



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

Processo n° 16561.000222/2008-72
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-00.802 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de outubro de 2011
Matéria IRPJ E CSLL - AÇÃO FISCAL
Recorrente BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004

AUDITORIA FISCAL. PERÍODO DE APURAÇÃO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA PARA CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VERIFICAÇÃO DE FATOS, OPERAÇÕES, REGISTROS E ELEMENTOS PATRIMONIAIS COM REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA FUTURA. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÕES. O fisco pode verificar fatos, operações e documentos, passíveis de registros contábeis e fiscais, devidamente escriturados ou não, em períodos de apuração atingidos pela decadência, em face de comprovada repercussão no futuro, qual seja: na apuração de lucro líquido ou real de períodos não atingidos pela decadência. Essa possibilidade delimita-se pelos seus próprios fins, pois, os ajustes decorrentes desse procedimento não podem implicar em alterações nos resultados tributáveis daqueles períodos decaídos, mas sim nos posteriores. Em relação a situações jurídicas, definitivamente constituídas, o Código Tributário Nacional estabelece que a contagem do prazo decadencial para constituição das obrigações tributárias, porventura delas inerentes, somente se inicia após 5 anos, contados do período seguinte ao que o lançamento do correspondente crédito tributário poderia ter sido efetuado (art. 173 do CTN).

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE FRAUDE. Nos lançamentos de ofício para constituição de diferenças de tributos devidos, não pagos e não declarados, via de regra, é aplicada a multa proporcional de 75%, nos termos do art. 44, inciso I, da Lei 9.430/1996. A qualificação da multa para o percentual de 150% depende não só da intenção do agente, como também da prova fiscal da ocorrência da fraude ou do evidente intuito desta, caracterizada pela prática de ação ou omissão dolosa com esse fim. Na situação versada nos autos não houve dolo por parte do contribuinte, logo incabível a aplicação da multa qualificada.

DECADÊNCIA. CONSTITUIÇÃO DE CREDITO TRIBUTÁRIO MEDIANTE AUTO DE INFRAÇÃO. IRPJ E CSLL. Desqualificada a multa de ofício, 'a luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestado em recurso repetitivo, havendo antecipação do pagamento dos tributos, o transcurso do prazo decadencial ocorrerá em 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, na forma do artigo 150, § 4º, do CTN.

Relatório

O contribuinte BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A. recorreu a este Conselho contra a decisão proferida pela 10ª. TURMA DA DRJ SÃO PAULO I/SP, em primeira instância, que julgou procedente a exigência consubstanciada no presente processo, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Em razão de sua pertinência, transcrevo o relatório da decisão recorrida:

Conforme o Termo de Verificação de Fiscal de fls.172/204, em fiscalização empreendida junto à empresa acima identificada, referente aos anos-calendário de 2002 a 2004, o autuante verificou em síntese que:

1. Tendo em vista o número e a similaridade dos nomes das empresas a seguir tratadas, cabe inicialmente relacioná-las abaixo:

1.1. Banco Santander Central Hispano S/A (SANTANDER HISPANO), instituição financeira constituída de acordo com as leis da Espanha, com sede em Santander, Espanha;

1.2. Banco do Estado de São Paulo S/A (BANESPA), CNPJ nº 61.411.633/0001-87;

1.3. Banco Santander S/A (SANTANDER S/A), CNPJ nº 90.400.888/0001-42;

1.4. Banco Santander Brasil S/A (SANTANDER BRASIL S/A), CNPJ nº 61.472.676/0001-72;

1.5. Santander Holding Ltda. (SANTANDER HOLDING), CNPJ nº 04.154.302/0001-75;

1.6. Meridional Holding Ltda. (MERIDIONAL HOLDING), CNPJ nº 03.116.561/0001-49.

2. Inicialmente cabe apresentar um histórico das operações comerciais e societárias que foram objeto da presente ação fiscal:

2.1. Em 04/10/2000, foi publicado o edital do Programa Nacional de Desestatização nº 03/2000, do BACEN, com a finalidade de alienar as ações do BANESPA por leilão em 20/11/2000 (fls.19/30).

2.2. Em 25/10/2000, foi constituída a SANTANDER HOLDING, com capital de R\$1.000,00, dividido em 1000 quotas, sendo os quotistas: (i) SANTANDER BRASIL S/A, com 999 quotas e (ii) AURÉLIO VELO VALLEJO, espanhol, CPF nº 215.139.658-40, com uma quota. A referida sociedade tinha como objeto social a participação e administração de bens próprios ou de terceiros, participação em outras sociedades, qualquer que fosse o respectivo objeto social, na qualidade de sócia minoritária ou controladora (fls.34/39).

2.3. Em 20/11/2000, o SANTANDER HISPANO, instituição financeira constituída de acordo com as leis da Espanha, com sede em Santander, Espanha, Paseo de Pareda nº 9 a 12, arrematou, em leilão, ações do BANESPA, por R\$7.050.000.000,00, cuja liquidação financeira deu-se em 27/11/2000 (fls.31).

2.4. Em 29/05/2001, foi efetuada a Primeira Alteração do Contrato Social da SANTANDER HOLDING (fls.40/43), tendo sido aumentado seu capital social de R\$1.000,00 para R\$9.574.901.000,00, mediante a criação 9.574.900.000 novas quotas, todas subscritas e integralizadas pelo quotista então admitido, SANTANDER HISPANO, mediante a conferência à sociedade de ações representativas do capital social do BANESPA, cujo valor atribuído foi de R\$9.574.900.000,00, equivalente ao montante investido pelo subscritor na aquisição das ações de emissão do BANESPA então contribuídas. O valor atribuído às ações de emissão do BANESPA para fins de sua contribuição ao capital social foi fundamentado em laudo de avaliação elaborado pela empresa KPMG CORPORATE FINANCE, CNPJ nº 48.883.938/0001-23. Ademais, o quotista AURÉLIO VELLO VALEJO transferiu sua única quota da SANTANDER HOLDING para o SANTANDER BRASIL S/A, pelo valor de R\$1,00, retirando-se, assim, da sociedade.

2.4.1. Informa a Fiscalização que o valor em questão incluía um ágio de R\$7.462.067.630,07 e um patrimônio líquido de R\$2.173.519.280,48 (fls.78).

2.5. Em 30/05/2001, o SANTANDER HISPANO transferiu, conforme a Segunda Alteração do Contrato Social da SANTANDER HOLDING (fls.44/50), as quotas de sua propriedade, representadas pelas ações do BANESPA, no valor de R\$9.574.900.000,00, para a MERIDIONAL HOLDING.

2.6. Em 29/06/2001, o SANTANDER S/A incorporou a MERIDIONAL HOLDING (fls.52), assumindo todos os seus direitos e obrigações, principalmente as quotas de titularidade desta última, no valor de R\$9.574.900.000,00.

2.7. Conforme a Terceira Alteração do Contrato Social da SANTANDER HOLDING (fls.51/55), o SANTANDER BRASIL S/A transferiu as 1.000 quotas de sua propriedade ao SANTANDER S/A, que passou a ser detentor da totalidade das quotas da SANTANDER HOLDING (fls.51/55).

2.7. Em 12/07/2001, o BANESPA incorporou sua controladora, a SANTANDER HOLDING (fls.56/60), iniciando a amortização do ágio, que ocorreu por meio da amortização dos seguintes valores: (i) R\$1.492.413.525,96, no ano-calendário de 2002; (ii) R\$895.942.350,64, no ano-calendário de 2003; e (iii) R\$1.426.929.732,13, no ano-calendário de 2004.

3. A análise dos fatos conduz à conclusão de que o BANESPA não preencheu as condições impostas pelo legislador para deduzir os encargos de amortização do ágio em comento, para efeito de apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, conforme o disposto nos artigos 7º e 8º, da Lei nº 9.532/97, no art.20, do Decreto-lei nº 1.598/77, que se encontram reproduzidos nos artigos 385 e 386, do RIR/99.

4. A Fiscalização não questiona a existência do ágio pago pelo SANTANDER HISPANO pelas ações do BANESPA.

5. Conforme a legislação tributária, a dedutibilidade dos encargos de amortização de ágio para fim de apuração do lucro real e base de cálculo da CSLL limita-se ao sobrepreço pago que esteja assentado em expectativas de rentabilidade futura. Quaisquer outros fundamentos econômicos que eventualmente tenham alicerçado o ágio pago não autorizam sua amortização para efeito da apuração do lucro real e base de cálculo da CSLL.

5.1. No caso em tela, não é concebível que todo o ágio pago pelo SANTANDER HISPANO tivesse como fundamento as expectativas de rentabilidade futura, uma vez

para sociedades domiciliadas no Brasil, porque a dedutibilidade dos encargos de amortização do ágio pressupõe que este tenha sido contabilizado em uma sociedade domiciliada no Brasil.

7.2. As condições de dedutibilidade de encargos de amortização de ágio prevista nos art.386, do RIR/99, têm como pressuposto uma anterior contabilização do custo de aquisição do investimento, nos termos do art.385, do RIR/99.

7.3. Contudo, o previsto no art.385, do RIR/99, não é aplicável ao SANTANDER HISPANO, porque se trata de sociedade domiciliada no exterior, que como tal não se enquadra no conceito de contribuinte, na acepção técnica empregada no *caput* do aludido dispositivo (saliente-se que tal sociedade tampouco se enquadra no art.147, II, do RIR/99). A contabilização deste ágio na sociedade adquirente deve se pautar nas regras do país de seu domicílio, a Espanha, cuja legislação eventualmente poderia também conceder benefícios fiscais em decorrência do pagamento acima do valor patrimonial de ações. Trata-se de contabilização em sociedade estrangeira, em relação à qual a legislação brasileira não pode ser impingida.

7.4. Uma vez que é inaplicável o art.385, do RIR/99, à operação que deu origem ao ágio pago na aquisição de ações do Banespa, também é certo que as operações societárias subsequentes não se subsumem à norma prevista no art.386, do RIR/99, já que a incidência daquela constitui pressuposto para a dedutibilidade autorizada por esta (atendidas as demais condições por ela impostas).

7.5. A despeito da tentativa do grupo econômico SANTANDER de transferir para o Brasil o ágio pago pela sociedade espanhola, em função da aquisição das ações da sociedade nacional, a legislação brasileira não autoriza que tal ágio seja aqui amortizado para efeito da apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL da sociedade nacional.

8. Um exame da devida contabilização das operações societárias empreendidas também torna indiscutível que o escopo único destas foi internalizar e carrear para o próprio BANESPA o ágio pago pela sociedade estrangeira.

8.1. Como o SANTANDER HISPANO é controlador do SANTANDER S/A, conclui-se que o investimento no BANESPA (incluindo o ágio pago) permaneceu por via indireta, mesmo após todas as operação societárias já decorridas, sob o controle da empresa espanhola que arrematou as ações com ágio. Assim, o ágio permanece indiretamente como um ativo da sociedade espanhola, por meio de sua participação na sua controlada brasileira.

8.2. A operação ora em exame, acerca da possibilidade de o BANESPA deduzir os encargos de amortização do ágio gerado na aquisição de suas próprias ações (salientando que o início da amortização deu-se após o BANESPA incorporar sua controladora, a qual seria supostamente detentora do ágio pago pela sociedade estrangeira na aquisição das ações do próprio BANESPA), não possui qualquer substrato do ponto de vista econômico. É ilógica a situação de uma pessoa jurídica deduzir de seus próprios resultados a amortização de um ágio gerado na aquisição de suas próprias ações, notadamente se este tinha como fundamento uma rentabilidade futura destes mesmos resultados.

8.3. Do ponto de vista contábil, o feito das operações societárias consistiu basicamente num lançamento artificial de ágio a débito do ativo do BANESPA e a crédito de seu passivo (exigível ou não exigível), no valor de R\$7.462.067.630,07.

Como demonstrado, apesar das operações societárias aparentarem uma licitude formal quando individualmente analisadas, o resultado final do conjunto teve por

objetivo burlar a legislação tributária, deduzindo ilegalmente encargos de amortização, em prejuízo da Fazenda Nacional.

8.4. Por consequência, impõe-se o lançamento de ofício dos créditos tributários do IRPJ e da CSLL, decorrentes da ilícita dedução dos encargos de amortização do ágio.

9. A situação descrita se subsume à hipótese prevista no art.72, da Lei nº 4.502/64, o que impõe a aplicação da multa no percentual de 150% prevista no §1º, do art.44, da Lei nº 9.430/96, tendo em vista a inexistência de sentido econômico da operação.

9.1. Ademais, a ilicitude das operações foi comprovada pelos seguintes aspectos:

9.1.1. A SANTANDER HOLDING foi constituída apenas como empresa veículo para carrear o ágio gerado em empresa estrangeira para o Brasil, de forma que fosse posteriormente utilizado para redução do lucro apurado na própria empresa em que o mesmo ágio foi gerado, qual seja, o BANESPA.

9.1.2. O SANTANDER HISPANO pagou pelas ações do BANESPA um montante de R\$7.050.000.000,00 quando da capitalização da SANTANDER HOLDING. Contudo, o capital representante das ações passou a R\$9.574.900.000,00, conforme laudo de avaliação, ampliando o ágio para R\$7.462.067.630,07, sem que houvesse contrapartida com fundamento econômico para tanto.

9.1.3. A natureza do ágio alegada no laudo de avaliação é de rentabilidade de exercícios futuros, ignorando a parcela derivada do fundo de comércio do BANESPA, pois a parcela do ágio neste fundada não geraria amortizações dedutíveis das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

9.2. Os fatos descritos evidenciam a simulação de uma operação envolvendo cinco empresas sediadas no Brasil e uma no exterior, com a finalidade de iludir o Fisco, cujo único resultado foi a redução ilícita no lucro do BANESPA. É incabível a internalização do ágio pago, porque ele permaneceu indiretamente sob o controle da sociedade espanhola. Sendo assim, houve a criação fictícia de um ativo (ágio) no BANESPA, a despeito de permanecer existindo como ativo na sociedade espanhola.

9.3. Pelo exposto, fica caracterizado o intuito de fraude, o que justifica a aplicação da multa qualificada.

10. Demonstrada a ocorrência de fraude, dolo ou simulação, inicia-se a contagem do prazo de decadência do direito de formalizar a exigência tributária no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser feito, a teor do disposto no art.173, I, do CTN, ainda que se trate de tributo cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de satisfazer a obrigação tributária sem o prévio exame da autoridade administrativa.

10.1. Consoante o exposto nos itens anteriores, houve a utilização de fraude (definida nos termos do art.72, da Lei nº 4.502/64) para a diminuição ilícita da base tributável do IRPJ e da CSLL. Assim, em relação à infração apurada, a contagem do prazo decadencial dos tributos dela decorrentes tem sua previsão legal pelo art.173, I, do CTN.

10.2. Destarte, em relação a fatos geradores do IRPJ ocorridos em 31/12/2002 (salientando que o fato gerador mais remoto ora em análise data de 31/12/2002), a data limite para o lançamento de ofício é o dia 31/12/2008.

11. Em face da incorporação do BANESPA pelo SANTANDER S/A, em agosto de 2006, houve a responsabilização da incorporadora pelos tributos devidos pela incorporada, a teor do art.132, do CTN, e do art.207, III, do RIR/99.

11.1. No caso em tela, a responsabilidade da incorporadora não se restringe aos tributos devidos, mas também às multas aplicáveis à incorporada, tendo em vista que as operações societárias ocorreram entre empresas controladas pelos mesmos sócios e administradores. Logo, é inadmissível haver o desconhecimento por parte do incorporador tanto em relação aos atos ilícitos praticados pelo incorporado, quanto no que concerne ao passivo da sociedade incorporada.

11.2. Ademais, embora o art.132, do CTN, se referir apenas a tributos, sem alusão a penalidades aplicáveis, a interpretação sistemática do dispositivo à luz do ordenamento jurídico conduz à conclusão de que a responsabilidade dos sucessores também alcança as sanções imponíveis aos sucedidos.

11.3. Logo, resta demonstrada a licitude da cominação de multas de ofício ao SANTANDER S/A, em face de infrações cometidas pelo sucedido BANESPA.

Em decorrência das constatações feitas pela Fiscalização, em 29/12/2008 foram lavrados Autos de Infração de IRPJ (fls.152/158) e CSLL (fls.162/169), com os valores a seguir discriminados:

Demonstrativo do IRPJ

Crédito Tributário	Enquadramento Legal	Valor em R\$
Imposto	Arts. 146, 147, 207, III, 249, I, 385, 386, do RIR/99; art.72, da Lei nº 4.502/64; art. 44, II, da Lei nº 9.430/96; e arts.129, 132, 150, §§1º e 4º, e art.173, I, do CTN.	920.863.646,09
Juros de Mora (até 28/11/2008)	Art.6º, §2º, da Lei nº 9.430/96.	638.190.293,07
Multa de Ofício	Art.44, II, da Lei nº 9.430/96.	1.381.295.469,13
	TOTAL	2.940.349.408,29

Demonstrativo da CSLL

Crédito Tributário	Enquadramento Legal	Valor em R\$
Contribuição	Art.2º e §§, da Lei nº 7.689/88; arts.57, e 58, da Lei nº 8.981/95; art.16, da Lei nº 9.069/95; art.1º, da Lei nº 9.316/96; art.28, da Lei nº 9.430/96; art.7º, da MP nº 1.807/99 e reedições; art.6º, da MP nº 1.858/99 e reedições; art.37, da Lei nº 10.637/02.	316.709.902,97
Juros de Mora (até 28/11/2008)	Art.28 c/c art.6º, §2º, da Lei nº 9.430/96.	218.096.122,38
Multa de Ofício	Art.44, II, da Lei nº 9.430/96.	475.064.854,44
	TOTAL	1.009.870.879,79

DA IMPUGNAÇÃO

A autuada apresentou a impugnação de fls.324/456, protocolizada em 28/01/2009 e acompanhada dos documentos de fls.457/656, expondo, em síntese, que:

Assinado digitalmente em 23/12/2011 por ALBERTINA SILVA SANTO GA DE SOUZA, Assinado digitalmente em 23/12/2011 por LEONARDO HENRIQUE MAGALHAES DE, Assinado digitalmente em 23/12/2011 por MOISES GIACOMELLI NUNES DA SILVA
Emitido em 23/12/2011 pelo Ministério da Fazenda

1. A Fiscalização não poderia questionar a legalidade dos atos que originaram o direito ao aproveitamento do ágio, eis que transcorreu o prazo decadencial de cinco anos entre os fatos que propiciaram o surgimento do ágio em 2001 e a lavratura dos autos de infração em questão (29/12/08).

1.1. No presente caso ocorreu a decadência do direito de o Fisco questionar a legalidade dos atos societários que originaram o ágio (integralização do capital na SANTANDER HOLDING e subsequente incorporação pelo BANESPA) e, como consequência, o direito ao seu aproveitamento que surgiu em 2001, ainda que os seus efeitos tenham ocorrido em momento subsequente (amortização realizada nos anos-base de 2001, 2002, 2003 e 2004).

1.2. As autuações do presente processo administrativo devem ser canceladas, pois já havia transcorrido o prazo de cinco anos entre os fatos que propiciaram o surgimento do ágio em 2001 e a lavratura dos autos de infração em questão (29/12/08).

2. A multa agravada de 150%, prevista no art.44, §1º, da Lei nº 9.430/96, não pode prevalecer, porque não houve fraude ou simulação nas operações que culminaram com a amortização do ágio pelo BANESPA.

2.1. O dolo, elemento essencial à tipificação da fraude e simulação, não pode ser presumido, precisa ser provado, o que não ocorreu no presente caso.

2.2. No caso em tela, as operações societárias foram registradas contabilmente e levadas ao conhecimento dos órgãos competentes, como a JUCESP, a RFB, o BACEN e a CVM.

2.3. A legalidade das operações foi analisada por empresa de consultoria e por auditores externos, que emitiram pareceres favoráveis.

2.3.1. Ao analisar a estrutura societária pretendida pela impugnante, os auditores externos não só atestaram a sua licitude e o seu propósito econômico como, também, afastaram a ocorrência de simulação ou abuso de forma ou direito, deixando claro que os atos praticados estariam de acordo com os dispositivos legais (Lei nº 9.532/97).

2.4. Todo o processo em questão iniciou-se por intermédio da aquisição das ações do BANESPA pelo SANTANDER HISPANO, por meio de leilão público, sem que tenha havido qualquer questionamento por parte da administração pública quanto à lisura dessa modalidade de licitação.

2.5. As operações societárias foram realizadas com evidentes e declarados propósitos negociais, qual seja, a aquisição do BANESPA por intermédio da operação mais correta, direta e adequada possível.

2.6. É incabível a imposição da multa agravada sob a alegação de que haveria simulação no presente caso, pois a empresa SANTANDER HOLDING foi legalmente constituída com o propósito de viabilizar o processo de aquisição das ações do BANESPA, por meio de leilão público, e não para obter, de forma ilícita, a redução do seu lucro.

3. Os créditos tributários do IRPJ e da CSLL relativos ao ano-base de 2002 foram atingidos pela decadência, nos termos do art.150, §4º, do CTN, uma vez que (i) não houve a comprovação de fraude ou simulação, que justificasse a aplicação da regra decadencial prevista no art.173, I, do CTN, e (ii) a impugnante somente foi cientificada da lavratura dos autos de infração em 30/12/08.

4. Ainda que fosse aplicável o art.173, I, do CTN, ao caso em tela, é certo que também transcorreu o direito de o Fisco constituir os créditos tributários do IRPJ e da CSLL relativos ao ano-base de 2002. Considerando-se que os fatos jurídicos tributários ocorreram em 31/12/02, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado seria o dia 01/01/03, quando então se iniciou o prazo decadencial de cinco anos para o Fisco efetuar o lançamento. Vale dizer, o prazo de que dispunha o Fisco para efetuar os lançamentos em questão expirou-se em 01/01/08.

5. A Fiscalização não analisou o contexto em que foram praticadas todas as operações descritas e por quais motivos foi indispensável a constituição da empresa SANTANDER HOLDING e demais operações societárias que se sucederam, com as peculiaridades próprias de uma operação de aquisição de ações em leilão público, com a participação de pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras.

5.1. É necessário esclarecer que uma coisa é o pagamento efetuado pela empresa SANTANDER HISPANO quando do leilão, que teve um ágio negocial e eventuais implicações para a referida instituição no seu país de domicílio; outra coisa é o ágio gerado em território nacional, por intermédio de uma operação societária legítima de integralização de capital com aquisição de participação societária. São duas realidades fáticas, contábeis, societárias e jurídicas distintas, porém ligadas por meio de uma finalidade, que era a aquisição do BANESPA.

5.2. O ágio gerado no Brasil decorre de uma operação de aumento de capital realizada pelo SANTANDER HISPANO junto à SANTANDER HOLDING (empresa brasileira residente), após ter adquirido as ações do Banespa em leilão público e em oferta pública de ações.

5.3. Os argumentos utilizados pelo Fisco (impossibilidade de condição de rentabilidade futura, ausência de propósito negocial, existência de típica sociedade veículo) não foram comprovados durante o processo fiscalizatório.

6. Em 30/07/2001, a controlada (BANESPA) absorveu o patrimônio da controladora (SANTANDER HOLDING) em virtude de incorporação. Tendo as ações da controlada sido adquiridas com ágio apurado com fundamento econômico no valor de rentabilidade dos resultados dos exercícios futuros, estabelece a legislação que será possível amortizar o valor do ágio nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados posteriormente à incorporação, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração (inciso III e §6º, do art.386, do RIR/99). A consequência legal da integralização das ações na SANTANDER HOLDING é o registro contábil do ágio.

6.1. O benefício fiscal previsto no art.386, do RIR/99, de aproveitamento do ágio como uma despesa dedutível tem como objetivo beneficiar situações como a do presente caso, pois tornava mais atraente a realização dos investimentos necessários para as privatizações.

6.2. Era comum que o ágio gerado em operações de privatização fosse aproveitado nas próprias empresas privatizadas, com o lucro por elas gerado, como é o caso dos autos. Neste sentido, há autorização expressa do art.386, §6º, II, do RIR/99, para aplicação do benefício fiscal quando a empresa incorporada fosse aquela que detinha a propriedade da participação societária.

6.3. O aproveitamento do ágio decorrente das privatizações, como trata o presente caso, representa a mera fruição de um benefício fiscal previsto em lei, e não

planejamento tributário, que possui todos os requisitos legais, motivação econômica e coerência das estruturas adotadas com a finalidade pretendida.

7. O Edital do Programa Nacional de Desestatização nº 3/2000, no qual estava incluído o BANESPA, dispunha que era possível a participação de licitantes tanto nacionais como estrangeiros, o que está em conformidade com o princípio constitucional de isonomia entre os concorrentes (inciso XXI, do art.37, da CF) e com o art.3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/93.

