação aos questionamentos atinentes à metodologia utilizada para se alcançar o famigerado índice de 1,82, descrito pelo contrato de compra e venda, é possível elaborar-se uma resposta, nada complexa: liberdade negocial e princípio de *arms length*”. Ainda que a recorrente tenha exposto no recurso voluntário fatos que poderiam subsidiar este índice (segundo ela, inclusive, tratado pelo próprio laudo de rentabilidade futura), a verdade é que, desde que não se verifique uma eventual simulação ou fraude (questões nunca aventadas neste feito), o comprador dá ao bem que for entregue em pagamento, o valor que lhe aprouver.

Outrossim, só se poderia afirmar que não houve sacrifício econômico por parte da recorrente se não se admitir a validade do negócio que prevê a dação em pagamento como meio de quitação – argumentação essa que foi abnegada pelo próprio aresto ora examinado.

E, de outro turno, quanto à assertiva de que não haveria um efetivo desembolso pelo Banco ABN porque as ações retornaram ao próprio grupo, não me é dado saber, sequer, como aquele Colegiado chegou a semelhante conclusão!

De toda sorte, peço licença para reproduzir as seguintes passagens do TVF:

Após segundo e terceiro eventos: i) a Flinders têm (*sic*) como acionistas o Banco ABN com 24,13% e a Intesa com 75,87% e ii) a Flinders passa a deter 100% do capital social da Serra do Selado.

4º Evento: [...] o Banco ABN incorpora a Flinders. Em razão dessa incorporação, o capital social do Banco ABN Amro é aumentado em R\$ 1.662.910.100,00 com a emissão de 211.916.668 ações ordinárias escriturais sem valor nominal que são entregues à Intesa, em substituição às ações que titulava [...].

Está mais que claro que as ações dadas em pagamento não foram vertidas para o próprio grupo – lembrem-se a operação se deu entre partes não relacionadas, premissa fática não questionada, nem criticada. Poder-se-ia, talvez, afirmar que, como a Intesa detinha uma participação na Flinders, ao a incorporar e dar, em troca, ações de sua própria emissão, o ABN teria devolvido parte do capital da incorporada à Intesa (este Conselheiro só imagina que seja essa a cadeia de fatos que suportou as conclusões adotadas pela Turma recorrida e mencionada linhas acima). As novas ações emitidas foram repassadas à Intesa e não à Flinders... não houve qualquer movimento circulatório que pudesse dar respaldo à ideia, *permissa venia*, rasteiramente aventada pelo acórdão vergastado.

E, por fim, que houve sacrifício não há dúvidas. A recorrente verteu parcela de seu patrimônio para pagamento da avença aqui tratada. Como a questão afeita ao pagamento mediante entrega de ações não está em discussão, nada mais há para se tratar aqui.

Em suma, numa relação negocial comutativa envidada entre partes independentes, a fixação do preço das ações a serem dadas em pagamento para fins de aquisição de investimento com sobrepreço, enquanto pressuposto para a subsequente amortização das parcelas do predito ágio, é livre e obedece a critérios que melhor aprouverem às partes avençantes.

Dito assim, não havendo alegação de fraude ou simulação quanto a dação em pagamento propriamente, é de se considerar comprovada não só a quitação como o próprio sacrifício econômico respectivo, ainda que o valor contábil das ações dadas não seja coincidente com os das ações adquiridas, prevalecendo, pois, o valor fixado no contrato de compra e venda.

Diante disto, o provimento do recurso, nesta parte, é medida que se impõe.

IV UM ADMINÍCULO.

Como visto, a solução que está sendo proposta por este voto importaria na reforma do acórdão recorrido quanto a premissa por ele adotada, qual seja, a pretensa inexistência de prova do pagamento do ágio.

Todavia, e foi dito de forma expressa, o Colegiado *a quo* não se debruçaria nem sobre as questões afeitas à interpretação econômica dos negócios pactuados (propósito negocial, uso de empresa veículo e substância material das operações intentadas), e nem tampouco sobre a impossibilidade de se glosar as respectivas despesas da base de cálculo da CSLL.

Por certo, semelhantes matérias deveriam ser objeto de um exame por parte da Turma Ordinária sendo este, inclusive, o motivo pelo qual este Relator não admitiu o apelo quanto ao problema da contribuição social.

Mas não há, aqui, pedido para que os autos retornem à instância anterior, nem por parte do contribuinte, por óbvio, nem por parte da Fazenda pública, que sequer tangencia esta questão em suas contrarrazões. Todavia, o lançamento e o acórdão da DRJ se pronunciaram

sobre estes temas e, a vista disso, a reforma do acórdão recorrido não seria suficiente para afastar o lançamento que, insista-se, repousa as suas razões em fundamentos autônomos.

Por esta razão, mesmo que nenhuma das partes tenha se pronunciado especificamente sobre este problema, é impossível à esta Turma prover o apelo e cancelar exigência que, repise-se, ainda se manteria caso os demais argumentos despendidos na autuação não sejam enfrentados e rechaçados.

A única solução possível, para o caso, é que, uma vez provido o recurso e afastado o único fundamento adotado pelo acórdão recorrido, se devolva o processo à instância anterior para que os demais temas acima tratados sejam efetivamente analisados.

V CONCLUSÃO.

A luz de todo o exposto, voto por ADMITIR EM PARTE o Recurso Especial do contribuinte e, na parte conhecida, por DAR PROVIMENTO PARCIAL, para afastar o argumento atinente, tão só, à comprovação do pagamento do ágio, determinando o retorno dos autos à instância *a quo* para que os demais fundamentos contidos no TVF, e considerados prejudicados pela Turma recorrida, sejam apreciados, a saber, o propósito negocial, uso de empresa veículo e substância material das operações intentadas.