7.1. Outro fator fundamental para se garantir a isonomia entre os participantes na determinação do lance a ser oferecido é a igualdade do tratamento tributário, o que somente pode ser atingido pela neutralidade tributária da legislação no tratamento entre nacionais e estrangeiros.

7.2. Qualquer concorrente nacional estaria em vantagem sobre os eventuais concorrentes estrangeiros caso se opusessem dificuldades transversas (como ocorreu no presente lançamento tributário), à realização por estes de operações societárias legítimas que proporcionassem os mesmos efeitos tributários se realizadas por aqueles.

7.2.1. A Fiscalização não poderia estabelecer uma restrição ao grupo SANTANDER para o aproveitamento do benefício fiscal do ágio, por representar afronta à neutralidade de concorrência, nos termos do art.3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/93.

8. Os concorrentes estrangeiros, antes da realização do leilão público, não podiam, sob qualquer forma, ingressar recursos pecuniários em pessoas jurídicas no Brasil, uma vez que, se o fizessem, restaria prejudicado o sigilo do preço ofertado, elemento crucial para obtenção do lance vencedor.

8.1. As empresas do grupo SANTANDER em atividade no Brasil, à época do leilão, não possuíam grande estrutura patrimonial no Brasil, se comparada aos demais bancos aqui existentes. Dessa forma, para que fosse possível fazer o pagamento do lance apresentado, seria necessária a remessa desses recursos do exterior, diretamente pela matriz sediada na Espanha a uma dessas empresas.

8.2. Assim, dessa maneira, a eventual transferência desses recursos para a SANTANDER HOLDING (empresa do grupo SANTANDER no Brasil que poderia ser utilizada na aquisição do BANESPA) antes de finalizado o leilão, seria um ato que inviabilizaria o sigilo da proposta pretendida e, conseqüentemente, a realização do negócio.

8.3. As operações como realizadas, e só dessa forma poderiam ter sido realizadas, propiciaram atribuir neutralidade fiscal à operação, em obediência às normas legais.

8.3.1. Somente por meio da estrutura societária implementada pelo grupo SANTANDER, nos estritos termos da lei, bem como com a utilização da empresa SANTANDER HOLDING, foi possível atingir a aquisição do BANESPA em condições de igualdade com os demais concorrentes e com a garantia do sigilo da sua oferta.

9. Nos termos dos artigos 26, 27 e 28, da Lei nº 4.595/64, o capital inicial de uma instituição financeira deve ser integralizado exclusivamente em moeda corrente nacional e o aumento de capital pode ser feito em moeda corrente ou por incorporação de reservas ou reavaliação de parcela dos bens do ativo imobilizado. Logo, não existe a possibilidade legal de se aumentar o capital social de uma empresa financeira por meio da integralização de participação societária, motivo

pel qual houve a necessidade da empresa SANTANDER HOLDING, entidade não-

compõem a sua participação societária e não apenas na participação societária adquirida no leilão.

11.5. Cumpre observar que a marca da instituição financeira adquirida foi mantida durante o período estrito em que se procederam às integrações das plataformas tecnológicas dos dois bancos. Assim que procedida a uniformização, a marca foi abandonada, sem qualquer efeito para os negócios, prova de que não influenciou no pagamento do ágio.

12. O valor pago pelo SANTANDER HISPANO no leilão, num montante de R\$7.050.000.000,00, corresponde apenas à aquisição de parte das cotas pertencentes à União que eram objeto da alienação, aproximadamente 30% do capital social (60% do capital votante).

12.1. O SANTANDER HISPANO adquiriu, logo após o leilão, quase a totalidade das demais ações do BANESPA, por meio de oferta pública de ações concluída em 06/04/2001.

12.2. Em 29/05/2001, o SANTANDER HISPANO integralizou suas ações representativas de 97,2% do capital social do BANESPA na SANTANDER HOLDING, ou seja, nesse momento houve a aquisição da participação societária por parte da SANTANDER HOLDING pelo valor de R\$9,57 bilhões, investimento decorrente da participação no Patrimônio Líquido do BANESPA de R\$2,11 bilhões e ágio de R\$7,46 bilhões.

12.3. Reitere-se que esta etapa da operação foi realizada após o grupo SANTANDER ter participado do leilão público e após realizar oferta pública de ações para aquisição da quase totalidade do capital do BANESPA, e representa operação societária de integralização de capital, por meio da qual a SANTANDER HOLDING adquiriu, nos estritos termos da lei, as ações do Banespa, surgindo daí um ágio.

12.4. Pela análise da tabela de fls.438, constata-se que não houve reavaliação do ágio pago quando da aquisição das ações do Banespa pertencentes à União (leilão de 20/11/2000), mas somente a aquisição de novas ações, por meio de oferta pública e aquelas pertencentes aos funcionários, motivo pelo qual deve ser considerado o montante de R\$7.462.067.630,07 a título de ágio, a ser amortizado como benefício fiscal.

13. Conforme o art.132, do CTN, o sucessor responde apenas pelos tributos devidos até a data da sucessão. No caso em análise, a multa foi lançada em 30/12/2008, enquanto a incorporação deu-se no dia 31/08/2006. Portanto, não há que se manter a cobrança da multa punitiva em face da impugnante.

13.1. Como a multa em apreço somente foi lançada após o evento da incorporação, que ocorreu em 31/08/2006, sobre fatos de responsabilidade exclusiva da empresa incorporada, não se pode admitir a transferência dessa penalidade também em razão do seu caráter personalíssimo, ainda que as empresas sejam do mesmo grupo econômico.

14. Considerando-se a natureza remuneratória da taxa SELIC, a inconstitucionalidade de sua aplicação, bem como sua ilegalidade, não há que se admitir a utilização da mesma, no presente caso, com a natureza de juros de mora.

A decisão recorrida está assim ementada:

DECADÊNCIA. FATOS GENÉRICOS DO MUNDO FENOMÊNICO. ACEPTÃO TÉCNICA DE FATO GERADOR. É incabível afirmar que tenha ocorrido a decadência em relação a um fato genérico do mundo fenomênico. Na acepção técnica definida pelo CTN, a decadência somente pode se verificar em face de fatos geradores expressamente previstos em lei.

DECADÊNCIA. DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO. Quando a autoridade fiscal demonstra que ocorreram veementes indícios de dolo, fraude ou simulação, a decadência rege-se conforme o disposto no art. 173, inciso I, do CTN.

OPERAÇÃO SOCIETÁRIA. INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL DE SOCIEDADE LIMITADA POR MEIO DE CONFERÊNCIA DE AÇÕES. VALOR REAL DAS AÇÕES. INEXISTÊNCIA DE ÁGIO. Numa operação de integralização de capital de sociedade limitada, efetivada por meio de conferência de ações, deve ser considerado o valor real das ações fixado em relação ao patrimônio líquido da companhia. Cabe ressaltar que tal operação societária não possui o condão de produzir ágio, nem mesmo comporta a transferência de ágio eventualmente apurado na aquisição originária das ações.

EMPRESAS NACIONAL E ESTRANGEIRA. DIREITO INTERNACIONAL. LIMITE DE APLICAÇÃO DE ORDENS JURÍDICAS. Toda empresa, seja nacional ou estrangeira, está sujeita ao domínio de validade da ordem jurídica do respectivo Estado soberano, que é delimitado e circunscrito ao poder territorial de cada Estado.

LEILÃO. ESPÉCIE DO GÊNERO LICITAÇÃO. ISONOMIA DE CONDIÇÕES ENTRE LICITANTES. PRINCÍPIO DE VINCULAÇÃO AO EDITAL. INAPLICABILIDADE DE NORMAS TRIBUTÁRIAS ALHEIAS AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. O leilão, enquanto espécie do gênero licitação, é um procedimento vinculado, formalmente regulado em lei e regido pelo respectivo edital. A isonomia de condições entre licitantes é garantida pelo princípio de vinculação ao edital, o qual, todavia, não abrange a aplicação de normas tributárias alheias ao procedimento licitatório, em relação às quais não há qualquer previsão no edital.

REGISTRO DE OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS. ATRIBUIÇÕES DAS JUNTAS COMERCIAIS. COMPETÊNCIA DE EXAME FORMAL DO ATO MERCANTIL. Ao efetuarem o registro das operações societárias, as Juntas Comerciais se limitam a realizar um exame formal dos atos mercantis, verificando o atendimento das exigências estipuladas por lei. As Juntas não analisam nem a matéria de direito, nem realizam a investigação do mérito dos atos mercantis.

FUNDAMENTO ECONÔMICO DO ÁGIO. INDICAÇÃO DO ÁGIO FUNDAMENTADO EM FUNDO DE COMÉRCIO. Em função da expressa previsão legal do §2º, do art.20, do Decreto-Lei nº 1.598/77, o lançamento de ágio, decorrente de desdobramento do custo de aquisição, deve necessariamente identificar o respectivo fundamento econômico, de acordo com as alíneas do dispositivo legal em comento, que prevêem, dentre outras hipóteses, a necessária identificação do ágio fundamentado em fundo de comércio.

ÔNUS DA PROVA. DETERMINAÇÃO DO VALOR DO ÁGIO. ALEGAÇÃO DESACOMPANHADA DE PROVA. Cabe ao impugnante trazer juntamente com suas alegações impugnatórias todos os documentos que dêem a elas força probante.

MULTA AGRAVADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. Caracterizado o evidente intuito de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64,

impõe-se a aplicação da multa agravada, nos termos do §1º, do art.44, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007.

MULTA DE OFÍCIO. INCORPORAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA SUCESSORA. A pessoa jurídica incorporadora é responsável pelo crédito tributário da incorporada, respondendo tanto pelos tributos e contribuições como por eventual multa de ofício e demais encargos legais decorrentes de infração cometida pela empresa sucedida, mesmo que formalizados após a alteração societária, mormente se incorporadora e incorporada encontravam-se sob controle comum.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. A utilização da taxa SELIC para o cálculo dos juros de mora decorre de disposição expressa em lei, não cabendo aos órgãos do Poder Executivo afastar sua aplicação.

DEMAIS TRIBUTOS. MESMOS EVENTOS. DECORRÊNCIA. A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fato gerador de vários tributos impõe a constituição dos respectivos créditos tributários, e a decisão quanto à real ocorrência desses eventos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados. Assim, o decidido quanto ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica aplica-se à tributação dele decorrente.

LANÇAMENTO PROCEDENTE.

Cientificada da aludida decisão, a contribuinte apresentou recurso voluntário, no qual repisa as alegações da peça impugnatória, bem como contesta os fundamentos do acórdão recorrido. Transcreve-se, a seguir, a síntese dessas razões recursais:

PRELIMINARES

I - Da indevida inovação do lançamento por parte da Turma Julgadora

No Termo de Verificação Fiscal, o Sr. Auditor Fiscal expressamente **reconheceu que as operações societárias, quando analisadas individualmente, são lícitas**, embora o resultado final tivesse como objetivo, no seu entendimento, “*burlar a legislação tributária, deduzindo ilegalmente encargos de amortização em prejuízo da Fazenda Nacional.*”

Contudo, a Turma Julgadora sustentou, de forma absolutamente inovadora, que a **integralização das ações do Banespa deveria ter sido feita apenas pelo valor do patrimônio líquido (supostamente o valor real)**, sem considerar, para tal propósito, o valor relativo ao ágio (ou seja, o custo total do investimento).

Dessa forma, este novo critério jurídico somente poderia fundamentar a lavratura de um eventual novo auto de infração, jamais se aplicando a qualquer lançamento antecedente, sob pena de indevida mudança do critério jurídico.

II - “Preclusão” da possibilidade do Fisco questionar a legalidade dos atos societários que deram origem ao Ágio

Em **20/11/00** o Santander Hispano arrematou, em leilão, as ações do Banespa por R\$ 7.050.000.000,00, sendo que referida operação foi liquidada em 27/11/00. Ainda, após a realização do citado leilão, a aludida empresa espanhola fez uma Oferta

Pública de Ações para adquirir as demais participações societárias do Banespa que estavam no mercado.

Em **29/05/01**, o Santander Hispano aumentou o capital social da Santander Holding mediante a **subscrição e integralização das ações do Banespa, pelo valor atribuído de R\$ 9.574.900.000,00 (correspondente ao PL de R\$ 2.173.519.280,48 e ágio de R\$ 7.462.067.630,07)**. O valor relativo ao ágio foi devidamente contabilizado e declarado pela Santander Holding, conforme balanço patrimonial levantado em 30/06/01 e DIPJ (ficha 38 A).

Assim, o ágio **como elemento contábil e societário** decorrente das operações societárias realizadas, surgiu em **29/05/01**, com o aumento de capital da Santander Holding, tendo sido transferido ao Banespa por incorporação em **30/07/01**, momento a partir do qual passou a produzir efeitos tributários (amortização da base de cálculo do IRPJ e da CSLL).

Assim, não se pode **questionar a legalidade dos atos** que originaram o direito ao aproveitamento do ágio no presente caso, **eis que transcorreu o prazo decadencial de cinco anos entre os fatos que propiciaram o surgimento do ágio em 2001 e a lavratura dos autos de infração em questão (29/12/2008)**.

III - Da inexistência de fraude e simulação

Não há fundamento também para imputação da multa agravada de 150%, prevista no artigo 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96, porquanto **não houve fraude** nas operações que culminaram com a amortização do ágio pelo Banespa.

Para a caracterização da fraude, há que estar presente **a figura do dolo específico caracterizado pela intenção manifesta do agente de omitir dados, informações ou procedimentos que resultam na diminuição ou retardamento da obrigação tributária**.

Com efeito, quem age com intuito de fraude realiza operações proibidas, não as escritura em seus registros comerciais e fiscais, não declara essas operações nos formulários de entrega obrigatória e, quando fiscalizado, não entrega a documentação solicitada, procurando sob todas as formas ocultar essas operações. E mais, adultera documentos, utiliza-se de documentos calçados e paralelos, pessoas inexistentes ou “laranjas” e de documentos falsos e inidôneos.

No presente caso, nenhuma destas condutas foi praticada pelo Recorrente, conforme restou comprovado pelos documentos e argumentos abaixo mencionados:

(i) **Da publicidade dos atos societários que foram devidamente registrados nos órgãos competentes:** as operações societárias foram devidamente registradas contabilmente e levadas ao conhecimento de todos os órgãos competentes como JUCESP, BACEN e CVM, bem como refletidas em documentos fiscais e contábeis submetidos à Receita Federal.

(ii) **Das opiniões dos assessores e dos auditores externos:** para realizar as aludidas operações, o Recorrente contratou renomada empresa de consultoria especializada para analisar legalidade da reestruturação societária pretendida sob a óptica do parágrafo único ao artigo 116 do CTN.

Ainda, as demonstrações contábeis do Banespa, referentes aos anos-base de 2001 a 2004, nas quais já estava refletido o ágio e as respectivas amortizações, foram **devidamente analisadas e validadas pelos auditores independentes, especialmente pelas notas explicativas que acompanharam a publicação das mencionadas**

demonstrações contábeis, sem quaisquer ressalvas.

Na decisão ora recorrida, alega-se que os pareceres acostados à peça impugnatória padeceriam de erro. Contudo, mesmo que se houvesse erro na interpretação de lei no presente caso (que não ocorreu), não há que se falar em fraude, como já decidiu a Câmara Superior de Recursos Fiscais.

III.1 - penalidade qualificada – incorrência de verdadeiro intuito de fraude – erro de proibição – artigo 112 do CTN.

Em se tratando de matéria controvertida, tem-se que **o resultado final é apenas pela ocorrência de erro na interpretação da lei, mas não de fraude à lei.** Recurso negado” (g.n.) (Acórdão CSRF nº 02-02896)

(i) ***Do leilão público – ato administrativo válido:*** toda a reestruturação societária implementada pelo grupo Santander iniciou-se com a realização de leilão público, sem a menor possibilidade de conduta que tivesse por objetivo “esconder” qualquer ato do Fisco.

Destaque-se, inclusive, que o Sr. Agente Fiscal justifica a fraude pelo fato de o Recorrente ter oferecido um valor muito superior aos demais participantes. Contudo, esquece-se que esse valor foi pago como forma de garantir a vitória no Leilão e o **beneficiário foi a própria União!**

(ii) ***Da não ocorrência da “simulação de uma complexa operação”:*** não ocorreu no presente caso a prática de atos simulados tendentes a transmitir/conferir direitos a pessoa diversa do efetivo titular, uma vez que **todo o processo de compra do Banespa deveria iniciar-se, OBRIGATORIAMENTE, por intermédio do Santander Hispano** (empresa espanhola, não residente), conforme será demonstrado.

IV - Decadência do direito do Fisco lançar o IRPJ e a CSLL referentes ao ano-base de 2002

No presente caso: (i) os tributos exigidos – IRPJ e CSLL – estão sujeitos ao lançamento por homologação; (ii) os fatos jurídicos tributários ocorreram no período compreendido entre 31/12/02 e 31/12/04; (iii) não houve a comprovação de fraude, o que justificaria a aplicação da regra decadencial prevista no artigo 173, inciso I, do CTN e (iv) **o Recorrente somente foi cientificado da lavratura dos autos de infração em 30/12/08**, conclui-se que: os créditos tributários do IRPJ e da CSLL, relativos ao ano-base de 2002, já estavam fulminados pela decadência, nos termos do artigo 150, § 4º do CTN.

DO MÉRITO

V Da efetiva operação realizada – aquisição do Banespa para expansão das atividades do Grupo Santander no Brasil

Inicialmente, ressalte-se que os Srs. Agentes Fiscais, durante o processo de fiscalização, **não inquiriram**, em momento algum, o Recorrente a justificar os motivos econômicos ou jurídicos pelos quais as operações societárias foram praticadas, tais como descritas nos atos societários que lhes foram entregues. Ou seja, os lançamentos foram efetuados com base na **mera presunção** de que as operações praticadas não tiveram propósito negocial (presunção decorrente da simples leitura dos atos societários – “**análise das fotografias**”).

De fato, ao final da análise das operações em questão (“**análise do filme**”), restará comprovada que a forma jurídica adotada pelo grupo Santander, para participar no processo de leilão, foi a **mais direta, correta e adequada para atingir seu objetivo final: a compra do Banespa e a integração das atividades bancárias para obtenção de sinergia no grupo Santander, com o conseqüente aproveitamento do ágio decorrente dessa aquisição.**

Antes da aquisição do Banespa por meio do leilão ocorrido em novembro de 2000, o grupo Santander no Brasil possuía uma atividade bancária no País de pequeno porte, em face dos demais bancos privados aqui operantes. Esse panorama foi radicalmente alterado após a aquisição do Banespa.

Dessa forma, a inclusão do Banespa no Programa Nacional de Desestatização foi uma oportunidade única para o grupo Santander **ingressar definitivamente no mercado brasileiro e consolidar seu poder econômico no mercado nacional.**

Para se ratificar o até aqui exposto – aquisição do Banespa em razão de necessidade de expansão das atividades comerciais do grupo Santander – juntou-se ao autos a reportagem publicada na Revista Veja, Edição nº 1677, de 29/11/2000: ***“OLÉ! OS ESPANHÓIS RECONQUISTARAM A AMÉRICA - Santander compra o Banespa por 7 bilhões de reais, já é o terceiro maior banco privado do país e quer ser o número 1 até 2003”***

Com efeito, passa-se a expor as principais “**fotografias**” que compõem o “**filme**” da aquisição do Banespa, nas quais se perceberá a **validade de cada passo adotado pelo grupo Santander**, bem como o **sentido econômico e o propósito comercial** de toda essa operação:

(i) 25/10/2000 – **constituição da Santander Holding** com capital de R\$ 1.000,00, tendo como sócios o Banco Santander S/A e o Sr. Aurélio Velo Vallejo (21 dias após a publicação do edital do leilão);

(ii) 20/11/2000 – **Santander Hispano adquire as ações representativas de 30% do capital social do Banespa** por meio da apresentação do **maior lance secreto**, em envelope fechado, adquirindo o controle anteriormente pertencente à União:

Frise-se: esta foi a primeira etapa da operação e, **necessariamente**, realizada pelo Santander Hispano (empresa espanhola – não residente) tendo em vista as particularidades do processo de desestatização do Banespa, isto é: lance **secreto pelo maior valor**, após pré-qualificação dos concorrentes.

(iii) 06/04/2001 – **Santander Hispano conclui a aquisição de quase a totalidade das ações do Banespa**, por meio de Oferta Pública de Ações – OPA, (anunciada em 28/12/2000) chegando à participação societária de 97,2% do capital social, a um custo de aquisição de R\$ 9,57 bilhões;

(iv) 29/05/2001 – Santander Hispano integraliza suas ações representativas de 97,2% do capital social do Banespa na Santander Holding: **momento da aquisição da participação societária pela Santander Holding pelo valor de R\$ 9,57 bilhões – Investimento decorrente da participação no PL do Banespa de R\$ 2,11 bilhões e Ágio de R\$ 7,46 bilhões.**

Frise-se: esta etapa da operação foi realizada **após** o grupo Santander ter participado do **leilão público e após realizar oferta pública de ações** para aquisição da quase **totalidade do capital do Banespa**. Além disso, representa operação societária de

integralização de capital, por intermédio da qual a Santander Holding **adquiriu**, nos estritos termos da lei, as ações do Banespa, surgindo daí um ágio. Tal etapa da operação foi absolutamente necessária dentro do propósito negocial do grupo Santander, bem como trouxe neutralidade fiscal e isonomia entre todos os concorrentes (nacionais/estrangeiros).

(v) 30/05/2001 – Integralização das cotas da Santander Holding na Meridional Holding. Ato societário realizado para obtenção de sinergia do grupo Santander Brasil (simplificação da estrutura administrativa, integrando e racionalizando as estruturas societárias do grupo).

(vi) 29/06/2001 – Banco Santander S/A incorpora a Meridional Holding e passa a deter todas as quotas da Santander Holding (ato societário realizado para obtenção de sinergia do grupo Santander Brasil):

O Banco Santander Central Hispano detinha participações no Brasil em distintas instituições financeiras. Assim, com o objetivo de consolidar seus investimentos e permitir uma percepção de um único grupo no País, foi iniciado o processo de reestruturação a fim de racionalizar, em várias etapas, a estrutura societária no Brasil, bem como consolidar as operações em um único balanço. Tratou-se, portanto, de operação de simplificação de estrutura societária, buscando sinergia administrativa e integração das atividades bancárias.

(vii) 30/06/2001 – Constituição de Provisão – Exigência da CVM para proteger os acionistas minoritários do Banespa:

Esta etapa da operação foi realizada em conformidade com as exigências da CVM e do BACEN (Instruções CVM nºs 319/99 e 349/01; Circular BACEN nº 3.017/00), com o intuito de proteger, quando da incorporação da Santander Holding pelo Banespa (etapa que se verá adiante), o fluxo na distribuição de dividendos aos acionistas minoritários.

Ressalte-se, portanto, que a constituição dessa provisão tem como objetivo a **boa prática de governança corporativa (proteção do acionista minoritário contra o efeito contábil da amortização futura do ágio na distribuição dos benefícios gerados pela sociedade)**, permitindo a manutenção do fluxo de dividendos e a transparência nas demonstrações contábeis de maneira a deixar evidente, para qualquer interessado, os resultados operacionais do Banespa (e atualmente do Recorrente). Não existe nenhum efeito fiscal nesta operação. Pelo exposto, nota-se, desde já, outro equívoco cometido pela Turma Julgadora ao afirmar que a provisão foi indevida (fls. 1454).

(viii) 30/07/2001 – O **Banespa incorpora a Santander Holding e passa a amortizar o ágio** – ato societário realizado para utilização de tratamento fiscal previsto em lei (art. 386, III, e § 6º, II, do RIR/99)– não há qualquer planejamento tributário, trata-se de “opção legal”:

Com esta operação, o Banespa incorpora o acervo da antiga Santander Holding passando a exercer a atividade bancária plena, como uma das instituições financeiras do grupo Santander, continuando o processo de integração de atividades bancárias e buscando sinergia administrativa e tecnológica. Esse processo continuou a ser realizado pelo grupo Santander até que em 2006, após concluído o processo de renovação e integração tecnológica total, os vários bancos foram integrados juridicamente com a criação de um único banco do grupo: o **Banco Santander (Brasil) S/A – atual Recorrente**.

Conforme se depreende dos atos acima descritos, todas as operações realizadas pelo grupo Santander tiveram como objetivo criar uma estrutura societária que tornasse viável, como planejamento estratégico, a aquisição do Banespa, com o conseqüente aproveitamento do direito à amortização fiscal do ágio gerado na integralização das suas cotas na Santander Holding, **exatamente nos termos do artigo 386, § 6º, inciso II, do RIR/99.**

Com efeito, dentro de todo esse contexto, nota-se que as operações realizadas não passaram de um conjunto de operações societárias usuais, normais e necessárias para adquirir o Banespa e iniciar a expansão dos negócios comerciais e, ainda, reduzir as complexidades estruturais de um Grupo Econômico em crescimento, que atualmente caminha para atingir o objetivo de seu planejamento estratégico.