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca

Declaração de Voto

Conselheira Edeli Pereira Bessa

A questão de fundo nestes autos diz respeito à amortização fiscal da segunda parte do ágio registrado na aquisição, por Banco ABN Amro Real S/A, das ações de Banco Sudameris S/A de titularidade da Banca Intesa S.p.A., sociedade italiana. Trata-se especificamente da parcela registrada no “2º Fechamento”, no qual foram entregues *211.916.668 ações novas de emissão do Banco ABN Amro, no valor de R\$1.662.910.100,00, pela aquisição de 2.794.400.228 ações de emissão do Banco Sudameris (2.739.987.839 ações ordinárias e 54.412.389 ações preferenciais) ou 71,82% do capital social. Considerando um valor patrimonial de R\$976.988 mil (71,82% do PL do Banco Sudameris de R\$1.360.328 em 30/06/2003) e uma aquisição por R\$1.662.910 mil, apurou-se um ágio de R\$685.922 mil. Nestes autos foram glosadas as amortizações deduzidas na apuração do lucro tributável de 2007 a 2009, a partir da incorporação de Banco Sudameris S/A em 31/08/2007 pela sucedida Banco ABN Amro Real S/A.*

O Colegiado *a quo*, no Acórdão nº 1402-002.450, invocando referências do Acórdão nº 1301-001.474, concordou com a interpretação da autoridade lançadora no sentido de que *não restou comprovada a efetiva existência de um custo/sacrifício na aquisição da participação societária*, e assim teria divergido do entendimento firmado no paradigma nº 1401-001.902, que afastou as glosas promovidas nos anos-calendário 2009 a 2012, sob o mesmo fundamento aqui exposto, concluindo pela insubsistência da acusação porque provada a quitação do preço.

Registre-se que o Acórdão nº 1301-001.474 tem em conta terceira parcela de ágio formado nesta operação, escriturado entre 2006 e 2007, e amortizado entre 2007 e 2009 por Banco ABN Amro Real S/A, a partir da incorporação de BRI-PAR Dois Participações S/A, e foi confrontado por recurso especial nos autos do processo administrativo nº 16327.001697/2010-73, em pauta nesta reunião de julgamento. Já a glosa destas amortizações nos anos-calendário 2009 a 2012, objeto do processo administrativo nº 16327.721125/2014-38, foram analisadas pelo mesmo Colegiado do paradigma, no Acórdão nº 1401-001.901, que inclusive veiculou expressa discordância quanto a parte do voto condutor do Acórdão nº 1301-001.474, mas foi posteriormente reformado por este Colegiado no Acórdão nº 9101-003.735. Os autos do processo administrativo nº 16327.721125/2014-38 retornaram mais uma vez a esta 1ª Turma, mas em recurso especial da Contribuinte não conhecido quanto à exigência reflexa de CSLL, nos termos do Acórdão nº 9101-006.454¹.

Nestes autos, o recurso especial da Contribuinte teve seguimento nas *matérias*: (1) *“efetiva comprovação do pagamento do ágio no caso concreto”*, (2) *“efetiva comprovação do pagamento do ágio mediante subscrição de ações”*, (3) *“preclusão/decadência da possibilidade de o Fisco questionar a origem do ágio na aquisição do Recorrente”*, (4) *“insubsistência do lançamento da CSLL – inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização”* e (6) *“ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa”*.

O I. Relator anota que o recurso especial somente teria tido seguimento quanto aos itens: a) *“da efetiva comprovação do pagamento do ágio no caso concreto”*; b) *“da efetiva comprovação do pagamento do ágio mediante subscrição de ações”*; e d) *a impossibilidade de glosa das parcelas do ágio em relação à CSLL por falta de previsão legal para sua exclusão do lucro líquido*, mas, como se vê às e-fls. 5383/5393, o seguimento se deu, também, em face das *matérias*: c) *a preclusão/decadência do direito do fisco de analisar fatos, como repercussão futura, ocorridos há mais de cinco anos* e f) *“ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa de ofício”*, as quais, de qualquer forma, não podem ser conhecidas em face das Súmulas CARF nº 108² e 116³ e do que dispõe o art. 67, §3º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015.

¹ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente), e divergiram no conhecimento os Conselheiros Alexandre Evaristo Pinto (relator), Luis Henrique Marotti Toselli e Gustavo Guimarães Fonseca.

² Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

As matérias (1) “*efetiva comprovação do pagamento do ágio no caso concreto*” e (2) “*efetiva comprovação do pagamento do ágio mediante subscrição de ações*” tiveram seguimento com base no paradigma editado em face da mesma operação aqui analisada, nº 1401-001.902, sendo que a segunda matéria teve em conta, também, o paradigma nº 9101-001.657.

Como bem observado pelo I. Relator, a segunda matéria não guarda autonomia para caracterizar dissídio jurisprudencial, porque apesar de a conclusão do paradigma nº 1401-001.902 se dar em sentido oposto ao recorrido, tal não se dá por discordância quanto à caracterização de pagamento mediante subscrição de ações, mas sim em razão das circunstâncias específicas em que a subscrição se verificou nestes autos, razão pela qual o paradigma nº 9101-001.657, editado em contexto diverso, também não se presta à demonstração de divergência.