III - Legitimidade da aquisição do investimento com ágio pela Santander Holding e posterior aproveitamento fiscal pelo Banespa

Natureza Jurídico/Contábil do Ágio na Aquisição de Participações Societárias

No presente caso, pode-se distinguir dois fatos jurídicos distintos e autônomos de aquisição das ações do Banespa:

(i) FATO JURÍDICO 1: aquisição, pelo **Santander Hispano**, de ações do Banespa correspondentes a 97,02% do seu capital social, mediante o pagamento de R\$ 9,57 bilhões (custo de aquisição – valor pago no leilão e na OPA). A contabilização desse investimento deve seguir a legislação da Espanha;

(ii) FATO JURÍDICO 2: aquisição, pela **Santander Holding**, de ações do Banespa correspondentes a 97,02% do seu capital social, por meio da conferência em integralização de capital realizada pelo Santander Hispano, no valor de R\$ 9,57 bilhões (transferência pelo custo de aquisição na conferência de ações).

Como conseqüência desses dois fatos jurídicos autônomos de aquisição de participação societária, tem-se a seguinte conseqüência para as duas pessoas jurídicas em destaque:

(i) O Santander Hispano deixou de possuir em seu ativo as ações do Banespa pelo custo de aquisição de R\$ 9,57 bilhões e passou a possuir em seu ativo um investimento em outra sociedade controlada (Santander Holding) no mesmo valor de R\$ 9,57 bilhões – troca de ativos;

(ii) A Santander Holding teve um aumento no seu ativo no valor de R\$ 9,57 bilhões correspondente ao investimento no Banespa, como contrapartida do aumento de capital integralizado pelo Santander Hispano.

Portanto, em conformidade com os princípios contábeis geralmente aceitos e nos termos do artigo 20 do DL nº 1.598/77 e da Instrução CVM nº 247/96, a Santander Holding **desdobrou o valor total do custo de aquisição das ações do Banespa** (R\$ 9,57 bilhões) em valor do investimento pela equivalência patrimonial (R\$ 2,11 bilhões) e ágio (R\$ 7,46 bilhões).

Da Licidade da Aquisição de Participação Societária com Ágio Conferida em Integralização de Ações.

Os Srs. Agentes Fiscais manifestaram-se expressamente acerca da operação em que o Santander Hispano conferiu as ações do Banespa em integralização de capital na Santander Holding (operação em que foi gerado o ágio objeto de amortização no presente caso), **concluindo que todas as operações consideradas isoladamente foram lícitas.**

Ocorre que, conforme demonstrado anteriormente, a Delegacia de Julgamento trouxe um novo fundamento jurídico aos autos, na tentativa de validar as autuações em questão: *a impossibilidade de conferência das ações do Banespa com ágio em integralização de capital na Santander Holding, pois as ações deveriam ter sido conferidas pelo valor de patrimônio líquido (suposto valor real).*

Contudo, não há nenhum óbice na legislação a que **o bem conferido em integralização de capital seja avaliado a valor de mercado, desde que amparado por laudo de avaliação (o que existe no presente caso).**

Ademais, é totalmente coerente que o valor do ágio esteja contabilizado na mesma pessoa jurídica que é detentora do investimento, pois só assim será possível a amortização desse ágio contra os lucros futuros que o justificaram.

Neste exato sentido é a conclusão do parecer elaborado para o presente caso, pelo Prof. Dr. **Alexsandro Broedel Lopes**, Titular do Departamento de Contabilidade da FEA-USP, Membro do IASB, FIPECAFI e atualmente Diretor da CVM:

*“É nosso entendimento que o ágio representado pela aquisição das ações do Banespa pelo Banco Santander Central Hispano S.A., posteriormente conferidas em integralização de capital na Santander Holding S.A., **deve ser amortizado na mesma entidade que possuir os investimentos referidos.** Entendemos que o ágio deve seguir o ativo que o gerou e não permanecer na entidade que adquiriu os investimentos – bem como sua respectiva amortização. É nossa opinião que esse é o tratamento adequado da questão indagada pela consulente com base nas informações fornecidas e nos Princípios Contábeis Geralmente Aceitos (PCGA) no Brasil à época da realização das operações.” (g.n.)*

Tratamento Tributário do Ágio – Dedução Fiscal da Amortização

No presente caso, em que **(i) a controlada (Banespa) absorve patrimônio da controladora (Santander Holding) em virtude de incorporação; (ii) tendo as ações da controlada sido adquiridas com ágio; (iii) apurado com fundamento econômico no valor de rentabilidade dos resultados nos exercícios futuros; (iv)** estabelece a legislação que será possível amortizar o valor do ágio nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração (inciso III e § 6º do artigo 386 do RIR/99).

A dedutibilidade fiscal da amortização do ágio, gerado na aquisição de sociedades, teve como **objetivo incentivar a prática de fusões e aquisições, especialmente quando se tratavam de estatais em processos de privatização** – como é o caso dos autos. Efetivamente, a possibilidade de aproveitamento do ágio induziria a uma **oferta maior do preço que seria pago ao Estado**, fomentando, portanto, as privatizações.

Ademais, também era muito comum que o ágio gerado em operações de privatização fosse aproveitado nas próprias empresas privatizadas, com o lucro por elas gerado

como é o caso dos autos. Neste sentido, como já mencionado **existe autorização expressa do artigo 386, § 6º, inciso II, do RIR/99** para aplicação da dedução fiscal quando a empresa incorporada fosse aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Portanto, o aproveitamento do ágio decorrente das privatizações, como trata o presente caso, representa a mera fruição de um **tratamento fiscal previsto em lei e não planejamento tributário. É exatamente este efeito fiscal (esse direito) que qualquer que fosse a pessoa jurídica adquirente do Banespa, residente ou não residente, no processo de leilão, teria direito de usufruir, diferentemente do que entenderam os Sr. Julgadores na decisão ora recorrida.**

Rentabilidade Futura como Fundamento Econômico do Ágio

A aquisição da participação societária que está sob análise é a decorrente da conferência de capital na Santander Holding, cujo fundamento econômico na expectativa de rentabilidade futura está **devidamente comprovado por meio de laudo de avaliação de empresa especializada.**

Inicialmente, destaque-se que **não foi feita qualquer prova, pela Fiscalização, de que o ágio integralizado pelo Santander Hispano englobaria algum valor correspondente ao fundo de comércio adquirido do Banespa, tampouco qual seria a parcela desse montante que comporia o total do custo de aquisição das ações pela Santander Holding.**

Além disso, também se faz necessário deixar claro que o Laudo elaborado **por empresa de avaliação especializada (KPMG Corporate Finance) não foi questionado em momento algum.** Caso os fundamentos econômicos deste laudo tivessem sido analisados durante a fiscalização, ficaria claro ao Sr. Agente Fiscal que o valor do ágio pago para a aquisição das ações do Banespa se justificam, sim, no valor da expectativa de rentabilidade futura e, inclusive, contemplavam a subsequente oferta pública que sucedeu a aquisição das ações do Banespa no processo licitatório.

Ademais, apenas a título exemplificativo, o Recorrente deixou claro em sede de impugnação que a **marca Banespa**, isoladamente, não teve relevância para a determinação do valor do investimento. Verifica-se, inclusive, que a marca “Banespa” foi comercialmente abandonada, prova de que não influenciou no pagamento do ágio.

De fato, o §2º do artigo 20 do DL nº 1.598/77 determina ser obrigatória a indicação do fundamento econômico para o lançamento do ágio em um dos seguintes critérios: **(i)** valor de mercado de ativos; **(ii)** expectativa de rentabilidade futura; ou **(iii)** fundo de comércio, intangíveis ou outras razões econômicas.

Contudo, este dispositivo legal não estabelece a obrigatoriedade de consideração de todos os critérios mencionados, mas ao menos um “**dentre**” eles. Também não há uma ordem lógica ou pressuposta para a atribuição de destes fundamentos. Tal determinação nem seria possível, pois o fundamento econômico para o pagamento de ágio em uma aquisição de bens (no caso ações do Banespa) é critério de decisão único e exclusivo do adquirente. Trata-se de prerrogativa negocial que é própria da livre iniciativa das partes na motivação para determinação do preço do ativo.

envelope opaco fechado, com o lance em moeda corrente nacional. **A importância do sigilo consistia no fato de que o Santander Hispano somente poderia arrematar o Banespa, sem a necessidade de realizar lances a viva voz, caso não houvesse nenhum lance igual ou superior a 80% do valor do seu lance nos demais envelopes.**

De fato, caso as grandes instituições brasileiras, à época, acreditassem que o grupo Santander iria realmente participar do leilão, com uma proposta competitiva, elas pagariam qualquer preço para evitar o ingresso de mais um concorrente “de peso” no mercado nacional (conforme se depreende da afirmação feita por Gabriel Jaramillo, o presidente do Santander no Brasil, à época, em entrevista à Veja em 29/11/2000, logo após a aquisição do Banespa)

Portanto, não resta dúvida que o sigilo do lance que foi apresentado pelo grupo Santander, para a aquisição do Banespa, era fundamental para que ele fosse vencedor na privatização. Este sigilo somente foi possível com a realização da operação tal como descrita anteriormente.

Isto porque, caso o Santander Hispano tivesse capitalizado qualquer sociedade nacional, anteriormente à participação no leilão, estaria deflagrando aos demais participantes qual seria o preço que pretendia pagar, impedindo o sigilo da oferta. Caso isso ocorresse, os bancos nacionais certamente aumentariam suas ofertas, de forma a inviabilizar o ingresso do grupo Santander como um concorrente tão expressivo no mercado nacional. Não é à toa o brocardo popular: “o segredo é a alma do negócio”.

Qualquer movimento cambial correspondente a R\$ 7.050.000.000,00 afetaria o mercado como um todo (balança de pagamentos) e seria de conhecimento público com facilidade. A movimentação de divisas dessa magnitude provocaria a identificação do valor supostamente pretendido pelo grupo Santander para aquisição do Banespa, o que, certamente, frustraria tal objetivo.

Ademais, trazer ao País, previamente ao leilão público, o aludido valor sem a certeza da vitória no processo licitatório seria extremamente custoso e irrazoável (lembre-se que é época era exigida a CPMF, além de todos os demais custos bancários e riscos atinentes à moeda).

VI - Da Necessidade (Imprescindibilidade) da Santander Holding – Fundamento Econômico para o Presente Concreto.

Afirma a decisão ora recorrida que a Santander Holding seria uma “empresa veículo”, uma “empresa de passagem”, pois teria uma duração efêmera, sem “propósito negocial” e “sem funcionários”.

Contudo, destaque-se inicialmente que, nos termos da Lei nº 4.595/64 (artigo 28), o **aumento de capital**, em uma instituição financeira, pode se dar, **tão somente**, pelas seguintes formas:

(i) em moeda corrente; **ou (ii)** incorporação de reservas; **ou (iii)** reavaliação das parcelas dos bens do ativo imobilizado.

Regulamentando a mencionada norma, o BACEN editou a Circular nº 2.750/97 (artigo 2º) que deixa evidente que o aumento de capital social nas instituições financeiras só pode ser feito por moeda corrente (recursos de acionistas ou quotistas) **ou por reservas de capital ou lucros. No mesmo sentido é o o Plano de Contas COSIF (item 2)**

operação deve ser **analisada como um filme**, no qual se percebe todos os atos que foram executados no contexto de aquisição do Banespa no processo de privatização, por meio de lance realizado pelo Santander Hispano.

No presente caso está evidente que o propósito ou a finalidade não é evitar a incidência do ganho de capital. De fato, se há algum ganho na venda do Banespa neste processo de privatização, **este ganho é da União e não do grupo Santander**.

Ainda, o precedente administrativo citado pelos Srs. Agentes Fiscais trata, na verdade, **de operação realizada entre particulares**, num contexto totalmente distinto de um leilão público de privatização, seja pelo procedimento licitatório previsto em Lei no presente caso, seja pelo porte da operação de aquisição do Banespa (“jóia da coroa” das privatizações).

Imprescindibilidade da Santander Holding como Forma de Proteção dos Minoritários – Fundamento Econômico para a Operação

Deve-se destacar ainda que, antes da incorporação pelo Banespa, a Santander Holding registrou em seu passivo exigível uma **provisão** equivalente ao valor do ágio que estava registrado em sua contabilidade.

De fato a proteção do direito ao fluxo de dividendos dos minoritários encontra-se prevista e regulamentada no artigo 6º da Instrução CVM nº 319/99 (com redação dada pela Instrução CVM nº 349/01), bem como no artigo 16 da mesma norma. Esta previsão também está expressa nos artigos 1º, 7º e 8º da Circular BACEN nº 3.017/00, que trata do processo de incorporação.

Esta provisão foi constituída como forma de evitar os efeitos negativos do ágio no patrimônio líquido do Banespa, decorrentes da sua amortização após a incorporação. Desta forma, **com a amortização do ágio nos exercícios subseqüentes pelo Banespa (e pelo Recorrente após a incorporação), em contrapartida do resultado do período, igual valor da referida provisão seria, também, creditado no resultado, de modo a anular o efeito da amortização do ágio no fluxo de distribuição de dividendos**.

VII - Da Teoria do Propósito Negocial –Aplicabilidade às Operações Praticadas Da Teoria do Propósito Negocial – Aplicabilidade às Operações Praticadas

Motivo, Finalidade e Congruência do Negócio Jurídico

No presente caso, mesmo admitindo-se os pressupostos da doutrina do propósito negocial para a validade do planejamento tributário (o que não é o caso dos autos), ainda assim **encontram-se presentes o motivo, a finalidade e congruência dos atos**:

O **motivo** foi a aquisição do Banespa em processo de privatização, com a consequente amortização fiscal do ágio gerado nessa aquisição, nos termos da Lei.

A **finalidade** da operação era a aquisição de uma instituição financeira de grande porte e aumento da participação no mercado brasileiro.

Todos os atos societários praticados inserem-se congruentemente neste contexto da aquisição de uma instituição financeira por outra: (i) a forma de participação no leilão; (ii) os fluxos de caixa ocorridos; (iii) a necessidade da constituição de todas

as sociedades envolvidas; e (iv) todas as operações realizadas para reduzir estruturas e obter a sinergia e consolidação do grupo Santander no Brasil.

Coerência com o Planejamento Estratégico do Empreendimento Econômico

Poder-se-ia ainda cogitar da aplicação de mais um limite ao suposto “planejamento tributário” (insista-se que não é o caso dos autos) praticado no presente caso. Trata-se da coerência da questão com o planejamento estratégico do empreendimento econômico.

Este último limite ao “planejamento tributário” consiste na análise da operação no contexto empresarial e na verificação de sua coerência com as estratégias e os planos futuros do empreendimento como um todo.

De fato, como demonstrado, o grupo Santander possuía e possui um planejamento estratégico para o Brasil claro e definido. Seu objetivo de longo prazo, declarado inclusive por meio de notícias veiculadas em jornais e revistas desde a época da aquisição do Banespa, é o de se tornar o maior Banco privado em atividade no território nacional.

A aquisição do Banespa, como já mencionado, foi apenas um capítulo desse filme projetado há muito tempo, mas o filme ainda não acabou, como se percebe das mais recentes aquisições feitas por esta instituição financeira.

VIII Da Inexistência de Previsão Legal para a Adição, à Base de Cálculo da CSLL, da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Indedutível

Ainda, mesmo que se considere a amortização fiscal do ágio indedutível para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ no presente caso, o que se admite apenas a título argumentativo, é possível concluir que **o lançamento de CSLL não possui fundamento legal**, motivo que enseja a reforma da decisão ora recorrida e o cancelamento do auto de infração em comento, conforme já se manifestou esse E. Conselho.

“CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO – BASE DE CÁLCULO – ADIÇÕES – ILEGALIDADE – ART. 57 – LEI Nº 8.981/95 – INAPLICABILIDADE. A adição á base de cálculo da CSLL do valor da amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pela equivalência patrimonial não encontra previsão legal, não podendo ser exigida do contribuinte. Não se aplica à presente questão o art. 57 da Lei nº 8.981/95, pois tal dispositivo não determina que a base de cálculo da CSLL seja idêntica à base de cálculo do IRPJ, nem que as adições devem ser as mesmas.” (Acórdão nº 107-07315)

IX - Da Impossibilidade do Lançamento da Multa de Ofício na Hipótese de Responsabilidade Tributária por Sucessão

Ademais, o Recorrente foi autuado na qualidade de sucessor por incorporação. Contudo, **como a multa em apreço somente foi lançada após o evento da incorporação**, que ocorreu em 31 de agosto de 2006, sobre fatos de responsabilidade exclusiva da empresa incorporada, não se pode admitir a transferência dessa penalidade, também em razão do seu caráter personalíssimo, ainda que as empresas sejam do mesmo grupo econômico, conforme já assentou a jurisprudência (judicial e administrativa) sobre o tema, razão pela qual o Recorrente

aguarda que a decisão ora recorrida seja reformada integralmente e seja exonerada a multa de ofício em apreço.

X Da não Incidência da Taxa de Juros Selic sobre a Multa de Ofício

Por fim, **os juros calculados com base na taxa SELIC não poderão ser exigidos sobre a multa de ofício lançada**, por absoluta ausência de previsão legal, motivo pelo qual deverá esse E. Conselho determinar o seu cancelamento.

DO PEDIDO

Ante o exposto e ratificando-se as demais alegações de defesa desenvolvidas em sede de recurso voluntário, espera o Recorrente que este Egrégio Conselho reforme a decisão ora recorrida, com o conseqüente cancelamento integral dos autos de infração objeto do presente processo administrativo (...)

Instada a manifestar-se nos termos do art. 48, §3o. do anexo II Regimento Interno do CARF, a douta PGFN apresentou contrarrazões de fls. , cujos a essência de transcreve-se (*verbis*):

26 - Dessa forma, ultrapassada a preliminar de decadência apresentada pelo contribuinte, **passa-se à análise do mérito.**

II. “Ágio de si mesmo”.

27 - Como já relatado acima, o litígio envolve basicamente dois acontecimentos. O primeiro concerne na aquisição do Banespa com ágio pelo Santander Hispano. Nesse ponto, não há divergência de que o Santander Hispano efetivamente pagou ágio pela aquisição do investimento.

28 - O segundo acontecimento foi a subscrição, pelo Santander Hispano, de ações do Santander Holding, com a entrega do investimento no Banespa e sua avaliação pela rentabilidade futura.

29 - A fiscalização, e o próprio contribuinte, citaram durante o processo alguns documentos que atestam que a efetiva finalidade da segunda operação era possibilitar a transferência, para a empresa operacional, do ágio pago pelo Santander Hispano na aquisição do Banespa. NAO

30 - Ora, se a essência de todo o negócio jurídico em tela foi o de possibilitar a transferência do ágio pago pelo Santander Hispano para o Banespa, a segunda operação (subscrição, pelo Santander Hispano, das ações do Santander Holding com o investimento no Banespa), deveria, em verdade, ser desconsiderada, pois representa mera formalidade. Não tem verdadeira substância econômica.

31 - E isso resta patente não apenas por todos os documentos existentes nos autos que demonstram a verdadeira causa negocial, como na própria utilização de “empresa veículo” (a Santander Holding, com existência efêmera, sem nenhuma atividade econômica – declarações de rendimentos não revelam nenhuma outra atividade a não ser a participação no Banespa -, sem funcionários, com capital inicial

de R\$ 1000,00 e que recebeu, em subscrição de capital, investimento com o impressionante valor de R\$ 9.574.901.000,00).

32 - Todavia (e de forma contraditória), uma das alegações do contribuinte é o de que a primeira e a segunda operação devem ser analisadas de forma independente. Ou seja, a segunda operação não representaria uma seqüência da primeira, em que efetivamente houve dispêndio de recursos e efetivo pagamento de ágio, mas uma operação autônoma, que gerou um novo ágio.

33 - Nesse sentido, pede-se *venia* para transcrever o seguinte trecho do recurso voluntário:

(...)

34 - No seu “memorial complementar”, apresentado após a última sessão de julgamento, o contribuinte reiterou o argumento, citando em seu favor o acórdão n.º 1101-00.354, que negou provimento a recurso de ofício. Naquela decisão, em síntese, a DRJ julgou que não há possibilidade jurídica de transferência de ágio entre sociedades mediante subscrição de capital em empresa veículo e sua posterior incorporação pela empresa operacional. Para a DRJ, a subscrição de capital dá origem a um ágio específico, que não se comunica com as operações anteriores.

35 - Entretanto, o argumento do contribuinte em nada o aproveita. Ao inverso, justifica o auto de infração.

36 - Com efeito, considerar a segunda operação como um fato distinto e autônomo em relação à primeira (aquisição do Banespa por Santander Hispano, com ágio), implica, portanto, em buscar o fundamento do ágio amortizado exclusivamente na segunda operação (subscrição de capital por Santander Hispano em Santander Holding).

37 - Na segunda operação, o ágio amortizado decorreu da avaliação do Banespa para fins de subscrição de capital no Santander Holding, de acordo com os arts. 7º e 8º da Lei das S/A. O critério de avaliação utilizado foi o valor de rentabilidade futura do Banespa. Posteriormente, o Santander Holding foi incorporado pelo próprio Banespa, possibilitando a amortização.

38 - Entretanto, nessa hipótese (analisando-se exclusivamente a segunda operação), o ágio amortizado pelo Banespa nasceu mediante operação entre sociedades do mesmo grupo econômico, com utilização de empresa veículo, não importou em dispêndio de recursos, e resultou da projeção da sua própria rentabilidade. **Ou seja, o valor amortizado pelo Banespa decorreu da rentabilidade do próprio Banespa.**

39 - Ora, essa é exatamente a descrição do conhecido planejamento “ágio de si mesmo”, que já foi devidamente proscrito pela jurisprudência do CARF!!!

40 - Nesse ponto, pede-se *venia* para transcrever ementa e voto condutor do acórdão 1301-00058, que reflete, de forma bastante didática, o entendimento do CARF a respeito do planejamento “ágio de si mesmo”. Em suma, o Conselho vem decidindo que a despesa, quando tem por base a mais valia do patrimônio da própria sociedade que se beneficiará da amortização, aproveitada mediante operação com empresa veículo, na verdade está sendo “criada” sem uma base fática, e portanto não pode ser amortizada. Confira-se:

“Acórdão 1301-00.058 - 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária

DESPESA DE ÁGIO. DESCARACTERIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE — Não há que se falar em despesas de ágio na situação em que os montantes correspondentes decorrem de expectativas de rentabilidade daquele que se beneficiou da redução do lucro tributável.

(...)

41 - Veja-se que se a subscrição de capital por Santander Hispano em Santander Holding fosse mesmo um fato *distinto e autônomo da aquisição das ações do Banespa*, então o fundamento do ágio pago por Santander Hispano na aquisição do Banespa não seria o mesmo da subscrição de capital no Santander Holding. E, se isso fosse procedente, o ágio amortizado pelo Banespa teria origem num negócio jurídico entre empresas do mesmo grupo, com utilização de empresa veículo, em que não houve verdadeiro dispêndio de recursos, e seu fundamento seria a rentabilidade do próprio BANESPA. Tal descrição corresponde exatamente ao planejamento “ágio de si mesmo”!

42 - A fiscalização percebeu tal problema, ao afirmar que “o que aqui se examina é a possibilidade de o Banespa deduzir os encargos de amortização do ágio gerado na aquisição de suas próprias ações (...). Ora, do ponto de vista econômico, a situação se apresenta sem qualquer substrato. É desprovida de significado econômico a dedução dos referidos encargos de amortização. Como explicar que uma pessoa jurídica passe a deduzir de seus próprios resultados a amortização de um ágio gerado na aquisição de suas próprias ações, notadamente se este tinha como fundamento uma rentabilidade futura destes mesmos resultados? Além de economicamente sem essência, a situação é rigorosamente ilógica” (fls. 194 dos autos).

43 - O argumento do contribuinte de que a subscrição de capital por Santander Hispano em Santander Holding seria uma operação autônoma, independente, da verdadeira aquisição do Banespa, com o pagamento de ágio, pelo Santander Hispano, não faz sentido. **Tal argumento justifica, em verdade, a manutenção integral do lançamento.**

44 - Contudo, caso se entenda que o que houve na realidade foi a transferência do ágio do Santander Hispano para o Banespa, há que se verificar se, nesse caso, foram cumpridos os requisitos legais para a amortização da quantia.