Com respeito à quarta matéria, esta Conselheira não a vislumbra como prejudicada no acórdão recorrido, vez que adotada fundamentação específica para estender à CSLL o que decidido no âmbito do IRPJ, qual seja:

Há de se ressaltar que no caso dos autos, trata-se de glosa de despesa nos termos do artigo 299 do RIR/99, em razão de não restar comprovado o efetivo pagamento do ágio.

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

Ou seja, considerou-se prejudicado o lançamento contábil do ágio e, em consequência, o próprio registro da despesa decorrente de sua amortização, tornando desnecessária norma que determinasse sua adição à base de cálculo da CSLL, vez que a despesa sequer poderia reduzir o lucro líquido. E esta compreensão foi confirmada na rejeição dos embargos de declaração, nos seguintes termos:

Conforme consta expressamente no trecho acima transcrito, a Turma entendeu que as despesas com amortização do ágio sequer poderiam ter sido levadas à apuração do lucro líquido (lucro contábil) em razão de inexistência de fundamento econômico.

Noutros termos, a Turma não fundamentou sua decisão em norma tributária que determinasse a adição das despesas com amortização do ágio à base de cálculo da CSLL, daí porque não há que se falar em omissão em sua indicação.

Quanto à omissão apontada no item II.6 dos embargos é de se dizer que tal alegação mais uma vez revela-se manifestamente improcedente.

Isso porque inexistente obrigação de a Turma, na ementa ao acórdão, se manifestar sobre todas as questões por ela decididas. *(grifos do original)*

Assim, integrando-se os fundamentos de rejeição dos embargos aos fundamentos do acórdão recorrido, cabe confrontar as premissas fáticas relevantes para a decisão do acórdão recorrido com os paradigmas.

³ Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança.

Sob o pressuposto de que o acórdão recorrido firmou ser *irrelevante a existência de previsão legal para a adição da despesa com a amortização de ágio na base de cálculo da CSLL*, a Contribuinte invoca o paradigma nº 1301-002.280 que, em seu entendimento, demandaria legislação específica para repercussão de glosa semelhante na base de cálculo da CSLL. Contudo, como visto, a decisão recorrida está pautada na inexistência do ágio escriturado, ao passo que o paradigma: i) teve em conta glosas de amortização de ágio por indevida transferência e uso de empresa-veículo, ponto no qual a glosa no âmbito do IRPJ também foi afastada pelo outro Colegiado do CARF; e ii) com respeito ao “Ágio Modelo”, houve também glosa de amortizações de ágio deduzidas antes do evento de incorporação, e adicionadas apenas ao lucro real, sendo que é em relação a esta parcela diferenciada de glosa que o paradigma afirma a falta de previsão legal para adição destas amortizações, também, à base de cálculo da CSLL.

A Contribuinte também indica o paradigma nº 1103-00.630, referido recorrentemente em dissídios semelhantes ao presente, Assim, tendo em conta o contexto no qual ambos paradigmas foram editados, valem aqui as razões apresentadas por esta Conselheira no voto vencedor do Acórdão nº 9101-006.049⁴ para rejeitar ambos paradigmas nestes autos:

E o dissídio jurisprudencial em tela teve seguimento sob os seguintes fundamentos expressos no exame de admissibilidade:

(8) “inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considera indedutível pela fiscalização”

Decisão recorrida:

REFLEXO NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL.

Deve ser anulada contabilmente a amortização de ágio que, após interposição de empresa veículo que dissimula o real adquirente, surge sem substância econômica no patrimônio da investida.

Acórdão paradigma nº 9101-002.310, de 2016:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO. INAPLICABILIDADE DO ART. 57, LEI N 8.981/1995.

Inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial. Inaplicabilidade, ao caso, do art. 57 da Lei nº 8.981/1995, posto que tal dispositivo não **determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ**.

Acórdão paradigma nº 1103-00.630, de 2012:

Não há ementa correspondente a essa matéria.

[...].

⁴ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca (suplente convocado) e Andrea Duek Simantob (Presidente em exercício), e divergiram na matéria os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli e Alexandre Evaristo Pinto.

Com relação à dedução das despesas de amortização do ágio, para fins da CSLL, registro que não há previsão legal para a indedutibilidade dessas despesas, tal como é preceituada para o lucro real, pelo art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598/77.

25. Por fim, com relação a essa oitava matéria, também ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

26. Enquanto a decisão recorrida entendeu que, para fins da CSLL, deve ser anulada contabilmente a amortização de ágio que, após interposição de empresa veículo que dissimula o real adquirente, surge sem substância econômica no patrimônio da investida, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 9101-002.310, de 2016, e 1103-00.630, de 2012) decidiram, de modo diametralmente oposto, que inexistente previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial (primeiro acórdão paradigma) e que não há previsão legal para a indedutibilidade dessas despesas, tal como é preceituada para o lucro real, pelo art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598/77 (segundo acórdão paradigma).

Como se vê, a premissa do acórdão recorrido é no sentido de que uma ativo que surge sem substância econômica no patrimônio da investida, porque mantido sob a titularidade do real adquirente, não pode gerar amortização que afete o lucro contábil, ensejando a glosa reflexa na base de cálculo da CSLL. Já o primeiro paradigma analisou lançamento no qual a amortização do ágio foi adicionada na base de cálculo do IRPJ, porque o investimento permanecia no patrimônio do investidor, e a autoridade lançadora exigiu que a mesma adição fosse promovida na base de cálculo da CSLL.

De fato, o paradigma nº 9101-002.310 trata de lançamento exclusivamente de CSLL, decorrente da exigência de adição ao lucro líquido de amortizações de ágio que foram adicionadas ao lucro real, porque referentes a investimento mantido no patrimônio da investidora. Ou seja, frente à observância, no âmbito de IRPJ, de regra que busca neutralizar as amortizações de ágio, postergando seus efeitos para o momento da liquidação do investimento, exigiu-se do sujeito passivo que a mesma providência fosse adotada no âmbito da CSLL, e este Colegiado, em antiga composição, afirmou inexistir norma legal que assim determinasse. Nada, no referido julgado, permite concluir que a mesma solução seria dada na hipótese em que a amortização do ágio se mostre indedutível por ausência de confusão patrimonial entre investida e investidora, aspecto que, como referido no acórdão recorrido, afetaria o próprio reconhecimento contábil da amortização da investida.

Quanto ao paradigma nº 1103-00.630, embora ali também se tratasse de amortização fiscal do ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, e seu voto condutor traga argumentos contrários à indedutibilidade das amortizações no âmbito da CSLL, importa observar que naqueles autos foi dado provimento integral ao recurso voluntário, afirmando-se o não cabimento da glosa não só na base da CSLL, como também do IRPJ. Assim, o outro Colegiado do CARF decidiu a questão sob circunstâncias distintas daquelas que a Contribuinte quer ver prevalecer nestes autos, qual seja, que a exigência de CSLL seja cancelada ainda que afirmada a indedutibilidade no âmbito do IRPJ. O exame do paradigma evidencia não ser possível cogitar se a mesma decisão seria adotada caso aquele Colegiado reconhecesse a indedutibilidade das amortizações no âmbito do IRPJ.

Estas as razões, portanto, para CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial da Contribuinte em menor extensão, apenas em relação à matéria “utilização de empresa veículo”.

Por tais razões, também aqui não resta caracterizado o dissídio jurisprudencial em face de paradigmas que afastaram a exigência de CSLL porque: i) a glosa foi afastada no âmbito do IRPJ (contexto presente em uma das glosas do paradigma nº 1301-002.280 e no paradigma 1103-00.630), ou ii) as amortizações foram adicionadas pelo sujeito passivo no âmbito do IRPJ, em observância a legislação distinta da debatida nestes autos (contexto presente em outra das glosas do paradigma nº 1301-002.280).

E, retornando à primeira matéria - *efetiva comprovação do pagamento do ágio no caso concreto* – tem-se, como exposto no exame de admissibilidade, *que o acórdão paradigma apontado (Acórdão nº 1401-001.902, de 2017) se refere ao mesmo sujeito passivo e aos mesmos fatos aqui tratados, diferindo, apenas, quanto ao período de apuração (anos-calendário 2009 a 2012, enquanto o presente caso se refere aos anos-calendário 2007 a 2009).*

Em circunstâncias correlatas, esta Conselheira assim se posicionou em voto declarado no Acórdão nº 9101-006.357:

A circunstância de os casos comparados tratarem da mesma operação realizada pelo mesmo sujeito passivo, com repercussão em vários anos calendários e, assim, objeto de lançamento em distintos autos, submetidos à apreciação de diferentes Colegiados do CARF, é um indicativo forte no sentido de as soluções distintas representarem diferentes interpretações da legislação de regência da matéria. Tal, porém, somente se confirmará se as decisões diferentes partirem de discussões sob premissas semelhantes.

E múltiplos fatores podem conduzir os Colegiados a decidir de forma diferente acerca da procedência do lançamento. Sem pretender exaurir as possibilidades, pode-se cogitar que: i) os lançamentos: i.i) sejam aperfeiçoados com o acréscimo de argumentos de reforço nas lavraturas posteriores à primeira; i.ii) sejam depreciados com exposições resumidas ou adaptações incorretas da primeira formalização; ou i.iii) refiram legislação distinta em razão da sua alteração ao longo do período no qual os efeitos tributários se verificaram; ii) as defesas também sejam aperfeiçoadas ou depreciadas ao tempo em que produzidas; iii) distintas autoridades julgadoras de 1ª instância confrontem as defesas com argumentos específicos ou até reconheçam de vícios de ofício, que motivem recursos voluntários com diferentes construções argumentativas; e iv) Colegiado de 2ª instância ignore argumentos de defesa que outro Colegiado tome como determinante para a solução distinta aplicada ao caso. Esta última circunstância, em regra, demandará atuação da parte interessada para desfazer a dessemelhança entre os cenários mediante oposição de embargos de declaração, isso se distinção não estiver consolidada por insuficiência do recurso voluntário.

Mas, um vez alinhados os cenários submetidos aos diferentes Colegiados do CARF, as distintas manifestações a partir das mesmas premissas necessariamente evidenciará divergência jurisprudencial na interpretação da legislação tributária porque a produção do ato decisório, como ato administrativo, não contempla espaço de liberdade no qual possa se situar a justificativa para diferentes respostas da Administração Tributária aos interessados. A resposta deverá, necessariamente, resultar de interpretação da legislação tributária, e isso inclusive no exercício da livre convicção prevista no art. 29 do Decreto nº 70.235/72⁵, dado tal dispositivo apenas impedir a imposição ao julgador de uma fórmula de apreciação de provas, sem representar um salvo-conduto para edição de atos decisórios imotivados.

⁵ Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.