III. Ágio na aquisição do BANESPA por Santander Hispano. Descumprimento das condições legais para a sua amortização.

45 - O Banco Santander Hispano, sediado na Espanha, adquiriu as ações do Banespa com o pagamento de ágio. Entretanto, por razões particulares, não era possível incorporar ou ser incorporado pelo Banespa, para então possibilitar a amortização do ágio nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97. Dessa forma, foi executada a operação societária já descrita, que possibilitou que o ágio fosse transferido para o Banespa sem a incorporação do Santander Hispano, e lá amortizado.

46 - Importante notar que toda a argumentação do contribuinte parte da premissa de que o aproveitamento do ágio mediante amortização seria medida de justiça e neutra para fins fiscais. O contribuinte apresenta razões que o impediram de realizar a operação nos moldes descritos nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 (aquisição de um investimento com ágio e posterior incorporação), mas seu entendimento é que essa inadequação poderia ser contornada (mediante a subscrição em uma *holding* e posterior incorporação) porque o ágio foi efetivamente pago.

47 - O argumento do contribuinte possui duas impropriedades. A **primeira** é entender que a operação intermediária, que possibilitou a transferência do ágio para a sociedade operacional, pudesse sanar a ausência dos requisitos formais para que Santander Hispano e Banespa pudessem amortizar o ágio mediante incorporação. A **segunda** impropriedade é confundir o disposto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 com um “favor fiscal” concedido por lei, a ser fruído desde que o ágio fosse pago.

III.1. Primeira impropriedade. O Santander Hispano não apresentou os requisitos para a amortização do ágio.

48 - Quais os requisitos para o gozo do benefício pretendido pelo contribuinte? Em primeiro lugar, é necessário que a pessoa jurídica que adquiriu o investimento registre o ágio nos termos do art. 20, §2º, alínea “b” do Decreto-Lei 1598/77, ou seja, o lançamento do ágio deverá indicar, por fundamento econômico, o valor de rentabilidade da controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros.

49 - Posteriormente, nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, é necessário que a pessoa jurídica incorpore ou seja incorporada pela sociedade investida.

50 - E o que se tem no presente caso?

51 - Em primeiro lugar, se está claro que o Santander Hispano pagou ágio pela aquisição do Banespa à União Federal, não está claro qual a sua motivação, se valor de mercado de bens do ativo, fundo de comércio ou rentabilidade futura do Banespa.

52 - Ainda em 6/4/2001, o Santander Hispano adquiriu por meio de oferta pública mais ações do Banespa, totalizando 97,2% do seu capital social. Nessa aquisição, sequer está claro se houve pagamento de ágio, e nem qual seria a sua motivação, se valor de mercado de bens do ativo, fundo de comércio ou rentabilidade futura do Banespa.

53 - O Santander Hispano, por estar sediado na Espanha, evidentemente segue as normas de contabilização espanholas. Entretanto, **o gozo do benefício está condicionado ao cumprimento da norma brasileira, que exige pelo menos a demonstração do fundamento econômico do ágio.**

54 - Ou seja, não se explicou qual o fundamento econômico para o pagamento de ágio pelo Santander Hispano.

55 - O contribuinte tentou contornar essa impropriedade mediante o laudo de avaliação do Banespa para subscrição de capital no Santander Holding. Pede-se *venia* para transcrever alguns trechos do laudo. Note-se que os pressupostos do laudo são expressos de forma clara: para fins de gozo do benefício a pessoa jurídica que adquirir com ágio deve demonstrar o fundamento, **o Banespa foi adquirido com ágio, cabe ao laudo apresentar o fundamento.** Confira-se:

(...)

56 - O problema é que este é o laudo de avaliação do Banespa para fins de subscrição no Santander Holding. **O laudo não se refere à operação de compra do Banespa pelo Santander Hispano, mas sim ao valor do Banespa para fins de subscrição no Santander Holding.**

57 - O propósito do laudo não é explicar porque motivo o Santander Hispano pagou ágio na aquisição do Banespa (se valor de mercado de bens do ativo, fundo de comércio ou rentabilidade futura). Mas, se a finalidade for a de explicar os motivos pelos quais o Santander Hispano pagou ágio na aquisição do Banespa, essa avaliação foi totalmente extemporânea, porque **posterior à operação de compra do Banespa!**

58 - O CARF analisou caso absolutamente idêntico ao presente, e manteve a autuação. Trata-se do acórdão n.º 105-17.219, de interesse do contribuinte Ficap S/A, cuja ementa é a seguinte:

“Ementa: **ÁGIO NA INCORPORAÇÃO** – Não demonstrado o pagamento de ágio, não há de se falar em aproveitamento do mesmo pela incorporadora”.

59 - No caso apreciado pela antiga Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, a empresa alegou ter adquirido determinado investimento com ágio, mas à época do seu registro não demonstrou o fundamento econômico.

60 - Posteriormente, em vista do benefício previsto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, o contribuinte resolveu subscrever capital em uma empresa veículo para posterior incorporação, desta vez apresentando como fundamento da avaliação a rentabilidade futura do investimento.

61 - Note-se que, igualmente ao caso em análise, o contribuinte alegava ter pago ágio quando adquiriu o investimento. Entretanto, não fora demonstrado, pelo adquirente, o seu fundamento econômico. O contribuinte tentou sanar esse problema mediante a subscrição de ações. A Câmara julgou que, sem a demonstração do fundamento do ágio **na época do seu pagamento**, a operação equivaleria a uma reavaliação da própria empresa (o “ágio de si mesmo”), e negou provimento ao recurso. Veja-se, no voto condutor abaixo, como a Quinta Câmara solucionou o litígio:

(...)

62 - A jurisprudência acima em tudo se aplica ao caso presente. Da mesma forma, não se sabe por que razão o Santander Hispano pagou o ágio. Não existe uma avaliação prévia do Banespa, que explique os motivos pelo pagamento da quantia. O contribuinte tentou solucionar esse problema mediante o laudo apresentado na subscrição de ações do Santander Holding. Mas esse laudo não é contemporâneo às operações realizadas pelo Santander Hispano, não faz menção às compras de ações, mas sim à subscrição de ações do Santander Holding.

63 - Por esse motivo, **correta a fiscalização ao dizer que o contribuinte, “ao ostentar que todo o ágio pago se fundou em expectativas de rentabilidade futura (o que se apresenta absolutamente fictício), o grupo econômico ilicitamente aspirou ao benefício fiscal de amortizar todo o ágio pago, a despeito de a legislação vedar tal benesse em relação àquele estribado em outros fundamentos econômicos”** (fls. 184 dos autos).

64 - Certa ainda a fiscalização, ao afirmar que **“resta incontestável, portanto, que o previsto no art. 385 do RIR/99 não é aplicável ao Santander Central Hispano S/A, porquanto trata-se de sociedade domiciliada no exterior, que como tal não se enquadra no conceito de ‘contribuinte’, na acepção técnica empregada no ‘caput’ do aludido dispositivo (...). A contabilização deste ágio na sociedade adquirente deve se pautar nas regras do país de seu domicílio (Espanha) (...). Trata-se de contabilização em sociedade estrangeira, em relação à qual a legislação brasileira não pode ser impingida”** (fls. 189-190 dos autos).

65 - Dessa forma, não foi cumprido o requisito previsto no art. 20, §2º, alínea “b” do Decreto-Lei 1598/77, porque a pessoa jurídica que **verdadeiramente** adquiriu o investimento não indicou, por fundamento econômico do ágio, o valor de rentabilidade da controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros.

III.2. Segunda impropriedade. Ausência de incorporação do investimento.

66 - O segundo requisito para o gozo do benefício previsto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 é a incorporação do investidor pela investida, ou da investida pelo investidor.

67 - Importante esclarecer que os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 não instituíram um favor fiscal nem subvenção àqueles que adquiriram investimentos com o pagamento de ágio.

68 - Em verdade, desde o Decreto-Lei 1.598/77, ficou claro que a recuperação do valor pago a título de ágio não deve ser tributado pelo IRPJ. Segundo o DL 1.598/77, o ágio não seria amortizável da base de cálculo do IRPJ, mas comporia o custo do investimento na sua alienação. Confira-se:

(...)

69 - Válido, nesse ponto, citar a doutrina de JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, que explica o motivo pelo qual a amortização do ágio não produz efeitos no lucro real e mostra que as quantias recebidas a título de lucro distribuído pela sociedade cujas ações foram adquiridas com ágio, na verdade não são renda, mas recuperação de capital. Confira-se:

“As contrapartidas da amortização de ágio ou deságio são em regra excluídas do lucro líquido do exercício para efeito de determinar o lucro real, porque têm a natureza de ajustamento (em função do capital aplicado na aquisição do investimento) da participação nos resultados da controlada ou coligada, que a investidora reconhece nas suas contas de resultado em decorrência do ajuste do valor de patrimônio líquido do investimento. Se o ajuste no valor de investimento não é computado na determinação do lucro real, a amortização do ágio ou deságio também não deve ser computada.

A contrapartida da amortização desempenha essa função na medida em que os valores que serviram de fundamento ao ágio ou deságio são realizados nos exatos montantes previstos. Assim, por exemplo, se a investidora pagou 100 de ágio pela totalidade das ações de uma companhia que tinha em determinado bem do seu ativo lucro potencial de 100, quando esse lucro for realizado pela companhia será reconhecido nas contas de resultado da investidora através do ajuste no valor de patrimônio líquido da subsidiária. O débito da amortização do ágio nas contas de resultado da investidora compensa o ajuste no valor de patrimônio líquido, impedindo que a investidora reconheça como lucro do exercício o que é recuperação de capital aplicado na aquisição do investimento. O mesmo ocorre no caso do deságio que corresponde a prejuízo potencial: a amortização do deságio é crédito às contas de resultado que impede a investidora de reduzir o lucro líquido do exercício em função de prejuízo da controlada ou coligada do qual não participa, porque excluído do valor da participação societária por ocasião da aquisição”.

70 - Ocorre que na extinção do investimento com a incorporação, o efeito de reduzir a base de cálculo do IRPJ na alienação desse investimento (mediante a agregação do ágio ao seu custo – art. 33 do DL 1598/77) restaria inviabilizado. Por esse motivo que os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 permitiram que na incorporação do investimento fosse possível amortizar o ágio. Confirma-se a doutrina de EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO¹:

“De fato, na forma do art. 391 do RIR/99, as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não serão computadas na determinação do lucro real, salvo quando ocorrer a alienação ou baixa do investimento. Assim sendo, o valor do ágio ou deságio amortizado e que afetar o resultado do período deverá ser adicionado ou excluído do valor do resultado do período para fins de determinação do lucro real. Esse mesmo valor será controlado na Parte B do LALUR para futura exclusão ou adição, que deverá acontecer no período em que ocorrer a alienação ou baixa do valor do investimento. A exclusão, correspondente ao valor do ágio amortizado, só não será automática se a alienação ou liquidação do investimento ocorrer em situação na qual o valor da eventual perda não pudesse ser considerado dedutível.

(...)

A neutralidade do ágio ou deságio amortizado não existe em casos de incorporação, fusão ou cisão. De fato, de acordo com o art. 386 do RIR/99, que tem por matriz legal o art. 7º da Lei nº 9.532/97, e também o art. 10 da Lei nº 9.718/98, 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:

(...)

Sob o aspecto funcional, tais regras estabelecem procedimentos que devem ser adotados para as aquisições em que a sociedade investidora mantenha em sua escrituração contábil, ágio ou deságio na aquisição de investimentos em empresa que venha incorporar total ou parcialmente (caso de cisão parcial seguida de incorporação). Com isso, não mais é permitido que o valor de um ágio pago na aquisição de investimento possa ser totalmente amortizado, quando da aquisição se segue a fusão, ou incorporação pela investidora, da sociedade investida. Na verdade, nessas hipóteses, não havia simples amortização de ágio, mas efetiva baixa do valor, como ganho ou perda de capital.

(...)

As referidas normas regulam, grosso modo, o encontro – num mesmo patrimônio – do ágio ou deságio com os bens que lhes serviram de origem e que estavam originalmente em sociedades distintas”.

71 - Portanto, a finalidade do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 é regular o efeito fiscal da recuperação do ágio na aquisição do investimento, quando este é extinto mediante a incorporação.

72 - Ora, se é essa a finalidade do dispositivo legal, faz algum sentido permitir a amortização, quando não há extinção nem do investidor e nem da sociedade investida? Nessa hipótese, cabe dizer que o ativo adquirido não poderá mais ser

recuperado e assim justificar a amortização? Com todas as vênias, a resposta somente pode ser negativa.

73 - Contudo, essa é a pretensão do contribuinte, ao se perceber que, ao final de toda a operação, **tanto a sociedade que efetivamente pagou o ágio (Santander Hispano) quanto o investimento adquirido (Banco Banespa) não foram extintos.**

74 - Como já argumentado, o propósito negocial e o substrato econômico que deram origem ao ágio registrado ao final pelo Banespa se encontram na operação societária realizada entre Santander Hispano e a União.

75 - Portanto, o ágio registrado pelo Banespa com a incorporação da Santander Holding apresenta seus fundamentos de existência, validade e eficácia relacionados intrinsecamente à operação societária realizada pelo Santander Hispano quando da aquisição das ações do Banespa. **Foi o Santander Hispano quem teve um propósito negocial ao pagamento do ágio, e quem de fato despendeu riquezas para a sua aquisição.**

76 - Ora, se foi o Santander Hispano quem efetivamente pagou o ágio para a aquisição do investimento Banespa, o gozo do benefício previsto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 decorreria da extinção do Banespa (ou do Santander Hispano) com a incorporação, de modo que restasse impossível recuperar o ágio pago mediante a venda do investimento.

77 - Ocorre que a transferência do ágio do Santander Hispano ao Banespa, pretendida pelo contribuinte, representa uma fraude à finalidade legal.

78 - Com a transferência, o ágio passa a ser amortizado no Banespa, reduzindo a base de cálculo do IRPJ e da CSSL. Por outro lado, o Santander Hispano permanece de posse do seu ativo, cujo valor corresponderá ao valor de patrimônio líquido do Banespa, o qual estará inflado pelo ágio. **Assim, o Santander Hispano poderá alienar o seu investimento pelo mesmo valor pago na aquisição e recuperar o ágio sem incorrer em ganho de capital.**

79 - Vê-se claramente como o planejamento tributário, longe de representar medida de “neutralidade fiscal”, implica mesmo em uma fraude aos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

80 - Em suma, a amortização do ágio “transferido” pelo investidor à sociedade investida (mediante a utilização da empresa veículo) não é permitida pelos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, pois não atende à finalidade legal. A amortização somente é legalmente admitida como contrapartida à extinção do investimento (ou do investidor).

81 - Dessa forma, tendo em vista o não cumprimento das condições para a fruição do benefício previsto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, descabe admitir a amortização do ágio pretendido pelo Banco Santander.

IV. Pedido

82 - Ante o exposto, requer a Fazenda Nacional seja negado provimento ao seu recurso voluntário, para manter a autuação fiscal em sua totalidade.

É o relatório.

- os documentos apresentados mencionam que o ágio pago pelo Santander Hispano teriam por fundamento econômico o valor de rentabilidade futura do Banespa, mas seria inverossímil que todo o ágio pago pelo Santander Hispano tivesse como fundamento a expectativa de rentabilidade futura, dado o grande fundo de comércio do Banespa;

- o ágio amortizado não corresponde ao ágio pago pelo Santander Hispano na aquisição do Banespa;

- o Grupo Santander se utilizou de “empresa veículo” de modo a transferir o ágio para a empresa operacional. A finalidade da operação era unicamente obter economia fiscal decorrente da amortização do ágio;

- o Santander Hispano, efetivo adquirente do Banespa, por estar sediado e submetido às normas Espanholas, não registrou o investimento com ágio, em descumprimento do art. 385 do RIR/99,

- o ágio amortizado pelo Banespa decorreu da aquisição das suas próprias ações (o “ágio de si mesmo”);

A fiscalização concluiu pela aplicação da multa qualificada, estando caracterizada a “fraude” fiscal, nos termos do art. 72 de Lei 4.502/1964, por se tratar de operação planejada entre as empresas de um mesmo grupo, com a intenção e finalidade de criar despesas em uma delas, diminuindo ilegalmente sua base tributável, bem como pela inexistência de sentido econômico da operação.

Resumidos os fatos e a acusação fiscal, **passo a apreciar as razões recursais**, considerando, também, as contrarrazões da Fazenda Nacional.

I. DECADÊNCIA (PRECLUSÃO) DA POSSIBILIDADE DE AUDITORIA DOS ELEMENTOS CONTÁBEIS E FISCAIS DO ANO-CALENDÁRIO DE 2001 COM REPERCUSSÃO FUTURA

A recorrente alega, em síntese, que no ano de 2008 o Fisco não mais poderia verificar a regularidade dos atos que originaram o direito ao aproveitamento do ágio, haja vista o transcurso do prazo decadencial de cinco anos entre os fatos que propiciaram o surgimento desse ágio, ocorridos no ano 2001, e a lavratura dos autos de infração.

A decisão de primeira instância enfrentou essa preliminar, que foi rejeitada pelos seguintes fundamentos (*verbis*):

DA DECADÊNCIA DO QUESTIONAMENTO DOS ATOS SOCIETÁRIOS

A contribuinte argumenta que teria ocorrido a decadência do direito de o Fisco questionar a legalidade dos atos societários que originaram o ágio ora em debate, uma vez que os fatos em comento ocorreram em 2001, e os autos de infração foram cientificados à impugnante em 30/12/2008.

A fim de enfrentar a questão, é necessário, inicialmente, trazer o conceito técnico de fato gerador, conforme definido pelos artigos 114 e 115, do CTN, *in verbis*:

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

Dos artigos acima transcritos resta claro que o fato gerador da obrigação tributária é necessariamente um conceito legal, ou seja, é uma situação definida em lei.

No que tange à decadência no Direito Tributário, também cumpre analisar o disposto no art.150, *caput* e §4º, e no art.173, incisos I e II, e parágrafo único, do CTN, *in verbis*:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

*§4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, **considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito**, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

(...)

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Pela análise dos artigos retromencionados, é possível constatar que o §4º, do art.150, do CTN, é específico ao se referir a fato gerador do tributo, ou seja, o dispositivo legal em questão trata de um conceito diferente daquele utilizado

pela impugnante, cuja argumentação tratou não da aceção técnica de fato gerador, que, consoante o exposto, é uma situação definida em lei, mas sim de fatos como acontecimentos genéricos do mundo fenomênico, ao mencionar os fatos que propiciaram o surgimento do ágio. Logo, a norma contida no art.150, do CTN, não confere sustentação à alegação da impugnante.

A respeito da questão, já se pronunciaram os Conselhos de Contribuintes, conforme se depreende da ementa do acórdão abaixo:

DECADÊNCIA – TESE DO PAGAMENTO – IMPROPRIEDADE NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO – LANÇAMENTO – LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - A atividade exercida pelo contribuinte para dar efetividade ao artigo 150 do CTN, assemelha-se à atividade exercida pela autoridade administrativa prevista no artigo 142 do CTN. - A relação jurídica tributária somente nasce, se o fato previsto na hipótese de incidência prevista na lei ocorrer no mundo fenomênico e for traduzida em linguagem. (...) (1º Conselho de Contribuintes, 7ª Câmara, acórdão 107-09263, sessão de 06/12/2007). (negritamos)

Cumprе destacar que a própria contribuinte demonstrou conhecimento da distinção entre (i) fato gerador do tributo, previsto em lei, e (ii) fato genérico do mundo fenomênico, como fica claro pelo excerto da impugnação de fls.371, quando, ao tratar dos créditos tributários de IRPJ e CSLL relativos ao ano-calendário de 2002, a impugnante reconhece: “De fato, considerando-se que os fatos jurídicos tributários ocorreram em 31/12/02 (...)”.

Da mesma forma, nenhuma das situações descritas nos incisos I e II, e no parágrafo único, do art.173, do CTN, contempla a hipótese de decadência aventada pela contribuinte.

Sendo assim, a alegação da contribuinte de decadência do questionamento da legalidade dos atos societários resta improcedente, por absoluta falta de embasamento legal.

(Grifei)

É certo que a decadência opera no sentido do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas. Em conseqüência, em 2008 o Fisco não mais poderia formalizar lançamento para exigência de crédito tributário e impor penalidades quanto a infrações incorridas no ano-calendário 2001, ou seja, constituir exigências tributária. Isso por disposição expressa dos artigos 150 e 173 do CTN conforme acima grifado.

O “prazo de preclusão” alegado pelo contribuinte que seria de cinco anos, corresponderia ao mesmo prazo decadencial para o lançamento (constituição da obrigação tributária), previsto no CTN.

A preclusão temporal, em princípio, corresponde à perda da possibilidade do exercício de um direito em decorrência do decurso de um determinado prazo. Portanto, para

EMENTA

IRPF ANOS-CALENDÁRIO DE 1996 E 1999 – ATIVIDADE - RURAL COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS – DECADÊNCIA – ABRANGÊNCIA - O prazo decadencial vincula-se direta e exclusivamente aos fatos geradores objeto do lançamento tributário, não se aplicando a elementos advindos de ano-calendário anterior, ainda que este já tenha sido atingido pela decadência. Assim, constatando-se que o ano-calendário fiscalizado encontra-se passível de revisão, é perfeitamente cabível o lançamento resultante da retificação do valor apropriado, a título de prejuízo da atividade rural a compensar, mesmo que este tenha origem em ano-calendário abarcado pela decadência.

DISPOSITIVO

*ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, **REJEITAR a preliminar de decadência e, no mérito DAR provimento ao recurso**, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.*

VOTO CONDUTOR

*“(…) De fato, a revisão de valores apurados em anos calendários anteriores já abrangidos pelo decurso do prazo decadencial é absolutamente inquestionável. **O que não implica reconhecer que o conceito de decadência abranja também a revisão de valores que, advindos de período já tomados pela decadência, venham a influir na apuração do resultado de ano calendário ainda não decadente.***

Evidentemente que o conceito decadencial não abrange tal influência. Exatamente por esta integrar as apropriações de ano calendário não decadente. Restrita a revisão à essa específica influência, respeitadas as apropriações efetuadas, ainda que incorretamente, em períodos já decadentes. Pela simples motivação de que o conceito decadencial, quer do artigo 150, § 4º, quer do artigo 173, ambos do CTN, vincula-se direta e exclusivamente ao lançamento tributário a que se referencia.

(…)

A simples leitura do dispositivo em questão evidencia de sua absoluta ressonância com o princípio da decadência, a que se reporta tanto o artigo 149, § único, como os artigos 150, § 4º, e 173, todos do CTN., como antes mencionado. Isto é, se determinada apropriação influi no resultado na apuração do crédito tributário, é passível de revisão essa circunscrita influência. Ainda que, na origem, seja legalmente carregada de período já decadente.

(Grifei)

Veja-se que na situação versada no Acórdão 104-19.219, o contribuinte foi intimado a comprovar o saldo de prejuízos da atividade rural do ano de 1989 que foi aproveitado no ano-calendário de 1996. Diante do fato de o contribuinte ter efetuado correções a maior do aludido valor no ano de 1990, a fiscalização glosou o excesso de compensações utilizado para reduzir o tributo devido em 1996. O contribuinte alegou decadência nessa revisão, que foi rejeitada pelo Colegiado, haja vista que tais valores “*influem na apuração do resultado de ano calendário não decadente*”.

Apesar de ambos os acórdãos acima terem tratado de atividade rural na pessoa física, cumpre esclarecer que a Legislação sempre estabeleceu a obrigatoriedade de escrituração para os contribuintes que desejam aproveitar prejuízos de períodos anteriores. Aliás, na redação original da Lei 8.023, acima de determinado valor de receitas era obrigatória a escrituração comercial.

Outrossim, cumpre registrar que em situações análogas, nas quais a verificação de fatos, documentos e registros contábeis, de períodos atingidos pela decadência, com repercussão futura favorável ao contribuinte, ou seja, erros que lhe prejudicam, as decisões deste Conselho são sempre favoráveis à retificação dos lançamentos nos períodos ainda não atingidos pela decadência, inclusive para reconhecimento de direito creditório. Cite-se como exemplo as seguintes situações em que se admite retificação favorável ao contribuinte:

- Lucro Inflacionário Inexistente. Fiscalização autua em 2000 a falta de realização do Lucro Inflacionário Diferido (parcelas realizáveis em 1996 a 1999. Somente em sede recurso, o Contribuinte verifica e alega que errou na apuração/declaração do LI de 1991, estando patente que seu Patrimônio Líquido era maior que o ativo imobilizado. Conselho exclui da base de cálculo o lucro inflacionário de 1991, e determina ainda, que as realizações mínimas de 1992 a 1995, porventura não efetuadas, sejam diminuídas do Saldo (existe inclusive súmula neste sentido). Ao fim e ao cabo, mantem-se apenas a tributação do saldo do inflacionário efetivamente existe nos anos de 1996 a 1999.

- Custo de aquisição de imóvel declarado a menor. Pessoa Física e Jurídica. Contribuinte declara/contabiliza a menor o custo de aquisição de imóvel no ano de 1996 e seguintes. Em 2004 aliena o imóvel e não recolhe ganho de capital. Fiscalização autua em 2006 e toma como custo o valor declarado/contabilizado. Contribuinte faz prova do custo de aquisição real do imóvel. Conselho acolhe o custo efetivo, e reduz a exigência ainda que isso implique no reconhecimento de erros de escrituração e/ou declaração de períodos atingidos pela decadência.

Nesse sentido vide acórdãos deste Conselho:

Acórdão 103-21611 processo 13925000136200129

LUCRO INFLACIONÁRIO REALIZADO. DIFERENÇA DE CORREÇÃO MONETÁRIA IPC/BTNF – Havendo a pessoa jurídica, no período-base de 1990, apurado saldo devedor de correção monetária e não possuindo lucro inflacionário diferido de exercícios anteriores, não há que se falar em adição ao lucro real, a partir do período-base de 1993, do valor que corresponder à diferença entre a variação do IPC e do BTNF, de acordo com as normas de realização do lucro inflacionário.

Acórdão 105-14773 processo 10166016076200115

LUCRO INFLACIONÁRIO - REALIZAÇÃO A MENOR - DECADÊNCIA - O início da contagem do prazo decadencial para o Fisco dá-se a partir do momento em que é possível efetuar o lançamento, no exercício financeiro em que deve ser tributada a sua realização, e não imediatamente após o termo do ano-calendário em que foi gerado o lucro inflacionário.

LUCRO INFLACIONÁRIO ACUMULADO - REALIZAÇÃO A MENOR - DECADÊNCIA - RECOMPOSIÇÃO DE SALDO - A recomposição do saldo de lucro inflacionário acumulado deve levar em consideração, para fins de decadência, as parcelas de realização do ativo da pessoa jurídica.

JUROS DE MORA - SELIC - Nos termos dos arts. 13 e 18 da Lei nº 9.065/95, a partir de 1º/04/95 os juros de mora serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC.

Por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, rejeitando a preliminar de decadência e, no mérito, acatar o pleito no sentido de se excluir as parcelas do lucro inflacionário que deveriam ser realizadas nos anos calendários de 1993 e 1994.

Acórdão 101-94663 processo 10410.001504/2001-68

LUCRO INFLACIONÁRIO. SALDO DA CORREÇÃO IPC/BTNF. ERRO DE FATO. Não procede a exigência de crédito tributário decorrente de erro cometido pela pessoa jurídica no preenchimento da declaração de rendimentos, tendo informado a maior o saldo credor da diferença de correção IPC/BTNF.

Acórdão 101-93740 _ processo 10880.008657/98-05

ERRO DE FATO. PREJUÍZOS FISCAIS. COMPENSAÇÃO: Constatado erro de fato no preenchimento da Declaração de Rendimentos, e tendo a contribuinte direito à compensação de prejuízos, procede-se a tal compensação, exonerando-se o crédito tributário lançado.

PREJUÍZO FISCAL INSUFICIENTE. DECADÊNCIA: Apesar de não haver prejuízo fiscal suficiente para compensar o lucro real apurado em determinado período de apuração, deixa-se de propor a formalização da exigência em virtude de já ter transcorrido, nesta data, o prazo decadencial para constituição do crédito tributário respectivo.

ERRO DE FATO. BASE NEGATIVA. COMPENSAÇÃO: Constatado erro de fato no preenchimento da Declaração de Rendimentos, e tendo a contribuinte direito à compensação da base negativa da contribuição social, procede-se a tal compensação, exonerando-se o crédito tributário lançado.

NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DE OFÍCIO

Acórdão 104-16265, processo 10920.000343/96-99

IRPF - GANHOS DE CAPITAL - CUSTO DE AQUISIÇÃO - ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA - Deve prevalecer para efeitos fiscais o custo de aquisição constante da Escritura Pública de Compra e Venda devidamente registrado no Registro de Imóveis, quando este for mais favorável ao contribuinte que o custo avaliado pelo valor de mercado, em 31/12/91, constante da declaração de bens relativa ao exercício de 1992. O fato gerador do imposto de renda é a situação objetivamente definida na lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. Erros ou equívocos por si só, não são causa de nascimento da obrigação tributária.

Enfim, ao contribuinte incumbe a prova da regularidade dos valores utilizados para redução da base de cálculo nos períodos fiscalizados, e a autoridade tem a prerrogativa de deles discordar, enquanto não transcorrido o prazo previsto na legislação para constituição do crédito tributário correspondente; podendo, para tanto, efetuar verificações em períodos anteriores, já atingidos por esse mesmo prazo decadencial; vedada, obviamente, a possibilidade de apuração e constituição de créditos tributários desses últimos.

Por todo o exposto, rejeito a preliminar de impossibilidade do Fisco efetuar em 2008 a auditoria dos elementos contábeis e fiscais do ano-calendário de 2001, para glosar valores com repercussão tributária em períodos posteriores (ágio passível de amortização).

II. APLICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA (150%)

Passo a apreciar a aplicação da multa de ofício qualificada, isso porque, além de interferir na forma de contagem do prazo decadencial do ano-calendário de 2002, seus pressupostos implicam em outros aspectos da lide, que adiante tratarei.

Vejamos a transcrição do inteiro teor da acusação fiscal nessa parte:

TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL (Fls. 194 e seguintes do processo)

(...)

3.2 - DA MULTA QUALIFICADA

Em face do lançamento de ofício do IRPJ e da CSLL decorrentes da infração acima exaustivamente caracterizada, cumpre o exame da multa de ofício aplicável ao caso em questão.

A redação do art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96 assim dispunha:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

(...)

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Tal dispositivo foi recentemente alterado pela Lei nº 11.488/2007, passando a vigorar com a seguinte redação (especificamente quanto à qualificadora):

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

§ 1o. O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007).

Tanto a redação original quanto a atualmente vigente do dispositivo aplicável impõem a cominação da multa no percentual de 150 % nos casos previstos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. **Diante da presente situação concreta, deve-se dedicar especial atenção ao que prevê o art. 72 do diploma legal, "ipsis litteris":**

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

A situação já caracterizada indiscutivelmente se subsume à hipótese prevista na norma acima. A operação planejada entre as empresas de um mesmo grupo (uma delas controlada pela outra e ambas sob o controle da mesma pessoa jurídica sediada no exterior, qual seja, o Banco Santander Central Hispano) que "propiciou" o pagamento de um ágio de 280%, ou seja, 2.054% maior que o proposto pelo segundo concorrente (de 13%) e 41.691% maior que aquele oferecido pelo terceiro colocado (0,67%), foi engendrada com o evidente intuito único de "criar" despesas de amortização em uma delas, diminuindo ilegalmente sua base tributável, restando comprovado, conforme item 3.1 acima, a inexistência de sentido econômico da operação.

Há que se considerar diversos aspectos relevantes da operação que comprovam, sem nenhuma sombra de dúvida, **a ilicitude das operações que almejam aproveitar o ágio** aqui discutido.

Um dos aspectos importantes é o fato da Santander Holding Ltda., constituída em 25 de outubro de 2000, permanecer desde sua constituição até sua capitalização por parte do Banco Santander Central Hispano, em 28 de maio de 2001, sem qualquer atividade, como já explanado no item anterior. Seu capital social permaneceu, durante todo esse período, inalterado em R\$ 1.000,00. Além disso, não empreendeu qualquer movimentação financeira, incluindo pagamentos a funcionários ou diretoria. Ademais, não consta, inclusive, nenhuma informação de empregados na empresa, conforme as DIPJ apresentadas. Pelo que foi exposto acima, constata-se que **a Santander Holding Ltda. foi constituída apenas como "empresa veículo" para esdrúxula e ilicitamente carrear o ágio gerado em empresa estrangeira para o Brasil**, de forma que fosse posteriormente utilizado para redução do lucro apurado na própria empresa em que o mesmo ágio foi gerado, qual seja, o Banespa.

Embora o Banco Santander Central Hispano tenha pago pelas ações do Banespa um montante de R\$ 7.050.000.000,00 (sete bilhões, cinquenta milhões de Reais), quando da capitalização da Santander Holding Ltda., o capital representante das ações passou a R\$ 9.574.900.000,00, conforme Laudo de Avaliação da KPMG, ampliando o ágio para R\$ 7.462.067.630,07, sem que houvesse qualquer contrapartida com fundamento econômico para tanto. A natureza única do ágio alegada no laudo é a rentabilidade de exercícios futuros, ignorando totalmente a inescapável parcela derivada do fundo de comércio da empresa (pois a parcela do ágio neste fundada não geraria amortizações dedutíveis das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL).

Portanto, os valores relativos à marca "Banespa", sua penetração e notoriedade no mercado, sua carteira de clientes, sua rede de agências no Brasil e no exterior (e aqui não me refiro apenas às instalações físicas, mas sua conveniente distribuição, visibilidade e o próprio fato de estarem disponíveis e operacionais), sua reputação de solidez, enfim, **o valor de seu fundo de comércio**, foi total e convenientemente substituído **pela tosca, questionável e discutível "rentabilidade de exercícios futuros"**. Uma prova cabal da relevância do fundo de comércio foi o tempo decorrido entre a aquisição do Banespa e sua incorporação pelo Banco Santander S.A., a qual se deu apenas em 2006 (ou seja, após 5 anos), período este em que o Grupo Santander dele se beneficiou.

O fato relevante seguinte foi a simples incorporação da Santander Holding Ltda. por sua controlada, o Banespa, e o início da amortização do ágio gerado em sua aquisição por empresa domiciliada no exterior, adicionado àquele consubstanciado no Laudo de Avaliação, quando da capitalização da Santander Holding Ltda.

Os fatos acima descritos evidenciam a simulação de uma complexa operação envolvendo 5 empresas sediadas no Brasil e uma no exterior, com a finalidade de iludir o fisco, cujo único resultado no "mundo real" foi a redução ilícita no lucro do Banespa. A tentativa de internalização do ágio pago restou infrutífera, porquanto ele permaneceu indiretamente sob o controle da sociedade espanhola.

Por outro lado, da complexa rede de operações societárias **resultou a criação fictícia de um ativo (ágio) no Banespa, a despeito de permanecer existindo como ativo da sociedade espanhola.**

Pelo exposto, haja vista os elementos narrados, **fica patente a caracterização do intuito fraudulento, justificando plenamente a aplicação da multa qualificada.**

(Grifei).

Em síntese a Fiscalização concluiu que os procedimentos da contribuinte amoldam-se à prática de "fraude tributária", de que trata o art. 72 da Lei 4.502/1964.

Em suas contrarrazões a PFN posiciona-se nessa mesma linha. Afirma que os procedimentos do contribuinte, que culminaram com a amortização do ágio "transferido" pelo investidor à sociedade investida (mediante a utilização da empresa veículo), não atende à finalidade legal, e implica mesmo em uma fraude.

Pois bem. Nos termos do art. 72 da Lei 4.502/64, já transcrito neste voto, a prática de fraude pressupõe o dolo.

Entende-se por dolo a consciência e a vontade de realização dos elementos objetivos (materiais) da conduta que se adjetiva como dolosa. Nas palavras do ilustre conselheiro Claudemir Malaquias, o dolo é "*saber e querer a realização da conduta e não exige a consciência da ilicitude*"².

Observa-se que nos recentes julgamentos deste Conselho tem prevalecido considerar-se a ocorrência de fraude em procedimentos que envolvam adulteração de documentos comprobatórios (notas fiscais, contratos, escrituras públicas, dentre outros), notas

fiscais calçadas, notas fiscais frias, notas fiscais paralelas, notas fiscais fornecidas a título gracioso, contabilidade paralela (Caixa 2), conta bancária fictícia, falsidade ideológica, declarações falsas ou errôneas (quanto apresentadas reiteradamente).

No caso presente, não há registros de documentos inidôneos, empresas fictas, fraudes em registros contábeis ou de qualquer natureza. Noutro diapasão todos os atos societários foram registrados nos órgãos competentes, assim como na escrituração contábil e fiscal da Contribuinte.

Vejamos, pois, a redação dos dispositivos legais aplicáveis ao procedimento do contribuinte:

Decreto-lei nº. 1598/1977

Art. 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

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

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

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

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

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

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

Parágrafo 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras 'a' e 'b' do parágrafo 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Lei 9.532/1997

Art. 7º - A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-lei n. 1598, de 26 de dezembro de 1977:

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea 'a' do parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea 'c' do parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1589, de 1977, em contrapartida a
conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea 'b' do parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea 'b' do parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

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

Parágrafo 2º - Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

Parágrafo 3º - O valor registrado na forma do inciso II do 'caput':

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

Parágrafo 4º - Na hipótese da alínea 'b' do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

Parágrafo 5º - O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

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

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

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

(Grifei)

Nos dispositivos acima inexistente vedação expressa aos procedimentos adotados pelo contribuinte, logo, não há que se falar em fraude à lei, que aliás não pode ser confundido com erro de interpretação da lei. Na fraude a lei, o ato em si é ilícito tendo em vista que o ordenamento jurídico proíbe sua prática.

Ora, não há dúvidas quanto a intenção da contribuinte em reduzir os tributos devidos, tendo ele praticado todos os atos que entendeu válidos e amparados na lei. Se obteve êxito é outro aspecto a ser analisado, mas daí a se afirmar que estaria presente o dolo e configurada a fraude, data vênia, não comungo desse entendimento.

O Santander Hispano efetivamente pagou mais de 9,5 bilhões de Reais na compra das ações representativas do capital social do Banespa, sendo que, desse valor, cerca de 2,1 bilhões de Reais correspondiam ao valor patrimonial. A diferença correspondia ao ágio, que o grupo buscou meios para transferir ao próprio Banespa e deduzir da base de cálculo do IRPJ e CSLL, visando obter aproximadamente 34% de redução dos tributos devidos pela Banco em face do lucro obtido a partir da nova administração, ou seja, mais de 2,5 bilhões de Reais.

Desde o primeiro atendimento à Fiscalização, durante a auditoria, o contribuinte foi transparente e coerente em seus esclarecimentos, sobretudo no que diz respeito a seu entendimento quanto ao amparo legal para aproveitar o ágio.

A criação de empresa veículo para esse fim era prática normal à época, tanto que foi objeto de normatização pela CVM (Instrução CVM 349/2001). Por seu turno, a própria Lei 9.732/1997, art. 8º., versou sobre aspectos relativos a incorporação da controlada pela controladora.

Nos últimos cinco anos participei de centenas de julgamentos neste Conselho em que foi apreciada a aplicação da multa qualificada. Formei critérios para estabelecer minha convicção nesses casos, os quais sempre observo, visando manter coerência em meus votos. Cabe aqui reportar alguns desses julgamentos:

i) Acórdão 1402-00.337 de 14/12/2010

***Ementa:** MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. A redução sistemática de vultosas receitas na transposição de valores escriturados para as declarações entregues, sem qualquer justificativa plausível, evidencia o intuito de fraude. A apresentação de livros e documentos fiscais, durante a fiscalização, não elide a prática dolosa anterior.*

Naquele processo, verificou-se que as receitas auferidas e escrituradas pelo contribuinte, que inclusive eram declaradas ao Fisco Estadual pela totalidade, eram reduzidas em 99% para fins de apuração dos tributos federais. Para acobertar o conhecimento da Receita Federal, o contribuinte apresentava regularmente suas DIPJ e DCTF, bem como efetuava os recolhimentos dos tributos, porém, sobre esse 1%, e durante pelo menos 3(três) anos consecutivos. A prova do dolo, no caso Sonegação (art. 71 da Lei 4.502/64) foi justamente as Declarações de Pessoa Jurídica (DIPJ e DCTF), sistemática e reiteradamente, grafando valores a menor.

ii) Acórdão 1402-00.494 de 31/03/2011

Ementa: *GLOSA DE DESPESAS INIDÔNEAS. AMORTIZAÇÕES DE ÁGIO SUPOSTAMENTE PAGO NA AQUISIÇÃO DE DEBÊNTURES. Correta a glosa de despesas contabilizadas a título de pagamento de prêmio na aquisição de debêntures entre pessoas ligadas, amparados em contratos eivados de fraude, cujo objetivo, a toda evidência, foi reduzir o IRPJ e CSLL pelo contribuinte, devendo ser restabelecida a multa qualificada, no percentual de 150%. (Grifei).*

A atuada teria adquirido por R\$300milhoes de Reais, debêntures cujo valor de face era de R\$1mil (ágio de 299 milhões), sendo que o pagamento teria sido feito mediante T-Bills (Títulos do Governo dos Estados Unidos da America do Norte), cuja existência não foi comprovada.

Na situação versada, a decisão de 1ª. instância afastou a aplicação de multa qualificada “*por não ter sido suficientemente comprovado, nos autos, o dolo nesta operação mesmo que se reconheça nela todo o artificialismo argüido pela Fiscalização*”.

Porem, este conselheiro entendeu que eram robustas as provas trazidas aos autos da artificialidade das operações. A começar pelo fato de a empresa, que teria emitido as debêntures possuir apenas existência formal. Nas palavras da Fiscalização: “*a sociedade formalizada "produz" apenas documentos (atas, estatuto, livros contábeis, entre outros) utilizados para movimentar contabilmente recursos de outras empresas do grupo (...)*”.

Pelo voto de qualidade, a multa qualificada foi restabelecida.

iii) Acórdão 102-48.633 de 14/07/2007

Ementa: *MULTA DE OFICIO QUALIFICADA - RENDIMENTOS APURADOS COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS, OMITIDOS NA DECLARAÇÃO DE IRPF - EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - O fato de a fiscalização apurar omissão de rendimentos em face de depósitos bancários sem origem ou acréscimo patrimonial a descoberto, não configura, por si só, a prática de dolo, fraude ou simulação, nos termos dos art. 71 a 73 da Lei 4.502 de 1964).*

Aqui, o contribuinte omitiu na declaração de IRPF a conta bancária de sua titularidade. Além disso os valores movimentados eram elevadíssimos em relação aos rendimentos tributados. Todavia, a Fiscalização deixou de demonstrar a conduta dolosa, considerando-se ainda que o lançamento de ofício se deu calcado na presunção legal (fraude não se presume). Mais a mais, “*ao informar rendimentos ínfimos em sua declaração, ao invés de elidir a ação fiscal, o efeito foi justamente o contrário, o procedimento chamou a atenção do fisco.*”

A multa foi desqualificada à unanimidade. Situação semelhante foi observada em diversos outros acórdãos da relatoria deste conselheiro, cujo lançamento se deu exclusivamente com base em depósitos bancários, cuja conta-corrente era de titularidade do próprio contribuinte.

Voltando a situação versada no presente processo, constata-se pela DIPJ/2003, regularmente apresentada dentro prazo e posteriormente retificada, que o Banespa auferiu receitas tributáveis da ordem de 7,100 Bilhões de Reais em 2002. Por seu turno, a base de cálculo do IRPJ e CSLL foi de aproximadamente 80 Milhões de Reais, ou seja, em pouco mais de 1% da receita total, sendo que a amortização do ágio reduziu em R\$ 1,492 Bilhão de Reais. Além disso, no ajuste anual a contribuinte apurou Saldos Negativos de Recolhimentos de 4 Milhões (IRPJ).

Ora, uma empresa com esses números certamente estava sujeita ao acompanhamento especial de que trata a Portaria SRF nº 448 de 2002. Definitivamente não é crível que a dedução pudesse ser ocultada do Fisco na contabilidade ou na DIPJ da recorrente, o que em verdade não ocorreu.

Em face do exposto, até mesmo diante do detalhamento e clareza do Termo de Verificação Fiscal, formei convencimento de que a qualificação da multa de ofício foi exacerbada, devendo ser excluída.

III. DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DO ANO-CALENDÁRIO DE 2002.

Uma vez afastada a acusação de fraude, bem como os pressupostos da aplicação da multa de ofício qualificada, cumpre também reconhecer a decadência do lançamento do ano-calendário de 2002, aplicando-se o art. 150 parágrafo 4º. do CTN, haja vista que no presente caso houve antecipação de pagamento do IRPJ e CSLL.

Nesse sentido vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça-STJ. Cite como exemplo o Recurso Especial nº 973.733- SC (2007/0176994-0), julgado em 12 de agosto de 2009, sendo relator o Ministro Luiz Fux:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo

lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

(...)

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(Grifos do original)

O Regimento Interno do CARF, sofreu algumas alterações pela Portaria nº 586, de 22/12/2010, dentre as quais se destaca o acréscimo do artigo 62-A, segundo o qual as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, bem como pelo Supremo Tribunal Federal-STF, em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Logo, à luz do artigo 62-A do Regimento Interno do CARF, doravante ,há que se aplicar o entendimento do STJ quanto a essa matéria.

Verifica-se que no ano-calendário de 2002 o contribuinte sofreu retenção de tributos federais pela prestação de serviços a órgãos públicos, nos termos do art. 64 da Lei 9.430/1996. No caso das instituições financeiras o código de retenção o código é 6188 e contempla (IRPJ, CSLL, PIS e COFINS). A Secretaria da Receita Federal, por exemplo, pagou a contribuinte a importância de 2.894.862,26 pelo serviço de arrecadação federal, tendo efetuado retenções de 204.087,74 (valores verificados nos sistemas da Receita Federal). A contribuinte declarou esses valores em sua DIPJ/2003; no ajuste anual, por exemplo, aproveitou R\$ 245.511,80 (conforme ficha 12b da DIPJ arquivada na Receita Federal do Brasil sob no. 1272859.)

Portanto, em relação ao Banco Santander Banespa, a contagem do prazo decadencial para lançamento do IRPJ e CSLL do ano-calendário de 2002, iniciou-se em 01/01/2003, haja vista os pagamentos e a opção pelo lucro real anual, encerrando-se em 31/12/2007.

Acolho, pois, a preliminar de decadência do ano-calendário 2002.

IV - MÉRITO

Amortização do ágio pago pelo Banco Santander Hispano na aquisição do Banespa, levada a efeito pelo próprio Banespa.

A matéria foi enfrentada recentemente por este Colegiado no julgamento do processo 10882.001031/2004-95, acórdão 1402-00.342 de 15/12/2010, assim ementado:

LUCRO REAL. GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. Reconhece-se que o ilícito fiscal limita-se à desconsideração da natureza jurídica do fundamento econômico do ágio e que a demonstração arquivada como comprovante do fundamento econômico do ágio, traduz a avaliação dos ativos, pela expectativa de rentabilidade futura.

LUCRO REAL. GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. CONDIÇÃO DE EFETIVIDADE DO LUCRO. A legislação fiscal editada no contexto de incentivo às privatizações e que permaneceu em vigor nos períodos objeto da autuação não condicionou a dedutibilidade da amortização do ágio à efetiva apuração de lucro, e nem estabeleceu prazo para a geração de lucros. A Instrução CVM 247/96 alterada pela 285/98 não pode ser aplicada para efeitos fiscais.

(Os Grifos não são do original).

No voto condutor, da lavra da ilustre conselheira Albertina Silva Santos Lima, colhe-se os seguintes fundamentos:

(...) o disposto no caput do art. 7º, inciso III, combinado com o art. 8º, letra b, permite a amortização do ágio à razão de 1/60, no máximo, mensalmente, na situação de incorporação de empresa detentora de participação acionária adquirida com ágio. Não faz nenhuma restrição quanto a essa participação societária se referir a uma empresa terceira ou à própria incorporadora. Assim, deve-se aplicar a legislação às peculiaridades de cada situação.

No caso concreto, a fiscalização afirmou que as reorganizações societárias (Origem e Antuérpia) por meio de negócios jurídicos indiretos previamente estabelecidas em contrato visaram, na verdade, a transferência do controle societário, com ganhos fiscais indevidos. Apesar de ter feito essa afirmação, no item relativo ao ilícito fiscal de seu Termo de Constatação Fiscal, não há qualquer acusação de que as reorganizações societárias tenham sido realizadas de forma ilícita, conforme trecho que a seguir transcrevo:

(...)

Conforme visto, a Lei 9.532/97, III do art. 7º, permite a amortização do valor do ágio cujo fundamento seja o valor da rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados dos exercícios futuros, no máximo, à razão de 1/60 para cada mês do período de apuração, desde que haja a respectiva demonstração que deverá ser arquivada como comprovação.

Essa falta de definição invoca entendimentos diversos, como exemplifica o entendimento dos AFRFs que realizaram a fiscalização e a diligência.

O Parecer do Prof. Eliseu Martins, ao comentar o art. 20 do DL 1.598/77, observa que o legislador ao apresentar o ágio daquela forma incorreu em erro conceitual, pois segregou o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas do valor de rentabilidade futura. Ressalta que essa separação é incorreta dentro dos conceitos teóricos e normativos contábeis, uma vez que, o fundo de comércio, também conhecido por goodwill, nada mais é, em contabilidade, do que a efetiva expectativa de rentabilidade futura acima dos montantes normais esperados. Salienta ainda que a CVM em sua Instrução nº 1/78 também incorreu nesse erro conceitual e que o corrigiu conforme Nota explicativa à Instrução CVM 247/96.