No presente caso, observa-se que o recorrido e o paradigma se alinham em afastar da discussão os efeitos da interposição das pessoas jurídicas Flinders Participações S/A e Serra do Selado Empreendimentos e Participações S/A, embora por distintas razões. O paradigma nº 1401-001.902 parte da premissa que a troca de ações aqui em debate *poderia ter sido realizada sem a participação das sociedades-veículo*, cuja interposição buscou *burlar a tributação do ganho de capital* auferido por Banca Intesa S.p.A. e sujeito a retenção na fonte por Banco ABN Amro Real S/A, mas em período já alcançado pela decadência. Já o recorrido apenas pontua preliminarmente que *dentre os fundamentos para a autuação, não está incluído o fato de ter ou não ter ocorrido ganho de capital para a Banca Intesa, bem como a prova de recolhimento do respectivo imposto retido na fonte, uma vez que a espinha dorsal dos autos reside na acusação de não ter sido verificada a legitimidade de parte do ágio que surgiu com as operações societárias com aquisições de ações, devido à ausência de um efetivo custo de aquisição (sacrifício econômico/financeiro) de parcela do investimento*.

E, centrando a análise na operação que resultou na aquisição, com registro de ágio, de 71,82% das ações de Banco Sudameris S/A, o Colegiado *a quo* concorda que *o ágio registrado não corresponde ao custo de aquisição efetivamente despendido pelo adquirente*, ao passo que o outro Colegiado do CARF concluiu que atribuir àquelas ações o valor de R\$ 1.662.910.100,00 era válido frente ao laudo de avaliação de 100% das ações de Banco Sudameris S/A entre R\$ 2,27 e 2,43 bilhões, mormente tendo em conta o pagamento em dinheiro de R\$ 526.754.900,00 por 22,75% das ações.

Como razões próprias para concluir em sentido oposto, o voto condutor do acórdão recorrido traz consignado que:

Assim, podemos extrair dos fatos acima indicados e também narrados no TVF do AI em epígrafe que, por meio desta sequência de eventos, o Banco ABN e a Intesa produziram um ágio a partir da subscrição e integralização do capital social da Serra do Selado mediante a conferência de 94,57% das ações de emissão do Banco Sudameris no importe de R\$ 2.189.665 mil, com base em laudo de avaliação de empresa independente, cujo o valor patrimonial era de R\$ 1.286.462 mil.

Frise-se, que o valor do ágio ora contestado é de R\$ 685.922 mil e se refere à parcela integrante do segundo fechamento no valor de R\$ 1.662.910 mil, cujo valor patrimonial era de R\$ 976.988 mil.

No primeiro evento, a Intesa substituiu as ações que detinha no Banco Sudameris (94,57%) das ações de emissão da Serra do Selado (100%), aumentando o seu custo de investimento, agora na Serra do Selado, em razão de uma subscrição e integralização mediante conferência de ações do Banco Sudameris, a preço de mercado, com base em laudo de avaliação sobre a expectativa de rentabilidade futura, no valor total de R\$ 2.189.665 mil.

As ações de emissão da Serra do Selado detidas pela Intesa, correspondentes à parcela restante, no valor de R\$ 1.662.910 mil, foram utilizadas para a subscrição e integralização do aumento do capital social da Flinders pelo mesmo valor contábil, com emissão de novas ações.

Na sequência, as ações de emissão da Flinders agora pela Intesa (no valor de R\$ 1.662.910 mil) foram utilizadas para a subscrição e integralização do capital social do Banco ABN pelo mesmo valor contábil, com emissão de 211.916.668 novas ações ordinárias escriturais sem valor nominal.

Embora o capital social integralizado pela investidora Intesa tenha sido de R\$ 1.662.910 mil (22,29% do capital social), ela recebeu em ações o percentual de 11.58%, ou seja, um valor patrimonial de R\$ 913.740 mil do Banco ABN.

Em um mesmo dia, a Intesa realizou uma sequência de três subscrições de capital, a primeira na Serra do Selado, a segunda na Flinders e a terceira no Banco ABN, via incorporação da Flinders, com o único propósito de transferir para o Banco ABN um suposto ágio pago na aquisição do Banco Sudameris.

Assim as denominadas ações novas de emissão do grupo ABN Amro que deveriam compor o “2º Fechamento”, **acabaram por voltar ao próprio Grupo, conforme Cláusula 3.2 do Contrato de Compra e Venda.**

Portanto, não me parece correto afirmação da Recorrente de que ocorreu a “dação em pagamento”, uma vez que, no presente caso, não há que se considerar que parte das ações foi paga pelas “novas ações” do ABN Amro.

Assim, independentemente de ter ocorrido uma operação de compra e venda por meio de dação em pagamento de ações, como afirma a Recorrente, ou uma operação de integralização de capital social, o que se pode extrair dos autos é que não restou comprovada a efetiva existência de um custo/sacrifício na aquisição da participação societária. (*destacou-se*)

Depois de referir fundamentos do Acórdão nº 1301-001.474, o voto condutor do acórdão recorrido deles destaca que *não ficou comprovado o fundamento econômico que determinou a fixação do preço das ações equivalente ao coeficiente combinado entre as partes, no contrato de compra e venda, no importe de 1,82 vezes o valor patrimonial*, e acolhe a arguição da PGFN de que a Contribuinte *tentou atribuir ao custo de aquisição das ações do Banco Sudameris o seu “valor justo” em substituição ao “montante de caixa ou equivalente de caixa pago”*, restando demonstrada a aquisição de um direito no importe de R\$ 1.662.910.100,00, com base em um pagamento no valor de R\$ 913.740.653,60. Ou seja, o Banco ABN Amro Real S/A teria auferido um aumento patrimonial de R\$ 749.169.446,40, ao atribuir a suas ações o valor justo de R\$ 1.662.910.100,00, mas sem o reconhecimento de qualquer ganho.