Assim, segundo o parecerista não existem “outras razões econômicas” para o pagamento do ágio; o que poderia ocorrer é a não apresentação de uma justificativa formal para tal pagamento, mas que ele ocorre por conta dessa expectativa ou da mais valia de ativos é fato. Conclui que o fundo de comércio mencionado pelo DL, na letra “c”, inclui-se conceitualmente dentro do que ele mesmo considera expectativa de rentabilidade futura, letra “b”.

Vejamos ainda o conceito econômico abaixo sobre **goodwill**, extraído da obra de MARTELANC, PASIN e CAVALCANTE (2005):

‘Tecnicamente, define-se goodwill como a diferença entre o valor econômico da empresa para seus acionistas e seu valor patrimonial reavaliado a preços de mercado. Antes de uma fusão ou aquisição, pode ser projetado como a diferença entre o valor de uma empresa obtido pelo FCD e o valor patrimonial reavaliado a preços de mercado.

No momento da apresentação do relatório de avaliação da empresa, muitos empresários nos perguntam se o valor dos intangíveis (reputação da empresa, fidelidade dos clientes, qualidade do corpo gerencial e dos recursos humanos, Know-how tecnológico) e, principalmente, se o valor da marca não deveria ser mensurado à parte, sendo adicionado ao da empresa.

Via de regra, a resposta é não, pois os ativos intangíveis e a marca contribuem para a geração dos lucros e fluxos de caixa futuros. Além disso, quando se avaliam empresas por métodos que usam esses atributos (método do fluxo de caixa descontado e método dos múltiplos), o valor dos intangíveis e da marca já está contemplado e incluso.’

Segundo o trecho transcrito, os ativos intangíveis e a marca contribuem para a geração de lucros e fluxos de caixa futuros e quando se avaliam empresas pelos métodos do fluxo de caixa descontado e método dos múltiplos, o valor dos intangíveis e da marca já está contemplado e incluso.

O texto acima transcrito aborda métodos de avaliação de empresas e se refere ao método do fluxo de caixa descontado e método dos múltiplos.

Ao se utilizar um desses métodos para avaliação de empresas, segundo o que se extrai do conceito econômico abordado, o valor do fundo de comércio e dos intangíveis estaria espelhado no resultado obtido.

Apesar dos conceitos acima expressos, não podemos nos olvidar que para efeitos fiscais, devemos considerar a existência dos dois fundamentos econômicos citados.

a) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas;

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

(...)

(Os Grifos não são do original).

Os fundamentos acima transcritos, que representam o entendimento da maioria dos integrantes deste Colegiado, foi construído após 8 (oito) meses de apreciação da matéria (o processo retornou a pauta em maio/2010 e foi julgado em dez/2010).

É certo que se trata de um benefício fiscal, pois, a regra geral, seja para as pessoas físicas, seja para as empresas, é agregar ao custo a mais valia paga na aquisição de participações societárias, independentemente de sua natureza, para ser deduzido na apuração do ganho tributável em futuras alienações, dentre outros tratamentos previsto na legislação.

Ocorre que, ao contrário de outros benefícios fiscais que são objeto de normas complementares minuciosas, especialmente infralegais, determinadas pela própria lei de regência (a exemplo do Simples), a matéria em comento está adstrita às normas legais já referenciadas neste voto. Em que pese o disposto no art. 111, inciso I, do CTN, evidencia-se que o objetivo da norma é propiciar maior amplitude a esse favor fiscal.

Pois bem, entendo que a amortização do ágio, pago com fundamento em previsão de rentabilidade futura de ágio, com fulcro no art. 7º., inciso III, da Lei 9.532 de 1997, deve atender, inicialmente, a 3 (três) premissas básicas, quais sejam:

- 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.

No presente caso, essas premissas básicas foram cumpridas.

Não há dúvida que o Banco Santander Hispano efetivamente desembolsou os 9,457 Bilhões de Reais da operação. De igual forma inexistente qualquer ligação entre o grupo Santander e os alienantes, especialmente na operação principal (compra das ações da União). Também não repousa qualquer questionamento quanto ao fato de que o Banespa sofreu detalhada avaliação, refletida em suas demonstrações contábeis antes do leilão estatal.

Por fim, ao contrário do que ocorreu no processo 10882.001031/2004-95 (acórdão 1402-00.342, acima citado), o laudo de demonstração da expectativa de rentabilidade futura do Banespa, apresentada durante a auditoria fiscal não passou por qualquer crivo da

fiscalização. Quanto ao laudo, o minucioso Termo de Verificação Fiscal, traz apenas as seguintes considerações:

“(…) conforme Laudo de Avaliação da KPMG, ampliando o ágio para R\$ 7.462.067.630,07, sem que houvesse qualquer contrapartida com fundamento econômico para tanto. A **natureza única do ágio alegada no laudo é a rentabilidade de exercícios futuros, ignorando totalmente a inescapável parcela derivada do fundo de comércio da empresa** (pois a parcela do ágio neste fundada não geraria amortizações dedutíveis das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL).

Portanto, os valores relativos à marca "Banespa", sua penetração e notoriedade no mercado, sua carteira de clientes, sua rede de agências no Brasil e no exterior (e aqui não me refiro apenas às instalações físicas, mas sua conveniente distribuição, visibilidade e o próprio fato de estarem disponíveis e operacionais), sua reputação de solidez, enfim, **o valor de seu fundo de comércio, foi total e convenientemente substituído pela tosca, questionável e discutível "rentabilidade de exercícios futuros"**. Uma prova cabal da relevância do fundo de comércio foi o tempo decorrido entre a aquisição do Banespa e sua incorporação pelo Banco Santander S.A., a qual se deu apenas em 2006 (ou seja, após 5 anos), período este em que o Grupo Santander dele se beneficiou.

(...)"

(Os Grifos não são do original).

Não cabe a este Relator questionar os aspectos técnicos do aludido laudo, se isso não foi feito pela Fiscalização. É estranhável o fato de o laudo ter estabelecido a rentabilidade futura pelo total do ágio pago nas operações (leilão do BC e Oferta pública de Aquisição), todavia, é o que basta. Mais a mais, a norma reza apenas que o *“O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras ‘a’ e ‘b’ do parágrafo 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”* (art. 20, § 3º. do DL 1.598/1977).

A Fiscalização insiste que o contribuinte deveria ter apurado também o valor do Fundo de Comércio, que também estaria incluído no valor do Ágio. Admitindo-se, por hipótese que cabe razão ao Fisco nessa parte, então caberia ao Fisco apurar tal parcela, mediante critério técnico e glosar parte do valor do ágio com essas razões adicionais. Porém isso também não foi feito.

Tenho opinião formada a respeito do valor “fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas”, mas conclui que não cabe aqui discorrer sobre o tema, haja vista que a Lei trata desses elementos patrimoniais, embora sem qualquer aprofundamento ou determinação de que seja disciplinado em normas infralegais.

De qualquer forma, não seria um valor dedutível e tendo em vista que a Lei pede apenas uma demonstração, mesmo que fosse apurado posteriormente, com base nos valores da época, a lei não estabelece que uma parte do valor do ágio pago seja tomado como “fundo de comércio”. Explico: não há determinação de que haja uma proporcionalidade, admitindo-se que o Fundo de comércio seja 5 Bilhões, uma vez que existe outros 7 Bilhões de expectativa de rentabilidade futura, o ágio poderia ser totalmente dedutível, pois, continuaria havendo amparo legal. Estou plenamente convencido de que inexistindo disposição

contratual, ou qualquer outro documento ou registro contábil produzido pelas partes, estabelecendo que parte do valor pago a título de ágio tenha outro fundamento que não a rentabilidade futura, o valor é integralmente passível de amortização.

Equivoca-se o Fisco ao argumentar que o ágio amortizado não corresponde ao que foi pago pelo Santander Hispano na aquisição do Banespa, em face de a participação acionária ter sido antes vertida a uma empresa veículo. Isso porque a “passagem” pela Santander Holding era necessária por diversos motivos, consoante cabalmente demonstrado pela contribuinte, na peça recursal, a seguir sintetizados:

- a Santander Holding foi constituída logo após a publicação do Edital do Leilão do Banespa (21 dias após), pois seria a empresa destinada a receber a participação societária a ser adquirida em leilão público. Isso porque, nos termos dos artigos 26, 27 e 28 da Lei nº 4.595/64, Circular BACEN nº 2.750 e da Circular COSIF nº 1.273 o aumento de capital em uma instituição financeira somente pode ser feito em moeda corrente ou por meio de incorporação de reservas e de reavaliação de parcela dos bens do ativo imobilizado. Não há previsão de uso de ações para a integralização em aumento de capital de empresas financeiras.

- a constituição de uma Holding revelou-se necessária para legalmente recepcionar as ações do Banespa, adquiridas pelo Santander Hispano, em aumento de capital. Ou seja, a Holding é uma sociedade cuja finalidade é deter o investimento;

- a integralização das ações do Banespa na Santander Holding, conforme já planejado desde o início do processo de privatização, era a forma mais direta, correta e adequada para atingir o seu objetivo final: **(i)** a aquisição do Banespa; **(ii)** a reestruturação societária das empresas no Brasil para a integração de suas atividades bancárias, que visava obter ao final a sinergia do Grupo, e **(iii)** preservação dos direitos dos acionistas minoritários do Banespa, garantindo a manutenção do fluxo de dividendos e a transparência das demonstrações financeiras quanto à identificação dos seus resultados operacionais;

- o aproveitamento fiscal de dedutibilidade do ágio gerado na aquisição é mera consequência legal dos atos societários praticados, sem causar efeito adverso no fluxo de dividendos futuros dos acionistas minoritários do Banespa, mantendo-se a prática de boa publicidade das demonstrações financeiras.

- a Santander Holding foi constituída logo após a publicação do Edital do Leilão do Banespa (21 dias após), pois seria a empresa destinada a receber a participação societária a ser adquirida em leilão público. Isto porque, nos termos dos artigos 26, 27 e 28 da Lei nº 4.595/64, Circular BACEN nº 2.750 e da Circular COSIF nº 1.273 o aumento de capital em uma instituição financeira somente pode ser feito em moeda corrente ou por meio de incorporação de reservas e de reavaliação de parcela dos bens do ativo

imobilizado. Não há previsão de uso de ações para a integralização em aumento de capital de empresas financeiras;

- a constituição de uma Holding revelou-se necessária para legalmente recepcionar as ações do Banespa, adquiridas pelo Santander Hispano, em aumento de capital. Ou seja, a Holding é uma sociedade cuja finalidade é deter o investimento;

- a integralização das ações do Banespa na Santander Holding, conforme já planejado desde o início do processo de privatização, era a forma mais direta, correta e adequada para atingir o seu objetivo final: **(i)** a aquisição do Banespa; **(ii)** a reestruturação societária das empresas no Brasil para a integração de suas atividades bancárias, que visava obter ao final a sinergia do Grupo, e **(iii)** preservação dos direitos dos acionistas minoritários do Banespa, garantindo a manutenção do fluxo de dividendos e a transparência das demonstrações financeiras quanto à identificação dos seus resultados operacionais;

- o aproveitamento fiscal de dedutibilidade do ágio gerado na aquisição é mera consequência legal dos atos societários praticados, sem causar efeito adverso no fluxo de dividendos futuros dos acionistas minoritários do Banespa, mantendo-se a prática de boa publicidade das demonstrações financeiras;

- a incorporação da Santander Holding pelo Banespa também se fez necessária por força de outros entraves burocráticos. De fato, era o Banespa quem possuía todos os registros e autorizações para atuar no Brasil como instituição financeira de capital aberto. Caso a Santander Holding fosse a incorporadora, seria necessário que ela obtivesse todos esses registros e autorizações previamente à incorporação, o que geraria um custo e complexidade desnecessários à operação societária;

Por mais óbvio que possa parecer, tal qual já fundamentei na exclusão da multa qualificada, o Banco Santander Hispano desde o início foi transparente e coerente em seus objetivos: adquirir o Banco Banespa para alavancar suas operações no Brasil, aproveitando-se do benefício fiscal de amortização do ágio que certamente teria que ser pago, haja vista que possuía expertise suficiente para gerar lucros com a nova empresa.

Não se olvide que todo o ágio pago à União pela compra do Banespa ingressou nos cofres públicos. Se aquisição tivesse sido realizada junto a uma empresa privada, esse ágio seria passível de tributação pelos mesmos 34%.

O fundamento fiscal no sentido de que o Santander Hispano, efetivo adquirente do Banespa, por estar sediado e submetido às normas Espanholas, não poderia ter transferido esse ágio na integralização das cotas na Santander Holding (empresa constituída no Brasil), a meu ver não tem respaldo legal.

Vejamos a transcrição do entendimento fiscal:

A internalização do ágio pago pelo Santander Central Hispano S.A. constituiu a "operação-chave", a partir da qual o grupo econômico pretendeu aproveitar-se do benefício fiscal concedido pela legislação pátria para diminuir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Ora, o ágio foi efetivamente pago pela sociedade domiciliada na Espanha, e não por uma domiciliada no Brasil. Portanto, o ativo (ágio) decorrente da aquisição de ações haveria de ser contabilizado na sociedade estrangeira adquirente das ações do Banespa, e não em uma domiciliada no Brasil. As operações societárias desencadeadas após a aquisição das ações do Banespa lastrearam-se nessa suposta transferência do ágio pago pela sociedade espanhola para sociedades domiciliadas no Brasil, porquanto a dedutibilidade dos encargos de amortização do ágio pressupõe que este tenha sido contabilizado em uma sociedade aqui domiciliada.

As condições de dedutibilidade de encargos de amortização de ágio previstas no art. 386 do RIR/99 têm como pressuposto uma anterior contabilização do custo de aquisição do investimento, nos termos do art. 385 também do RIR/99.

Cabe aqui investigar a quem é dirigida a norma prevista no art. 385 do RIR/99, cujo "*caput*" assevera:

‘Art. 385. O **contribuinte** que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:’ (grifei)

Por sua vez, o art. 146 do RIR/99 delimita o alcance do conceito de "contribuinte", ao qual se refere o "*caput*" do art. 385:

Art. 146. São contribuintes do imposto e terão seus lucros apurados de acordo com este Decreto (Decreto-Lei n- 5.844, de 1943, art. 27):

- as pessoas jurídicas (Capítulo I);

(...)

§ 7- **Salvo disposição em contrário, a expressão pessoa jurídica, quando empregada neste Decreto, compreende todos os contribuintes a que se refere este artigo,** (grifei)

(...)

Resta incontestável, portanto, que o previsto no art. 385 do RIR/99 não é aplicável ao Santander Central Hispano S.A., porquanto trata-se de sociedade domiciliada no exterior, que como tal não se enquadra no conceito de "contribuinte", na acepção técnica empregada no '*caput*' do aludido dispositivo (saliente-se que tal sociedade tampouco se enquadra no art. 147, inciso II, do RIR/99). A contabilização deste ágio na sociedade adquirente deve-se pautar nas regras do país de seu domicílio (Espanha), cuja legislação eventualmente pode, em tese, também conceder benefícios fiscais em decorrência do pagamento acima do valor patrimonial de ações. Trata-se de contabilização em sociedade estrangeira, em relação à qual a legislação brasileira não pode ser impingida.

Em sendo indiscutível a inaplicabilidade da norma contida no art. 385 do RIR/99 à operação que deu origem ao ágio pago na aquisição de ações do Banespa, também é de cristalina certeza a não subsunção dos fatos correspondentes às operações societárias subsequentes à norma prevista no art. 386 do RIR/99, uma vez que a

incidência daquela constitui pressuposto para a dedutibilidade autorizada por esta (atendidas as demais condições por ela impostas).

Por conseguinte, a despeito da frustrada tentativa do grupo econômico de transferir para o Brasil o ágio pago pela sociedade espanhola pelas ações da sociedade nacional, a legislação pátria não autoriza que tal ágio seja aqui amortizado para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSSL da sociedade nacional.

(...)"

A meu ver, este é o ponto chave da acusação fiscal.

Embora o Auditor Wenner Hess, tenha sido extremamente claro em seus fundamentos, abstraindo dos aspectos formais e buscando a verdade real, o que ocorreu foi uma concomitante transferência da participação no Banespa adquirida pelo Santander Hispano, na Santander Holding, ao tempo das aquisições. A exigüidade do prazo não dá margem a outra conclusão.

Esso ponto foi muito bem destacado pelos ilustres patronos da recorrente em seus memoriais:

(...) os lançamentos foram efetuados com base na mera presunção de que as operações praticadas não tiveram propósito negocial (presunção decorrente da simples leitura dos atos societários – “análise das fotografias”).

De fato, ao final da análise das operações em questão (“análise do filme”), restará comprovada que a forma jurídica adotada pelo grupo Santander, para participar no processo de leilão, foi a mais direta, correta e adequada para atingir seu objetivo final: a compra do Banespa e a integração das atividades bancárias para obtenção de sinergia no grupo Santander, com o conseqüente aproveitamento do ágio decorrente dessa aquisição.

Antes da aquisição do Banespa por meio do leilão ocorrido em novembro de 2000, o grupo Santander no Brasil possuía uma atividade bancária no País de pequeno porte, em face dos demais bancos privados aqui operantes. Esse panorama foi radicalmente alterado após a aquisição do Banespa.

Dessa forma, a inclusão do Banespa no Programa Nacional de Desestatização foi uma oportunidade única para o grupo Santander **ingressar definitivamente no mercado brasileiro e consolidar seu poder econômico no mercado nacional.**

Para se ratificar o até aqui exposto – aquisição do Banespa em razão de necessidade de expansão das atividades comerciais do grupo Santander – juntou-se ao autos a reportagem publicada na Revista Veja, Edição nº 1677, de 29/11/2000: **‘OLÉ! OS ESPANHÓIS RECONQUISTARAM A AMÉRICA - Santander compra o Banespa por 7 bilhões de reais, já é o terceiro maior banco privado do país e quer ser o número 1 até 2003’.**

Com efeito, passa-se a expor as principais **‘fotografias’** que compõem o **‘filme’** da aquisição do Banespa, nas quais se perceberá a validade de cada passo adotado pelo grupo Santander, bem como o sentido econômico e o propósito negocial de toda essa operação:

(...)

Conforme se depreende dos atos acima descritos, todas as operações realizadas pelo grupo Santander tiveram como objetivo criar uma estrutura societária que tornasse

a simulação e verificada a ocorrência de ganho de capital na operação efetivamente realizada, correta a exigência do tributo efetivamente devido.

SIMULAÇÃO E MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA - Comprovada a simulação, correta a exigência da multa de ofício qualificada sobre os tributos devidos, no percentual de 150%.

Relevante na situação fática tratada no processo de que trata o Acórdão 102-48.660, além da sequência de operações, é que o Fisco não fez prova direta de que os alienantes (pessoas físicas) se apropriaram dos recursos da venda da participação acionária, que foi vertida à empresa veículo (casa-separa). Todavia, a magnitude das evidências autorizaram a convicção de que em realidade os recursos financeiros foram vertidos aos sócios pessoas físicas. Porém, a ferro e fogo, se analisada as “fotografias” ou se imperasse a verdade formal, a conclusão poderia ter sido outra.

Outro julgamento relevante deste Colegiado, no qual prevaleceu a verdade real sobre a formal ocorreu no Acórdão 1402-00.494 de 31/03/2011, resumido na seguinte ementa:

GLOSA DE DESPESAS INIDÔNEAS. AMORTIZAÇÕES DE ÁGIO SUPOSTAMENTE PAGO NA AQUISIÇÃO DE DEBÊNTURES. Correta a glosa de despesas contabilizadas a título de pagamento de prêmio na aquisição de debêntures entre pessoas ligadas, amparados em contratos eivados de fraude, cujo objetivo, a toda evidência, foi reduzir o IRPJ e CSLL pelo contribuinte, devendo ser restabelecida a multa qualificada, no percentual de 150%.

No processo de que trata o citado Acórdão 1402-00.494, aparentemente todas as formalidades foram cumpridas. Se analisados isoladamente, os atos comerciais e societários aparentemente não revelam os procedimentos dolos. Todavia, “ao analisar o filme todo”, o colegiado, por sua maioria, concluí que realmente a emissão de debêntures não teve outro propósito comercial além de propiciar a amortização do ágio pelo adquirente.

Cite-se também a decisão proferida pela 1ª. Câmara do Antigo Primeiro Conselho de Contribuintes, 17/12/2008, de que trata o Acórdão 101-97.070, assim ementado:

LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR POR INTERMÉDIO DE CONTROLADAS INDIRETAS- Para fins de aplicação do art. 74 da MP nº2158-35, os resultados de controladas indiretas consideram-se auferidos diretamente pela investidora brasileira, e sua tributação no Brasil não se submete às regras do tratado internacional firmado com o país de residência da controlada direta, mormente quando esses resultados não foram produzidos em operações realizadas no país de residência da controlada evidenciando o planejamento fiscal para não tributá-los no Brasil.

No processo em comento, restou evidenciado que a contribuinte transferiu para sua controlada na Espanha, os resultados obtidos em outros países, no intuito de obter a isenção desses lucros ao serem remetidos para o Brasil em face do tratado Brasil-Espanha. Vejamos a transcrição de um trecho do voto condutor do ilustre conselheiro Valmir Sandri que redigiu o voto vencedor daquele acórdão:

“(…)

O LIMITE DO TRATADO BRASIL-ESPANHA

Não pode a Recorrente invocar em seu benefício o tratado celebrado entre os Estados acima contratante, que visou evitar a dupla tributação dos lucros auferidos pelas sociedades residentes dos respectivos Estados, a fim de obter uma economia de imposto decorrente de lucros auferidos por outra sociedade controlada/interligada residente num terceiro Estado, os quais não fazem jus ao benefício em razão de sua situação substancial.

De fato, não há como considerar ao abrigo do tratado Brasil — Espanha, os lucros auferidos num terceiro país sem tratado, que tem apenas como passagem um dos Estados contratantes, eis que, pela regra disposta no art. 7º. do Tratado, os lucros por ele abrangido são apenas aqueles auferidos pelos Estados Contratantes, aliado ao fato de que pela lei societária e fiscal, os resultados auferidos por intermédio de outra pessoa jurídica, na qual a controlada ou coligada no exterior mantenha qualquer tipo de participação societária, ainda que indiretamente, serão considerados no balanço para efeito societário, bem como, para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da beneficiária no Brasil.

Não se trata, portanto, como pode parecer num primeiro momento, no afastamento do tratado Brasil — Espanha, para tributar o lucro aderido por parte destes Estados contratantes, o que entendo inviável, mas sim, de dar efetividade aos preceitos definidos no referido convênio, eliminando a dupla tributação dos lucros neles auferidos e tributando os lucros alienígenas, decorrentes de estratégias utilizadas pelas empresas com o fito de eximir-se e/ou reduzir os tributos devidos, que, embora possam ser consideradas lícitas, seus resultados não se encontram contemplados nos tratados.

O fato é que, a legislação brasileira determinou uma adição ao lucro líquido da sociedade controladora no Brasil, para efeito de determinação da base de cálculo do imposto de renda e contribuição social, os lucros auferidos no exterior por filial, sucursal, controlada ou coligada, considerados de forma individualizada, e sendo assim, não há como deixar de considerar isoladamente tais lucros, inclusive, para efeito da aplicação de tratados.

Assim, entendo correta a decisão recorrida que manteve a exigência em relação ao presente item pela aplicação do world-wide incarna taxation e afastamento do tratado Brasil— Espanha no caso in concreto.

(…)”

Voltando ao presente caso, formei pleno convencimento de que os procedimentos do Grupo Santander, desde antes da aquisição do Banespa, visaram a obtenção de resultados para seus acionistas, bem como amortizar na tributação desses resultados no Brasil, o ágio que certamente teria que pagar e pagou.

Do ágio de si mesma.

O fundamento do Agente Fiscal no sentido de que o ágio amortizado pelo Banespa decorreu da aquisição, com ágio, das suas próprias ações, ou seja, “ágio de si mesma”, também está equivocado. Isso porque duas são as características básicas em uma operação que **redunda em “ágio de si mesma”, a saber:**

(...)

Dispositivo:

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Primeira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso voluntário e NEGAR provimento ao recurso de ofício.

(Grifei.)

No voto condutor do aludido Acórdão, o ilustre Conselheiro Valmir Sandri, traz uma verdadeira aula sobre o tema em questão, que é comum ao presente processo. O Relator navega com habilidade pela legislação, doutrina e jurisprudência, conforme adiante transcrito:

“(...) a reorganização societária das empresas participantes do leilão de privatização também foi amplamente utilizada e incentivada, em primeiro lugar pela própria União, como previsto no decreto que criou as holdings operacionais, mas também em razão da Lei nº 9.532/97, que estabelecia o direito à dedutibilidade do ágio e o termo “a quo” do exercício desse direito que seria o momento de uma reorganização societária (incorporação, fusão ou cisão).

Aliás, o Poder Legiferante não apenas reconhece a ligação ontológica entre o ágio pago e as regras de dedutibilidade previstas na Lei nº 9.532/97, mas reconhece também que esta norma legal foi um incentivo à reestruturação societária de empresas tão necessárias à economia nacional.

Com efeito, foi apresentado pelo então Deputado Waldemar da Costa Neto o Projeto de Lei nº 2.922-A, de 2000, que propunha, em seu artigo 1º, a revogação do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532/97, ao argumento de que ser “*absurdo o benefício fiscal que ela concedeu às empresas vencedoras dos leilões de privatização de empresas estatais.*”

Posteriormente, foi apresentada a este Projeto de Lei emenda propondo a sua supressão, ou seja, a manutenção integral do artigo 7º da Lei nº 9.532/97 no ordenamento jurídico, com a seguinte justificativa:

“Propomos a supressão do dispositivo, tendo em vista afetar negativamente o tratamento contábil relativo às operações de reorganização societária e, conseqüentemente, o desenvolvimento da economia nacional.

Como se sabe, os processos de privatização de empresas estatais e concessão dos serviços públicos têm justamente o objetivo de fortalecer a economia, transferindo aos particulares o controle e a administração de companhias estatais.

Desta forma, andou bem o Estado ao promover a privatização de suas empresas, visando justamente incrementar a situação financeira-econômica do país.

Inclusive, a forma de contabilização atualmente prevista no inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, representou um incentivo

Conforme documentos acostados aos autos, vê-se que outras empresas de telefonia, no caso, a TELESP CELULAR PARTICIPAÇÕES S.A. e a TELE CENTRO OESTE CELULAR PARTICIPAÇÕES S.A., utilizaram o ágio por intermédio de uma empresa veiculo. E por que realizaram essa operação para viabilizar o exercício do direito à dedução do ágio?

A resposta a essa indagação está na regra da Instrução Normativa nº 319/97, da CVM, mais precisamente do artigo 15, que prescreveu:

“Art. 15 - Sem prejuízo de outras disposições legais ou regulamentares, são hipóteses de exercício abusivo do poder de controle:

I. o aproveitamento direto ou indireto, pelo controlador, do valor do ágio pago na aquisição do controle de companhia aberta no cálculo da relação de substituição das ações dos acionistas não controladores, quando de sua incorporação pela controladora, ou nas operações de incorporação de controladora por companhia aberta controlada, ou de fusão de controladora com controlada;

II. a assunção, pela companhia, como sucessora legal, de forma direta ou indireta, de endividamento associado à aquisição de seu próprio controle, ou de qualquer outra espécie de dívida contraída no interesse exclusivo do controlador;

III. o não reconhecimento, no cálculo das relações de substituição das ações dos acionistas não controladores estabelecidas no protocolo da operação, da existência de espécies e classes de ações com direitos diferenciados, com a atribuição de ações, com direitos reduzidos, em substituição àquelas que se extinguirão, de modo a favorecer, direta ou indiretamente, uma outra espécie ou classe de ações;

IV. a adoção, nas relações de substituição das ações dos acionistas não controladores, da cotação de bolsa das ações das companhias envolvidas, que não integrem índices gerais representativos de carteira de ações admitidos à negociação em bolsas de futuros;

V. a não avaliação da totalidade dos dois patrimônios a preços de mercado, nas operações de incorporação de companhia aberta por sua controladora, ou desta por companhia aberta controlada, e nas operações de fusão entre controladora e controlada, para efeito da comparação prevista no art. 264 da Lei nº - 6.404/76 e no inciso VI do art. 2º - desta Instrução; e

VI. a omissão, a inconsistência ou o retardamento injustificado na divulgação de informações ou de documentos que tenham sido postos à disposição do controlador ou por ele utilizados no planejamento, avaliação, promoção e execução de operações de incorporação, fusão ou cisão envolvendo companhia aberta.”

Veja-se que, no caso em concreto, a TELEMAR PART assumiu uma dívida com a União - instrumento de assunção -, conforme se depreende dos autos. Assim, se houvesse uma incorporação entre estas empresas, constituiria manifesto exercício abusivo do poder de controle, em razão da regra clara do artigo 15, inciso II, da IN 319/99, acima transcrito, com reflexo patrimonial aos acionistas minoritários. Vejamos:

Em primeiro lugar, porque a participação na TNL foi adquirida pela TELEMAR PART mediante a assunção de um passivo, e sendo assim, a TNL passaria a ser responsável por esse passivo. Ou seja, haveria um reflexo patrimonial negativo para os acionistas minoritários.

Em segundo lugar, a amortização do ágio constituído com base na rentabilidade futura, contra os lucros a serem obtidos, reduzindo, conseqüentemente, os dividendos futuros dos acionistas, principalmente dos minoritários que não participaram do leilão.

Nos dois casos, haveria, assim, uma vantagem indevida do acionista controlador em prejuízo dos minoritários, e foi justamente por isso que a CVM interveio e expediu as normas sobre o tema.

De fato, a integralização de capital na empresa 140 Participações com as ações da TNL teve por objetivo — alcançado com sucesso — evitar esse prejuízo aos demais acionistas. Esse seu objetivo, ou seja, a operação realizada foi guiada, como afirmado, por razões de cunho apenas societário, não fiscal.

Não se obteve, com a operação, a criação de qualquer vantagem fiscal, muito menos a prática de uma ilicitude. A contribuinte não praticou atos para obter um tratamento fiscal mais benéfico, ao qual ela não teria direito. Ao revés, no caso concreto, a contribuinte já se encontrava em perfeitas condições para a aplicação da norma fiscal.

Ademais, a Lei nº 9.472 (LGT) estabelecia em seu artigo 202, que:

“Art. 202. A transferência do controle acionário ou da concessão, após a desestatização, somente poderá efetuar-se quando transcorrido o prazo de cinco anos, observado o disposto nos incisos II e III do art. 98 desta Lei.

§ 1º Vencido o prazo referido no caput, a transferência de controle ou de concessão que resulte no controle, direto ou indireto, por um mesmo acionista ou grupo de acionistas, de concessionárias atuantes em áreas distintas do plano geral de outorgas, não poderá ser efetuada enquanto tal impedimento for considerado, pela Agência, necessário ao cumprimento do plano.

§ 2º A restrição à transferência da concessão não se aplica quando efetuada entre empresas atuantes em uma mesma área do plano geral de outorgas.”

Ora, se a TNL incorporasse a TELEMAR PART, ainda em razão da dívida - correspondente a 60% do preço da aquisição das ações -, estaria violando a regra do artigo 202 da LGT, visto que haveria mudança no controle acionário da empresa, na medida em que seriam emitidas, com a incorporação, ações em substituição daquelas já existentes, reduzindo, em consequência, a participação dos vencedores do leilão substancialmente, ficando inferior a 50% do capital social e, portanto, em desacordo com a LGT.

Pois bem, este é o filme que deve ser analisado, que se inicia com todas as regras do Programa Nacional de Desestatização, inclusive aquela que regulamentou a dedutibilidade do ágio e incentivou a reorganização societária

de empresa, e termina, no caso, com a TNL seguindo exatamente o roteiro de promover uma reorganização societária e realizar a dedução, para efeitos fiscais a que tinha direito com o ágio pago na aquisição das ações. E é neste contexto, penso eu, que deve ser analisada a questão.

E aí vem a pergunta, onde está o abuso de direito?

Com a devida *vênia* da r. decisão, não vejo no caso em exame a dissimulação de qualquer aspecto da legislação de regência. Inexistiu abuso do direito, da forma jurídica ou da interpretação da *mens legis*, eis que os negócios jurídicos praticados pela Recorrente tiveram evidente motivação no plano societário e não se resumiram apenas a provocar a economia do imposto, conforme visto pelo Nobre Julgador da decisão recorrida.

Portanto, analisando todas as etapas do processo de desestatização até os resultados concretos que levaram as empresas a aproveitarem o ágio por intermédio de empresas ditas veículos, não vejo como enquadrar esta operação como sendo um planejamento tributário abusivo, conforme entendeu a r. decisão recorrida, mesmo porque, para restar compreendida como abusiva, uma conduta deve refletir um conflito entre forma e substância, e a prova de tal conflito deve ser feita com base em elementos objetivos e deve inexistir justificativa razoável para tal operação, a qual não seja mera vantagem fiscal, o que, diga-se de passagem, em nenhum momento ficou comprovado nos autos.

E a melhor forma de justificar esta conclusão é adentrar no último questionamento inicialmente posto, o de saber o que ocorreu na realidade, repita-se, na realidade vista na sua inteireza, e não uma realidade parcial, como fez a r. decisão recorrida.

Eis a questão: **Estamos diante de um planejamento tributário?**

Utilizando o mesmo método da decisão recorrida, isto é, do método proposto por Marco Aurélio Greco, entendo enquadrar-se as operações na categoria das "condutas desejadas (induzidas)" e das "condutas positivamente autorizadas pelo ordenamento", cuja pecha de planejamento tributário inoponível ao fisco é rechaçada pelo próprio Greco, a saber:

"Cumpre, desde logo, mencionar três conjuntos de situações que ficarão fora do presente estudo por não configurarem nem planejamento nem elisão.

Estes três conjuntos têm em comum serem formados por condutas que recebem do ordenamento uma qualificação – pelo menos no plano teórico-com maior grau de precisão, quanto ao modo pelo qual ele as trata. Ou seja, não obstante a imanente faixa de imprecisão (a fuzzyness) que cerca toda realidade e todo processo teórico que a ela se reporta, é possível, com pequeno grau de incerteza, identificar:

- condutas repelidas;
- condutas desejadas (induzidas); e
- condutas positivamente autorizadas pelo ordenamento.

Estes três conjuntos de condutas, por se revestirem dessa qualificação jurídica mais nítida, ficarão fora do presente estudo, embora mereçam alguns comentários neste capítulo, pois saber o que não compõe nosso objeto de estudo auxilia na sua identificação e precisão.”³

As condutas desejadas (induzidas) pelo ordenamento, segundo Greco, são as seguintes⁴:

“O segundo conjunto de hipóteses que deve ser apartado do planejamento tributário compõe-se das situações em que o ordenamento positivo deseja certo resultado e veicula preceitos no sentido de viabilizar ou induzir condutas dos destinatários da norma. E estas condutas podem, em certos casos, até mesmo levar a um tributo menor.

Este conjunto engloba duas principais categorias:

- a denominada *extrafiscalidade pura*; e, particularmente,
- o *engajamento do contribuinte em programas de incentivo*.

Menciono separadamente estas duas figuras, pois embora tenham base conceitual comum (utilizar o instrumento jurídico para induzir comportamentos humanos), a prática mostra que, por um lado, existem situações em que o objetivo visado pela norma é alcançado por outro lado, o atingimento do objetivo depende de um maior esforço do destinatário, muitas vezes consistente na realização de investimentos vultosos ou na formulação de compromissos de desempenho (exportar, incrementar produção, etc).”

E exemplifica o ilustre tributarista:

“Em determinadas hipóteses, como por exemplo no caso dos produtos sem muita felicidade denominados “supérfluos” ou produtos de baixo grau de essencialidade, a maior carga tributária imposta pelo ordenamento induz o contribuinte a fazer uma substituição material e deixar de consumir determinado produto. Promover a substituição material e passar a consumir outro produto é realizar planejamento tributário? Não. Esta hipótese está fora do campo do planejamento porque de certo modo a conduta que implica menor carga tributária apresenta uma intersecção com sentido da diretriz inerente ao ordenamento.

Em outras hipóteses, a submissão a um menor imposto sobre a renda depende da instalação de uma fábrica em determinado ponto do território nacional. Nestes casos, não há dúvida de que a conduta de seguir a diretriz da norma de incentivo fiscal acarretará menor carga tributária, mas este efeito é desejado pelo ordenamento. Ele quer tributar em menor dimensão os rendimentos que decorrerem de atividades econômicas que atendem à busca da redução das desigualdades regionais ou, então, os que resultem da exploração de determinada atividade, etc.

Greco ressalta ainda, que⁵:

“O tema de incentivos e da extrafiscalidade é amplo e sua referência foi feita apenas para mostrar que há um conjunto de situações em que o contribuinte

³ Obra referida, p. 76

⁴ Obra referida, p. 84/85

⁵ Obra referida, p. 92

pode ser induzido, instado, estimulado a adotar certa conduta cujo instrumento para sensibilizá-lo é a previsão de vantagens no campo tributário, inclusive desonerações de carga tributária.

Ora, quando o contribuinte decide agir no sentido indicado pelo ordenamento e, com isto, usufrui da menor tributação, não estamos perante hipótese de planejamento tributário nem de elisão.

Em suma, não é a simples circunstância de haver um resultado favorável ao contribuinte que, ipso facto, trata-se de hipótese de planejamento ou elisão."

Nesse diapasão, entendo que o fato inquinado de planejamento tributário, visto na sua inteireza, repito, o filme, é uma conduta desejada ou induzida pelo ordenamento jurídico, como robustamente demonstrado acima. Ora, o próprio intérprete autêntico, o legislador, reconhece isso, conforme se depreende da exposição de motivo da Comissão de Finanças e Tributação, que rejeitou a revogação do inciso III do artigo 7º da Lei nº 9.532/97, ao acolher o voto do Relator que, textualmente, assevera que este dispositivo teve a função de estimular "o investimento em outras empresas e a reorganização societária, tão importantes num contexto de baixo crescimento econômico do país" sendo que "O investimento em outras empresas e a reorganização societária contribuem para o fortalecimento das bases da economia nacional."

E mais, é possível enxergar no filme todos aqueles atos praticados pela Recorrente, como sendo uma conduta "positivamente autorizada" pelo ordenamento, consoante ensina Greco⁶:

"Neste contexto situa-se a figura das opções fiscais, que são alternativas criadas pelo ordenamento, propositalmente formuladas e colocadas à disposição do contribuinte para que delas se utilize, conforme a sua conveniência.

Estas estão fora do âmbito do planejamento, pois correspondem a escolhas que o ordenamento positivamente coloca à disposição do contribuinte, abrindo expressamente a possibilidade de escolhas. O ordenamento indica dois caminhos deixando ao contribuinte a escolha de seguir um ou outro, sendo que eventualmente um deles pode ser menos oneroso do que o outro. Nas opções estamos sempre perante hipóteses em que há uma escolha expressa que o ordenamento coloca à disposição do contribuinte, hipótese clássica de lei dispositiva.

Por isso, a opção fiscal desenha uma hipótese de conduta positivamente autorizada pelo ordenamento. Não chega a ser hipótese de incentivo ou induzimento a determinada conduta, mas trata-se de uma escolha de ordenamento que expressamente cria e cujos efeitos tributários (de menor tributação) ele assegura. Trata-se de figura semelhante àquela que Hans Kelsen examina sob o nome de "conduta regulada positivamente" ou "liberdade em sentido positivo"."

No caso aqui discutido, além de ter sido uma forma de aumentar o preço das ofertas no leilão de privatização e estimular as reorganizações societárias (condutas induzidas), o artigo 7º da Lei nº 9.532/97, atribui ao contribuinte o

termo “*a quo*” para o exercício do seu direito de deduzir o ágio (opção fiscal), ao condicionar a dedutibilidade do ágio a partir do evento incorporação, fusão ou cisão, consoante explicitado no dispositivo.

O fato é que a decisão sobre o evento de incorporação, fusão ou cisão compete exclusivamente aos acionistas das empresas, a ninguém mais, razão pela qual não vejo como atribuir à pecha de abusividade as operações praticadas pela contribuinte com o intuito de aproveitar a parcela do preço pago à União no leilão de privatização, denominado de ágio.

A análise do evento isolado de incorporação e a consequência esdrúxula de sua desconsideração

E mesmo que analisarmos isoladamente o evento de incorporação da empresa 140 PARTICIPAÇÕES pela TNL, ainda assim não consigo enxergar qualquer direito exercido de forma abusiva, como sustentou a decisão recorrida. O argumento central da decisão para inquirir de abusivo esta incorporação, seria o fato de inexistir um interesse econômico. Para chegar a esta conclusão, tentando compilar o seu aresto anulado, várias indagações foram postas para se perquirir a economicidade da operação, que são:

- pesquisando sobre o motivo/vontade que levou a interessada a adotar a estratégia de incorporar a sociedade 140 PARTICIPAÇÕES S/A., será que o seu interesse foi o de observar o verdadeiro “espírito da lei”, a “vontade da lei” que atribui ao instituto da incorporação finalidade de agregação de empresas?

- Será que a “vontade da interessada” coincidiu com a “vontade da lei”, cujo desejo é que o instituto da incorporação apresente uma finalidade econômica?

- Será que as operações realizadas tiveram como objetivo essa finalidade econômica, consistente, por exemplo, em agregar o patrimônio da empresa incorporada, reunir atividades econômicas para reduzir custos, otimizar desempenho, incorporar tecnologia, conquistar fatia de mercado trazendo para si novos clientes a fim de tornar-se mais conhecida no ramo, melhorar suas condições para fazer face à concorrência, etc?

O primeiro ponto é a alegada agregação de empresas como sendo uma finalidade do instituto da incorporação, que deveria ter um cunho econômico, pois “*a operação de incorporação tem como fundamento a venda, por parte dos acionistas da incorporada, de parcela de seu patrimônio aos acionistas da incorporadora e a compra, com o valor da venda, de parte do patrimônio da incorporadora. (item 52 da decisão)*”. Nada mais equivocados.

Veja, toda a interpretação emocional da decisão recorrida, com o devido respeito, parte de uma operação em que se está incorporando empresas com controle distintos, tal como regulado pelo artigo 227 da Lei da S/A, textualmente citado pela decisão no item 48, e que serviu de ponto de partida para todo o raciocínio.

Acontece que a incorporação de empresa controlada sofreu do ordenamento jurídico uma regulação específica, prevista no artigo 264 da Lei nº 6.404/76,

na medida em que se trata de um negócio consigo mesmo ou “self-dealing transaction”.

Alfredo Lamy Filho, tratando desse dispositivo, afirma que “o direito brasileiro regulou, expressamente, a matéria, e ao fazê-lo afastou a discussão doutrinária sobre a eficácia da “self-dealing transaction” por isso que previu a incorporação de controlada pela controladora, isto é, de empresas sob o mesmo controle.” (in Temas de S.A., RJ, Renovar, 2007, p. 258).

Aliás, a exposição justificativa do anteprojeto, sobre o artigo 264, mostra a diferença entre a incorporação realizada entre empresas com controle distintos, tal como regulado no artigo 227, e entre empresas com mesmo controle, a saber:

“A incorporação de companhia controlada requer normas especiais para a proteção de acionistas minoritários, por isso que não existem, na hipótese, duas maiorias acionárias distintas, que deliberem separadamente sobre a operação, defendendo os interesses de cada companhia”.

Por isso que a decisão sobre a criação e a extinção de empresas controladas compete exclusivamente aos acionistas das empresas. A criação de empresas, inclusive de empresas veículos que, aliás, foram amplamente utilizadas pelo próprio Governo para formatar o sistema de privatização, bem como a sua extinção por incorporação, independe de qualquer motivação econômica ou financeira, pois está na órbita exclusiva da decisão dos sócios, como bem ressalta Renato Ventura Ribeiro, Professor Doutor da USP - Largo de São Francisco -, que ensina:

“Os motivos para incorporação de companhia controlada são bem variados, como concentração empresarial, para ganhos de eficiência, possibilidade de maior crescimento, benefícios tributários, oportunidades de aquisição a preços baixos, integrações verticais, proteção contra ofertas hostis, entre outros.

A decisão da incorporação, independente da motivação, decorre apenas de uma única vontade, a dos controladores da incorporadora.

Com isso, ela diferencia-se das incorporações nas quais estão envolvidas sociedades com controladores distintos, pois uma das particularidades da incorporação de companhia controlada, como já dito, é a existência de apenas uma única vontade.”

O mesmo raciocínio do ilustre Professor da USP vale para a incorporação da controladora pela controlada. Aliás, o artigo 8º da Lei nº 9.532/97, corrobora esta assertiva, também para efeitos fiscais, ao prescrever que a dedutibilidade do ágio está garantida, inclusive na incorporação reversa, a saber:

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

(...)

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

Por essas razões não faz o menor sentido a motivação que levou o auto de infração considerar ter ocorrido um planejamento inoponível ao fisco, por não ter havido razão econômica “na aproximação dos interessados” relativamente à incorporação havida da empresa 140 PARTICIPAÇÕES pela TNL, de modo a possibilitar a dedução do ágio.

Ademais, a criação de empresas veículos envolvendo as empresas que fizeram parte da privatização foi amplamente abordada e regulada pela CVM, por intermédio da Instrução CVM nº 349/01, para ajustar as distorções em razão da regulação anterior prevista na Instrução CVM nº 319/99, que tratava da matéria, passando a determinar o seguinte:

“Art. 1º - O art. 6º da Instrução CVM nº 319, de 3 de dezembro de 1999, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 6º -

§ 1º O registro do ágio referido no inciso I deste artigo terá como contrapartida reserva especial de ágio na incorporação, constante do patrimônio líquido, devendo a companhia observar, relativamente aos registros referidos nos incisos II e III, o seguinte tratamento:

a . constituir provisão, na incorporada, no mínimo, no montante da diferença entre o valor do ágio e do benefício fiscal decorrente da sua amortização, que será apresentada como redução da conta em que o ágio foi registrado;

b. registrar o valor líquido (ágio menos provisão) em contrapartida da conta de reserva referida neste parágrafo;

c. reverter a provisão referida na letra a acima para o resultado do período, proporcionalmente à amortização do ágio; e

d. apresentar, para fins de divulgação das demonstrações contábeis, o valor líquido referido na letra a no ativo circulante e/ou realizável a longo prazo, conforme a expectativa da sua realização.

..... (NR)

A Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349/2001 explica os ajustes das distorções provocadas pela regulação anterior em razão do aproveitamento do ágio, a saber:

"NOTA EXPLICATIVA À INSTRUÇÃO CVM Nº 349, DE 6 DE MARÇO DE 2001.

A Instrução CVM nº 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos caso de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.

Por outro lado, a criação da empresa veículo e a transferência, para esta, do investimento original e, também, do ágio permitiram que, através desse modelo de incorporação, houvesse a possibilidade do seu aproveitamento fiscal, fazendo surgir, contabilmente, uma espécie de crédito tributário fundamentado na diminuição futura do imposto de renda e da contribuição social, em virtude da possibilidade da amortização desse ágio. Portanto, esse benefício fiscal é a única parcela do ágio que poderá ser aproveitada na controlada e que tem substância econômica. Essa é também a parcela do ágio que a CVM vem entendendo, conforme estabelecido na Instrução CVM nº 319, que pode ser capitalizada em proveito exclusivo do controlador. É, portanto, somente essa parcela com substância econômica que pode ser considerada um ativo e que poderia vir a ser capitalizada.

Algumas companhias, a partir da atuação de seus auditores e com a concordância das áreas técnicas desta Comissão, constituíram uma provisão no valor integral ou parcial do valor do ágio transferido, de forma a reconhecer como ativo e como reserva especial somente o montante relativo ao benefício fiscal. A constituição dessa provisão permitiu, ainda, a essas companhias atenderem plenamente uma outra exigência da Instrução CVM nº 319 que estabelece que os dividendos dos acionistas não controladores não podem ser diminuídos pelo montante do ágio amortizado.

A CVM se pronunciou formalmente a esse respeito no OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP/Nº 01/2000, em que menciona que a análise quanto à recuperação do valor do ágio deve ser feita também "por ocasião da incorporação da controlada ou da controladora, por companhia aberta. Se, em função dessa análise, for verificado que o ágio pode não ser recuperável, parcial ou totalmente, a companhia deverá constituir provisão no montante do valor que espera não recuperar, devendo essa provisão ser apresentada por dedução da conta em que o ágio foi registrado". Não obstante essa manifestação, tem sido argüido que a inexistência de uma norma impositiva da CVM, determinando a obrigatoriedade da constituição dessa provisão, poderia suscitar a adoção de procedimentos não homogêneos para um mesmo evento econômico, com reflexos diferenciados no patrimônio e nos resultados das companhias abertas.

Em decorrência, o art. 1º da nova Instrução veio preencher essa lacuna ao determinar, em última análise, que o ágio na incorporação da controladora, cujo fundamento tenha sido perspectiva de rentabilidade futura ou mesmo direitos de concessão, seja reconhecido nas demonstrações contábeis da incorporadora apenas pelo montante do benefício fiscal esperado. O referido artigo permite também que, para fins de divulgação, esse benefício fiscal seja classificado, de acordo com a sua natureza e prazo de realização, em conta específica do ativo circulante e do realizável a longo prazo.

Essa forma de classificação, como crédito tributário, visa registrar a essência econômica do direito realizável, qual seja, a possibilidade da sua transformação em fluxo positivo de caixa em decorrência da dedutibilidade fiscal. Deve ter, portanto, o tratamento de um Ativo Fiscal Diferido sujeito às regras de reconhecimento e divulgação previstas na Deliberação CVM nº 273/98.

Deve ser ressaltado que a adoção obrigatória das disposições contidas no art. 1º somente alcança as incorporações ocorridas a partir da data da publicação da nova Instrução no Diário Oficial da União. Existem, no

entanto, algumas companhias que adotaram procedimentos diferentes da presente norma respaldados na Instrução CVM nº 319 e até mesmo no vazio normativo existente antes da edição da referida Instrução. Nessas circunstâncias, é evidente que as disposições contidas no art. 1º não podem ter alcance obrigatório sobre essas companhias. No entanto, objetivando permitir um tratamento uniforme dessa matéria, facilitando a comparação entre as demonstrações contábeis das diversas companhias que adotaram esse modelo de incorporação, especialmente entre aquelas que atuam em um mesmo segmento econômico, o art. 2º veio permitir a essas companhias ajustarem as suas demonstrações contábeis, constituindo a referida provisão sem transitar diretamente pelo resultado do exercício, tendo como contrapartida o saldo da reserva especial de ágio. Essa possibilidade alcança, inclusive, as incorporações ocorridas no exercício findo em 31.12.2000. Neste caso, a Instrução prevê a possibilidade das companhias efetuarem esse ajuste a partir da data do início do exercício social, devendo, no entanto, refazer e apresentar à CVM e às Bolsas novas Informações Trimestrais (ITR) devidamente ajustadas.

Foi mencionado que, concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original. Dessa forma, torna-se necessário que, na avaliação do investimento na controladora, sejam recompostos os montantes da equivalência patrimonial e do ágio remanescente.

Embora a nova Instrução não trate da divulgação de fato relevante, é importante mencionar que, em havendo efeito relevante em decorrência da faculdade prevista no art. 2º, deverão ser observadas as disposições contidas na Instrução CVM nº 31/84.

Finalmente, cabe ressaltar que, objetivando possibilitar às companhias abertas optarem pelo ajuste previsto no art. 2º ainda nas suas demonstrações contábeis de 31.12.2000, a CVM, em caráter excepcional, não se utilizou do processo de colocação dessa Instrução em audiência pública. O assunto, no entanto, foi objeto de análise no âmbito da Comissão Consultiva sobre Normas Contábeis – grupo de trabalho criado pela CVM, nos termos da Deliberação CVM nº 161/94, e integrada por representantes da Associação Brasileira dos Analistas do Mercado de Capitais (Abamec), da Associação Brasileira das Companhias Abertas (Abrasca), do Conselho Federal de Contabilidade (CFC), da Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras (Fipecafi) e do Instituto Brasileiro de Contadores (Ibracon).”

Veja que eventual distorção econômica na utilização da empresa veículo foi causada pela própria regulação levada a efeito pela Instrução CVM nº 319/99, e não pelo veículo utilizado em si. Esta nova Instrução veio consertar isso, legitimando a uso da empresa veículo do ponto de vista econômico, determinando o tratamento do ágio como sendo um Ativo Fiscal Diferido.

E neste ponto, cabe retomar a análise dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Todos reconhecem que tais dispositivos vieram regular um benefício fiscal. Aliás, o artigo 7º da Instrução CVM 319/99, foi explícito neste ponto, vejamos:

“Art. 7º - O protocolo de incorporação de controladora por companhia aberta controlada poderá prever que, nos casos em que a companhia vier a

auferir benefício fiscal, em decorrência da amortização do ágio referido no inciso III do art. 6º - desta Instrução, a parcela da reserva especial de ágio na incorporação correspondente a tal benefício poderá ser objeto de capitalização em proveito do acionista controlador.”

Mas é importante registrar que a obrigação do registro do ágio na aquisição de participação societária decorre da regra do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, ao prescrever que:

“art. 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21;

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.”

O ágio, a rigor, é neutro do ponto de vista fiscal, somente produzindo efeitos nesta órbita quando da alienação ou liquidação do investimento. Antes da Lei nº 9.532 tratar da questão, o ágio na baixa do investimento mediante incorporação, fusão e cisão era considerado uma perda de capital, plenamente dedutível para efeito de imposto de renda, nos termos do artigo 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77:

“Art. 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas:

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos;”

Em razão da incorporação há a liquidação do investimento, representando o ágio uma perda de capital imediata dedutível do IRPJ e da CSLL, como, alias, é a jurisprudência desse E. Conselho (Acórdãos nºs. 101-89.158, 101-88.018, 107-04.213 e 107-05.875).

Então, até o advento da Lei nº 9.532/97, quando da liquidação do investimento, a dedutibilidade do ágio decorria de sua própria natureza de perda de capital, que afetava o lucro contábil da empresa, reduzindo, por conseguinte, imediatamente, o lucro tributário.

Por sua vez, a Lei nº 9.532/97, deu um tratamento diverso ao ágio reconhecido nos termos do artigo 20 do Decreto-lei n. 1598/77, e o fez apenas para efeito fiscal. Regulou o aproveitamento do ágio condicionado ao evento absorção do patrimônio e montante ao longo de determinado prazo. Com efeito, a cabeça e o inciso III do artigo 7º da Lei 9532/97, prescrevem o seguinte:

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

...

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;”

Assim, este dispositivo previu a amortização do ágio com fundamento em rentabilidade futura apenas para efeitos fiscais, tanto que a norma fala em *“balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração”*.

Em outras palavras, estabeleceu o dispositivo uma nova regra para a utilização do ágio, diferente daquela prevista anteriormente, possibilitando o contribuinte, sob determinada condição (absorver o patrimônio) e por prazo certo, forma de reduzir a base de cálculo do IRPJ mensalmente por, ao menos, 60 meses.

No presente caso, o auto de infração e a decisão recorrida suprimiram este benefício fiscal ao criarem condições inexistentes na própria legislação tributária, mais precisamente, no inciso II, do artigo 7º, da Lei nº 9.532/97. Esse dispositivo condicionou a amortização do ágio apenas e tão somente à absorção do patrimônio da investida pela investidora ou vice-versa (art. 8º da norma legal), absorção esta que só pode ocorrer mediante incorporação, cisão ou fusão.

Veja-se que o evento condicionante trazido pela norma não é, em si, a incorporação, fusão ou cisão, mas sim a absorção do patrimônio. E por que a absorção do patrimônio foi determinada como evento condicionante para o contribuinte usufruir o benefício condicional? Simples! Porque com a absorção do patrimônio este ágio simplesmente desaparece, na medida em que há uma confusão do patrimônio de uma empresa com a outra. O artigo 219 da Lei nº 6.404/76, é claro ao dizer que: *“extingue-se a companhia:*

I - pelo encerramento da liquidação;

II - pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.”

Veja que o inciso III, do artigo 7º, da Lei nº 9.532/97 abarca apenas as extinções realizadas mediante incorporação, fusão ou cisão, e não abarca a regra do encerramento por liquidação, em que o ágio será considerado perda de capital.

No caso dos autos ocorreu este evento, conforme se denota de todos os documentos acostados; a TNL absorveu o patrimônio da empresa 140

PARTICIPAÇÕES, que foi extinta, fazendo desaparecer, pela confusão patrimonial, o ágio existente.

Portanto, a condição da regra fiscal foi cumprida, fazendo *jus*, o contribuinte, a usufruir no prazo determinado (mínimo e máximo estipulado) o benefício fiscal estabelecido, que não pode ser revogado por uma nova norma legal, e muito menos por ato administrativo, como é o auto de infração.

Na verdade, há uma total inversão da questão no caso. Uma coisa é o contribuinte utilizar-se de negócios jurídicos para obter vantagens fiscais.

Como é sabido, este Conselho vem reiteradamente rechaçando operações, como a denominada “casa e separa”, ou mesmo o “ágio interno”, quando a causa da operação societária é tão somente a criação de uma vantagem fiscal.

Outra coisa completamente diversa é quando a legislação tributária cria regra fiscal para regular a utilização pelo contribuinte de determinadas “vantagens fiscais” (dedução de despesa, amortização, etc.), trazendo e regulando em seu bojo eventos, por exemplo, elementos e situações do direito societário, civil ou comercial.

Nas perdas no recebimento de créditos, por exemplo, a legislação fiscal – RIR/99 - criou uma série de regras para possibilitar a sua dedução, dispondo que:

Art. 340. As perdas no recebimento de créditos decorrentes das atividades da pessoa jurídica poderão ser deduzidas como despesas, para determinação do lucro real, observado o disposto neste artigo (Lei nº 9.430, de 1996, art. 9º).

§ 1º Poderão ser registrados como perda os créditos (Lei nº 9.430, de 1996, art. 9º, § 1º):

I - em relação aos quais tenha havido a declaração de insolvência do devedor, em sentença emanada do Poder Judiciário;

II - sem garantia, de valor:

a) até cinco mil reais, por operação, vencidos há mais de seis meses, independentemente de iniciados os procedimentos judiciais para o seu recebimento;

b) acima de cinco mil reais, até trinta mil reais, por operação, vencidos há mais de um ano, independentemente de iniciados os procedimentos judiciais para o seu recebimento, porém, mantida a cobrança administrativa;

c) superior a trinta mil reais, vencidos há mais de um ano, desde que iniciados e mantidos os procedimentos judiciais para o seu recebimento;

De fato, na maioria dos casos, por questões de mercado, os comerciantes só iniciam uma cobrança administrativa ou judicial da dívida em casos extremos. Tentam, em primeiro plano, todas as formas para cobrar a dívida amigavelmente, como, aliás, faz a própria Receita Federal do Brasil para cobrar seus créditos.

a operação societária cria um ágio artificialmente, para assim obter a vantagem fiscal.

O vício está na formação do ágio e não no seu aproveitamento posterior, quando da incorporação. Entretanto, é óbvio que o vício do ágio macula o seu próprio aproveitamento.

Mas se o ágio é legítimo como no caso em tela, o seu aproveitamento deve seguir a causa típica estipulada no ordenamento para a incorporação de empresas. Se na compra e venda a causa é a permuta entre a coisa e preço, como asseverou Moreira Alves, na incorporação a causa típica é a absorção de uma ou mais sociedades por outra; esta é a função econômico-social que lhe atribuí o direito objetivo, como deixa patente o art. 227 da Lei nº 6.404/76, *verbis*:

“Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.”

A absorção do patrimônio de uma empresa por outra é a finalidade prática a que visam, necessária e objetivamente, quaisquer que sejam as empresas incorporadoras e incorporadas, constituindo, esta, por conseguinte, a sua causa típica.

E foi exatamente esta causa típica, a pessoa jurídica absorver o patrimônio de outra, estipulada pelo artigo 7º, III, da Lei nº 9.532/97, como condição para o contribuinte usufruir da regra do benefício fiscal oneroso.

Neste caso, a lei concede o benefício fiscal, e condiciona o seu aproveitamento, isto é, a vantagem fiscal estipulada em lei, à pessoa jurídica absorver o patrimônio de outra. Trata-se de indução da norma fiscal à realização de absorção de patrimônio de empresa por intermédio de incorporação, cisão ou fusão, o que não passou despercebido do Poder Legiferante, que corroborou isso ao vetar o projeto de lei que pretendia revogar a norma isencional em tela, como acima demonstrado.

Assim, por tudo que foi dito acima, entendo, sem nenhuma dúvida, não ter ocorrido, quer simulação, quer abuso de direito e/ou planejamento tributário em desacordo com a lei, mas tão somente a prática de conduta abarcada e induzida pelo ordenamento jurídico, por intermédio das regras estipuladas nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, sem qualquer prejuízo para Fazenda Pública que pudesse caracterizar economia ilícita de imposto, pois a escolha de outras soluções legais e direta como a incorporação, produziria idêntica consequência tributária com relação à amortização de ágio feita por intermédio da empresa veículo.

(...)

Os fundamentos acima transcritos amoldam-se perfeitamente à situação fática do presente processo, haja vista que ambas as operações foram implementadas no mesmo cenário e sob o amparo dos art. 7º. e 8º. da Lei 9.532/1997.

Das declarações de voto. Adoção dos fundamentos de mérito.

Os ilustres conselheiros Leonardo Oliveira e Moises Giacomelli apresentaram declarações de voto, a seguir anexadas neste Acórdão.

Durante o julgamento, ambos expuseram ao Colegiado a essência de seus votos que, no mérito, abordam os mesmos fundamentos deste Relator, porém enfatizando outros aspectos.

Assim sendo, peço vênica para adotar os fundamentos de mérito das citadas declarações de voto como razões adicionais de decidir. Afinal, trata-se de um julgamento coletivo e eventuais omissões e obscuridade deste voto condutor podem ser sanadas pelas aludidas declarações.

V) CONCLUSÃO

Diante do exposto e **considerando:**

- que não há que se falar em transcurso de prazo decadencial para o Fisco verificar fatos e operações ocorridos e registrados no passado, com repercussão tributária em períodos ainda não atingidos pela decadência;

- que o contribuinte não incorreu em ação ou omissão dolosa, tendente a ocultar ao Fisco seus procedimentos, muito menos produziu atos societários ou quaisquer outros documentos eivados de falsidade material, pelo que é incabível a aplicação da multa qualificada de 150%;

- que a autoridade fiscal afirma que o ágio não poderia ser todo de rentabilidade futura, já que não foi destacada a parcela correspondente a fundo de comércio, porém não materializa essa acusação, ou seja, não faz prova de erro na determinação ou no valor da expectativa de rentabilidade futura consubstanciada no laudo apresentado pela contribuinte;

- que o procedimento adotado pelo Santander Hispano, qual seja, pagar o ágio original na aquisição do Banespa e ato contínuo, transferir este ágio para a Santander Holding, que a seguir foi incorporada pelo próprio Banespa, com vistas a valer-se do benefício fiscal, tem amparo nos art. 7º e 8º. da Lei 9.532/97, normas instituídas justamente para estas situações de desestatização.

- que o aludido benefício fiscal é patente, logo, procurar usufruí-lo é um propósito comercial legítimo para qualquer planejamento tributário, desde que, obviamente, respeite os limites da regularidade;

- que a Fiscalização afirma ter sido o procedimento irregular, porém não aponta precisamente quais os dispositivos legais infringidos, muito menos especifica qual o procedimento correto que deveria ter sido adotado;

- que não há vedação à constituição de uma holding no Brasil intermediadora dos investidores estrangeiros em empresas nacionais;

- que a Fiscalização prendeu-se ao fato de que o ágio foi pago por uma empresa estrangeira; mas o relevante é que ele foi pago ao Estado Brasileiro, bem como a outros contribuintes no Brasil, na aquisição de uma empresa da qual participava a própria União, sendo que o ágio foi amortizado com lucros produzidos no País;

- que se a lei pretendesse que a amortização do ágio só afetasse o resultado da empresa adquirente, não teria aberto a possibilidade de amortização também quando a incorporadora é a investida;

- que o objetivo da lei é deixar de tributar a rentabilidade futura quando ela se efetivar, sendo que em tese, se considerarmos que o ágio é imediatamente tributado pela alienante, ao fim e ao cabo, o resultado será positivo ou neutro para o Estado Brasileiro, haja vista que inexistindo lucratividade no investimento, a amortização do ágio seria inócua; ao passo que se a rentabilidade futura for confirmada, a renúncia tributária estaria coberta pelo ganho de capital anteriormente tributado pela alienante;

- que a Fiscalização pretendeu negar o direito de amortização ao Santander Hispano, mas este efetivamente nada amortizou, sendo que em verdade a empresa Espanhola se valeu de um procedimento que não tem vedação legal para criar uma holding no Brasil, e transferir a ela por meio da conferência das ações, o ágio pago na aquisição do Banespa;

- enfim: a autoridade fiscal não logrou provar a ilegalidade da operação.

Considerando, ainda, os fundamentos de direito do acórdão 1301-00.711 de 19/10/2011, supra transcritos, bem como as razões de mérito contidas nas declarações de voto que também compõe o presente o acórdão, que peço permissão aos já citados autores para também adotar como razão de decidir; **voto no sentido de:**

i) Rejeitar a preliminar de impossibilidade do Fisco efetuar em 2008 a auditoria dos elementos contábeis e fiscais do ano-calendário de 2001, para glosar valores com repercussão tributária em períodos posteriores (ágio passível de amortização);

ii) Afastar a aplicação da multa de ofício qualificada, no percentual de 150%, reduzindo-a 75%, bem como acolher a preliminar de decadência dos tributos relativos ao ano-calendário de 2002;

iii) No mérito, dar provimento ao recurso e cancelar a exigência.

É este o voto condutor do presente Acórdão.

(assinado digitalmente)

Antônio José Praga de Souza - Relator

Declaração de Voto

Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira.

1) DOS FATOS

O BANCO SANTANDER BANESPA S/A recorreu a este Conselho contra a decisão proferida em primeira instância pela 10ª. TURMA DA DRJ SÃO PAULO I/SP, que julgou procedentes as exigências consubstanciadas em autos de infração lavrados em 28/12/2008, cuja ciência ocorreu em 29/12/2008.

Segundo o “Termo de Verificação Fiscal”, o Banco do Estado de São Paulo (“Banespa”), que foi sucedido por incorporação pelo Recorrente, não teria preenchido as condições legais para deduzir os encargos de amortização do ágio pago quando da aquisição de suas ações, pelo Santander Central Hispano S/A, sediado na Espanha.

Visando a adequada compreensão das matérias em litígio, reproduzo, de forma sintética e cronológica, as principais operações societárias que culminaram com a amortização do ágio pelo Banespa e a interpretação extraída pela Fiscalização.

04/10/00: Publicado o edital PND (Programa Nacional de Desestatização) 2000/03 do BACEN, com a finalidade de desestatização do Banespa, mediante a alienação de suas ações, por meio do leilão;

25/10/00: Constituída a Santander Holding Ltda., tendo como sócios o Banco Santander Brasil S/A, com 999 quotas, e o Sr. Aurélio Velo Vallejo, com 1 quota.

20/11/00: O Banco Santander Central Hispano S/A, com sede na Espanha, arrematou, em leilão, as ações do Banespa por R\$ 7.050.000.000,00. Referida operação foi liquidada em 27/11/00;

29/05/01: a Santander Holding Ltda. aumentou o seu capital social para R\$ 9.574.901.000,00, mediante a criação de 9.574.900.000 novas quotas, que foram subscritas e integralizadas pelo Banco Santander Central Hispano S.A., por meio da conferência das ações representativas do capital social do Banespa, pelo valor atribuído de R\$ 9.574.900.000,00, respaldado no Laudo de Avaliação da KPMG Corporate Finance. Tal valor correspondia ao patrimônio líquido de R\$ 2.173.519.280,48 e ágio de R\$ 7.462.067.630,07;

30/07/01: O Banespa incorporou sua controladora Santander Holding Ltda, realizando a amortização do ágio, objeto das autuações em questão.

Diante desses fatos, concluiu a Fiscalização que as operações societárias realizadas tiveram o único propósito de internalizar para o Brasil o ágio pago pelo Santander Central Hispano S/A, mediante o aumento de capital da Santander Holding (suposta sociedade veículo) com as ações do Banespa, com o intuito de economizar tributos.

2) PRELIMINARES

2.1 Possibilidade de o Fisco realizar auditoria em períodos de apuração atingidos pela decadência para efetuar ajustes em registros contábeis com repercussão futura.

Desde a peça impugnatória a recorrente alega que “*não se pode questionar a legalidade dos atos que originaram o direito ao aproveitamento do ágio no presente caso, eis que transcorreu o prazo decadencial de cinco anos entre os fatos que propiciaram o surgimento do ágio em 2001 e a lavratura dos autos de infração em questão (29/12/2008).*”

Vejamos como esse matéria foi tratada no voto condutor do acórdão recorrido (fls. 675 dos autos):

DA DECADÊNCIA DO QUESTIONAMENTO DOS ATOS SOCIETÁRIOS

A contribuinte argumenta que teria ocorrido a decadência do direito de o Fisco questionar a legalidade dos atos societários que originaram o ágio ora em debate, uma vez que os fatos em comento ocorreram em 2001, e os autos de infração foram cientificados à impugnante em 30/12/2008.

A fim de enfrentar a questão, é necessário, inicialmente, trazer o conceito técnico de fato gerador, conforme definido pelos artigos 114 e 115, do CTN, *in verbis*:

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

Dos artigos acima transcritos resta claro que o fato gerador da obrigação tributária é necessariamente um conceito legal, ou seja, é uma situação definida em lei.

No que tange à decadência no Direito Tributário, também cumpre analisar o disposto no art.150, *caput* e §4º, e no art.173, incisos I e II, e parágrafo único, do CTN, *in verbis*:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

(...)

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Pela análise dos artigos retromencionados, é possível constatar que o §4º, do art.150, do CTN, é específico ao se referir a fato gerador do tributo, ou seja, o dispositivo legal em questão trata de um conceito diferente daquele utilizado pela impugnante, cuja argumentação tratou não da acepção técnica de fato gerador, que, consoante o exposto, é uma situação definida em lei, mas sim de fatos como acontecimentos genéricos do mundo fenomênico, ao mencionar os fatos que propiciaram o surgimento do ágio. Logo, a norma contida no art.150, do CTN, não confere sustentação à alegação da impugnante.

A respeito da questão, já se pronunciaram os Conselhos de Contribuintes, conforme se depreende da ementa do acórdão abaixo:

DECADÊNCIA – TESE DO PAGAMENTO – IMPROPRIEDADE NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO – LANÇAMENTO – LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - A atividade exercida pelo contribuinte para dar efetividade ao artigo 150 do CTN, assemelha-se à atividade exercida pela autoridade administrativa prevista no artigo 142 do CTN. - A relação jurídica tributária somente nasce, se o fato previsto na hipótese de incidência prevista na lei ocorrer no mundo fenomênico e for traduzida em linguagem. (...) (1º Conselho de

*Contribuintes, 7ª Câmara, acórdão 107-09263, sessão de 06/12/2007).
(negritamos)*

Cumpra destacar que a própria contribuinte demonstrou conhecimento da distinção entre (i) fato gerador do tributo, previsto em lei, e (ii) fato genérico do mundo fenomênico, como fica claro pelo excerto da impugnação de fls.371, quando, ao tratar dos créditos tributários de IRPJ e CSLL relativos ao ano-calendário de 2002, a impugnante reconhece: “*De fato, considerando-se que os fatos jurídicos tributários ocorreram em 31/12/02 (...)*”.

Da mesma forma, nenhuma das situações descritas nos incisos I e II, e no parágrafo único, do art.173, do CTN, contempla a hipótese de decadência aventada pela contribuinte.

Sendo assim, a alegação da contribuinte de decadência do questionamento da legalidade dos atos societários resta improcedente, por absoluta falta de embasamento legal.

Verifica-se de plano, que os ilustres julgadores de primeira instância não enfrentaram adequadamente a matéria em comento, tervergizando, pura e simplesmente, para o prazo decadencial de constituição do crédito tributário, contado da amortização do ágio, e deixou de enfrentar a decadência contada da formação e dos registros contábeis e fiscais desse mesmo ágio, enquanto elemento patrimonial.

Sobre a base de cálculo do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas sujeitas ao Lucro Real, os artigos 219, 247 e 248 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99 – dispõem

Art. 219. A base de cálculo do imposto, determinada segundo a lei vigente na data de ocorrência do fato gerador, é o lucro real (Subtítulo III), presumido (Subtítulo IV) ou arbitrado (Subtítulo V), correspondente ao período de apuração (Lei nº 5.172, de 1966, arts. 44, 104 e 144, Lei nº 8.981, de 1995, art. 26, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º).

(...)

Art. 247. Lucro real é o lucro líquido do período de apuração ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas por este Decreto (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º).

§ 1º A determinação do lucro real será precedida da apuração do lucro líquido de cada período de apuração com observância das disposições das leis comerciais (Lei nº 8.981, de 1995, art. 37, § 1º).

(...)

Art. 248. O lucro líquido do período de apuração é a soma algébrica do lucro operacional (Capítulo V), dos resultados não operacionais (Capítulo VII), e das participações, e deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, § 1º, Lei nº 7.450, de 1985, art. 18, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 4º).

(Grifei)

Vejam os agora o tratamento do ágio determinado pelo Decreto-lei nº. 1598/1977 e pela Lei 9.532/1997:

Decreto-lei nº. 1598/1977

Art. 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

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

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

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

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

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

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

Parágrafo 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras 'a' e 'b' do