Em síntese, os acórdãos comparados divergem quanto ao critério de precificação das ações do Banco Sudameris S/A, adquiridas mediante entrega de ações da adquirente (Banco ABN Amro Real S/A). Enquanto o Colegiado que proferiu o paradigma entende válido atribuir à operação o valor de R\$ 1.662.910.100,00, correspondente à avaliação proporcional das ações do Banco Sudameris S/A negociadas, o Colegiado *a quo* compreende que o preço deveria corresponder ao valor patrimonial das ações do Banco ABN Amro Real S/A entregues à alienante Banca Intesa S.p.A.. A divergência jurisprudencial reside, portanto, na definição de custo de aquisição expressa no art. 20, inciso II do Decreto-lei nº 1.598/77, referido na acusação fiscal, muito embora nenhum dos acórdãos comparados tenha expressado seu entendimento calcado na referida disposição legal.

Vê-se, portanto, que estão presentes as premissas expostas por esta Conselheira no voto declarado no precedente nº 9101-006.357 para caracterização do dissídio jurisprudencial entre decisões contrárias proferidas em face de uma *mesma operação realizada pelo mesmo sujeito passivo, com repercussão em vários anos calendários*: i) não há evidências de aperfeiçoamentos ou depreciações entre os lançamentos que afetem a compreensão dos fatos pelos Colegiados do CARF; ii) não há elementos novos trazidos à discussão pelas defesas ou pelo julgamento de 1ª instância; e iii) os Colegiados do CARF analisaram o mesmo argumento

de defesa central e determinante para a definição das repercussões tributárias originalmente questionadas. Logo, ainda que as distintas soluções não estejam calcadas expressamente na interpretação da legislação tributária de regência, como o *ato administrativo, não contempla espaço de liberdade no qual possa se situar a justificativa para diferentes respostas da Administração Tributária aos interessados*, a resposta necessariamente resulta de uma interpretação da legislação tributária, qual seja, da legislação tributária invocada no lançamento.

Registre-se que a Contribuinte não traz argumentos complementares em seu recurso especial para pretender a reforma do acórdão recorrido. Limita-se a fixar como legislação interpretada de forma divergente o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77 e a concluir, a partir da confrontação dos acórdãos comparados, que *resta clara a efetividade do pagamento do ágio pelo Recorrente, razão pela qual deve ser assegurada sua dedutibilidade, nos termos do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77*, assim requerendo a reforma do acórdão recorrido, nos termos do quanto decidido no acórdão paradigma nº 1401-001.902, para que seja determinado o cancelamento dos autos de infração originários do presente processo.

Assim, diante das razões expostas, o presente voto é no sentido de CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial da Contribuinte, apenas com respeito à primeira matéria - *efetiva comprovação do pagamento do ágio no caso concreto* -, com base no único paradigma indicado - nº 1401-001.902 - e com vistas à definição da interpretação da legislação tributária que melhor define o valor a ser considerado como custo de aquisição das 71,82% das ações de Banco Sudameris S/A, mediante entrega de 11,58% das ações da adquirente, Banco ABN Amro Real S/A.

A contratação global para aquisição de 94,57% das ações de Banco Sudameris S/A foi acordada, entre Banco ABN Amro Real S/A e Banca Intesa S.p.A., em R\$ 2.189.665.000,00, e, no 1º Fechamento, o pagamento de R\$ 526.754.900,00, por 22,75% das ações da adquirida, resultou em ágio não questionado pela autoridade lançadora, no valor de R\$ 217.281 mil, dado o valor patrimonial de R\$ 309.474 mil das ações adquiridas. Observou o relator do paradigma, Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, que foi pago, nesta ocasião, *R\$ 23.154.061,54 por cada 1% de participação*, a confirmar o valor atribuído na permuta com ações do Banco ABN Amro Real S/A, correspondente a *R\$ 23.153.858,25 para cada 1% de participação*.

Registre-se que, em linha com o voto condutor do paradigma, a autoridade lançadora também afirma que *o ágio apurado no primeiro fechamento pode ser considerado legítimo tendo em vista que houve o efetivo pagamento de R\$ 526.754.900,00, relativamente à aquisição de 22,75% das ações de emissão do Banco Sudameris, independentemente do Banco ABN Amro ter adquirido as ações por meio das empresas veículos Flinders e Serra do Selado, pois, haveria o mesmo efeito se tivesse adquirido as ações diretamente da Intesa*.

Já em relação ao 2º Fechamento, a autoridade lançadora compreende que *há uma flagrante diferença consubstanciada na falta da efetividade do seu pagamento e a sua contabilização surgiu apenas em decorrência de planejamento tributário envolvendo meros atos formais de reorganizações societárias mediante o uso de empresa-veículo de efêmera duração e sem nenhum propósito negocial e outras constatações*.

Importa, aqui, ter em conta o último evento descrito pela autoridade lançadora:

4º Evento: Em 24 de outubro de 2003, às 12:45 horas, o Banco ABN Amro incorpora a Flinders. Em razão dessa incorporação, o capital social do Banco ABN Amro é aumentado em R\$ 1.662.910.100,00 com a emissão de 211.916.668 ações ordinárias escriturais sem valor nominal que são entregues à Intesa, em substituição às ações que titulava, de acordo com o seguinte critério: a cada grupo de 7.847 ações ordinárias de emissão da Flinders foi atribuída 1.000 ações ordinárias de emissão do Banco ABN Amro. O capital social do Banco ABN Amro passou a ser dividido em 1.830.109.055 ações ordinárias escriturais sem valor nominal. O capital social do Banco ABN Amro passou a ser de R\$ 7.458.165.601,52 e o patrimônio líquido a R\$ 7.890.679.219,09, sendo considerado o cancelamento percentual correspondente à participação do Banco ABN Amro do capital social da Flinders de R\$ 528.756.900,00 cujas ações detidas pelo Banco ABN Amro foram extintas.

O quadro apresentado, na sequência, permite uma melhor compreensão das alterações no patrimônio líquido da adquirente:

Acionistas	Antes da incorporação		Após a incorporação da Flinders			
	Ações	Porcentagem	Ações	Porcentagem	Patrimônio Líquido	Capital Social
ABN AMRO Bank N.V.	772.959.813	47,77%	772.959.813	42,24%	3.333.022.902,00	3.150.329.150,00
ABN AMRO Brasil Part. Fin. S.A.	605.353.827	37,41%	605.353.827	33,08%	2.610.236.686,00	2.467.161.181,00
Bri-Par Dois Part. S/C Ltda	193.931.126	11,98%	193.931.126	10,60%	836.411.997,20	790.565.553,70
Banca Intesa S.p.A	0	0	211.916.668	11,58%	913.740.653,60	863.655.576,60
Outros acionistas	45.947.621	2,84%	45.947.621	2,50%	197.266.980,50	186.454.140,00
Total	1.618.192.387	100%	1.830.109.055	100%	7.890.679.219,09	7.458.165.601,52

Apesar do aumento de patrimonial de R\$ 1.662.910.100,00, as 211.916.668 ações ordinárias emitidas em favor de Banca Intesa S.p.A. representaram, apenas, R\$ 913.740.653,60 do patrimônio líquido de Banco ABN Amro Real S/A atualizado com a incorporação de *Flinders*, cujo patrimônio eram as ações de *Serra do Selado*, detentora de 94,57% das ações de Banco Sudameris S/A.

Como, nas operações anteriores, as ações do Banco Sudameris S/A foram integralizadas em capital de *Serra do Selado* pelo valor acordado de R\$ 2.189.665.000,00, acrescido de R\$ 2.002.000,00, totalizando R\$ 2.191.667.000,00⁶, a subsequente incorporação de *Serra do Selado* por Banco ABN Amro Real S/A resulta na contabilização de ágio de R\$ 903.203 mil sendo: i) R\$ 217.281 mil pelo pagamento de R\$ 526.754 mil por ações do Banco Sudameris S/A de valor patrimonial de R\$ 309.474 mil; e ii) 685.922 mil pela entrega de ações do Banco ABN Amro Real S/A avaliadas em R\$ 1.662.910 mil em troca de ações do Banco Sudameris S/A de valor patrimonial de R\$ 976.988 mil.

Resta evidente, por todo o exposto, que a entrega feita pelo Banco ABN Amro Real S/A em troca de 94,57% das ações de Banco Sudameris S/A representou R\$ 526.754 mil em recursos financeiros e R\$ 913.740.653,60 em ações do Banco ABN Amro Real S/A. Esta última parcela somente é majorada na escrituração para R\$ 1.662.910 mil em razão dos valores atribuídos às ações de Banco Sudameris S/A na sua tramitação por *Serra do Selado*. É certo, como firma o paradigma, que há laudo de avaliação sustentando o valor atribuído às ações de Banco Sudameris S/A. Contudo, o sacrifício experimentado por Banco ABN Amro Real S/A por

⁶ Em 24 de outubro de 2003 há um aumento de capital social de Flinders por Banco ABN Amro SA, no valor de R\$ 2.002 mil, em recursos financeiros, elevando para R\$ 528.756.900,00 o incremento inicial de R\$ 526.754.900,00, aportado para pagamento de 22,75% das ações de Banco Sudameris S/A e efetivamente destinado a este fim.

ocasião desta parcela do investimento não pode ser representado pela avaliação das ações adquiridas, mas sim pelo insubsistência patrimonial experimentada pelo adquirente.

E, apesar de ao final das operações, Banco ABN Amro Real S/A passar a deter 94,57% das ações de Banco Sudameris S/A, escriturando-as no valor atualizado total de R\$ 2.191.667 mil, fato é que a contrapartida deste ativo resulta em um aumento equivalente no patrimônio líquido, do qual apenas R\$ 913.740 mil favorecem a alienante, Banca Intesa S.p.A., para além da insubsistência ativa por entrega a esta de recursos financeiros no valor de R\$ 526.754 mil. E tal se dá justamente porque as ações de Banco ABN Amro Real S/A foram precificadas acima do valor patrimonial para “pagamento” à alienante, restando esta “reavaliação” diluída entre os demais sócios, e favorecendo a alienante apenas com R\$ 913.740 mil do incremento total de R\$ 1.662.910 mil.

Daí porque válida a conclusão de que no 2º fechamento não há ágio a ser reconhecido contabilmente, mas sim deságio, porque em contrapartida à obrigação com a nova sócia, no valor de R\$ 913.740 mil, a Contribuinte escriturou um novo ativo, ações, avaliadas em R\$ 976.988 mil.

Em verdade, quando as partes acordaram o coeficiente de 1,82 como representativo da relação entre o valor patrimonial das ações do Banco ABN Amro Real S/A e do Banco Sudameris S/A, este diferencial somente viria a se constituir custo de aquisição das ações quando Banca Intesa S.p.A. exercesse seu direito de resgatar as ações do Banco ABN Amro Real S/A pelo seu valor patrimonial multiplicado pelo referido coeficiente. Esta circunstância está descrita no acórdão recorrido quando transcreve o voto condutor do Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado no acórdão nº 1301-001.474:

De acordo com o Contrato de Compra e Venda das Ações (Stock Purchase Agreement), o valor patrimonial das ações foi multiplicado pelo índice de 1,82 de forma a corresponder ao valor de R\$ 1.662.910.100,00.

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

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

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

Em 19/06/2006 a Banca Intesa exerceu a sua segunda opção de permuta, só que desta feita entregou 70.638.889 ações do Banco ABN Real e ao invés de receber em troca de

ações da ABN Holding Holanda, recebeu o pagamento em dinheiro no valor de EUR 223.964.568,51 que correspondiam ao valor patrimonial das ações, multiplicado pelo coeficiente 1,82 previsto no contrato.

Na mesma data, a ABN Holding Holanda vendeu estas ações do Banco ABN Real para o ABN Bank Holanda, pelo mesmo valor da compra pago a Intesa.

E, como se pode ver nos autos do processo administrativo nº 16327.001697/2010-73, onde proferido o acórdão nº 1301-001.474, estas operações resultaram na escrituração de outras parcelas de ágio, quando a *holding* holandesa - ABN AMRO NV - aporta as ações resgatadas de Banco ABN Amro Real S/A em aumento de capital de BRI-PAR Dois Participações S/A, resgate este com pagamento à Banca Intesa S.p.A. do valor patrimonial das ações multiplicado pelo coeficiente de 1,82. Estas ocorrências, também referidas no acórdão nº 1301-001.474, estão transcritas no acórdão recorrido:

Em 28/06/2006 o ABN Bank Holanda aumentou o capital da empresa Bri Par Dois mediante a conferência das 141.277.778 ações do Banco ABN Real adquiridas nas operações acima relatadas, pelo mesmo valor pago. Nesta operação a Bri Par Dois registrou um ágio na aquisição das ações do ABN Real, baseado em laudo de expectativa de rentabilidade futura, limitado ao valor objeto de negociação fixado no Contrato de Compra e Venda (do Banco Sudameris) e de Opção de Permuta, celebrado entre as empresas do Grupo ABN e Grupo Intesa.

A recorrente apresentou um laudo de avaliação elaborado em 28/09/2006 da consultoria Deloitte (fls. 960) na qual a participação acionária no Banco ABN Real S/A, detida pelo ABN Bank Holanda, equivalente a 141.277.778 ações (7,72% do capital total), equivaleriam em 31/05/2006 ao valor de R\$ 1.447,77 milhões, com base na sua estimativa de mercado baseada em expectativa de rentabilidade futura.

No entanto, para fins de integralização do capital na Bri Par Dois adotou-se o valor de R\$ 1.192.790.121,00, equivalente ao valor pago em Euros, pelo ABN Bank Holanda, convertido à taxa de câmbio vigente em 26/06/2006, conforme Ata da AGE, realizada em 28/06/2006 (fls. 954/957).

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

Na mesma data, a ABN Holding Holanda vendeu estas ações do Banco ABN Real para o ABN Bank Holanda, pelo mesmo valor da compra pago a Intesa.

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

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

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

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

Registre-se que no acórdão nº 1301-001.474 não será negada a vinculação do ágio assim escriturado à aquisição da participação societária em Banco Sudameris S/A, inclusive afastando-se a cogitação de que o ágio seria interno ao grupo empresarial. Apenas não será admitida a sua dedução fiscal porque não provada a sua fundamentação em rentabilidade futura da adquirida, rejeitando-se os laudos produzidos três anos depois da aquisição e tendo em conta a avaliação de Banco ABN Amro Real S/A.

Assim, tem razão o I. Relator quando toma por premissa que, em operação entre partes independentes, foi estabelecido, como valor de negociação de 71,82% das ações de Banco Sudameris S/A, o valor de R\$ 1.662.910.100,00. Mas, não houve discussão, nestes autos, se a diferença entre este montante e o valor patrimonial das ações adquiridas decorreria de projeções de rentabilidade futura, razão pela qual esta Conselheira deixa de assim afirmar, e, principalmente, aquele acordo não basta para evidenciar houve sacrifício financeiro, naquele montante, experimentado pela adquirente. Ao menos não até o momento da escrituração do ágio cujas amortizações foram glosadas nestes autos.

Como evidenciado neste voto, no 2º Fechamento a insubsistência patrimonial verificada em desfavor da Contribuinte foi, apenas, o reconhecimento de uma dívida em favor de sua nova sócia – Banca Intesa S.p.A. – no valor de R\$ 913.740.653,60. Os encargos decorrentes da aplicação do coeficiente de 1,82 somente seriam experimentados – e de fato o foram – quando Banca Intesa S.p.A. exercesse seu direito de resgate das ações de Banco ABN Amro Real S/A e recebimento de 1,82 de seu valor patrimonial naquele momento futuro.

Contudo, com a interposição de *Serra do Selado* e *Flinders*, as partes negociantes lograram antecipar o registro escritural deste custo, bem como ocultar o ganho de capital auferido por Banca Intesa S.p.A. e que se submeteria à retenção na fonte pela adquirente brasileira.

Assim, apesar da concordância com o I. Relator acerca da existência de uma *relação negocial comutativa envidada entre partes independentes*, esta Conselheira entende que **a fixação do preço das ações a serem dadas em pagamento para fins de aquisição de investimento com sobrepreço** não basta para constituir custo de aquisição e, em consequência, eventual ágio amortizável, razão pela qual o presente voto é concordante com a autoridade

lançadora e o Colegiado *a quo*, no sentido de que o sacrifício financeiro no 2º Fechamento corresponde, apenas, a R\$ 913.740.653,60, NEGANDO PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa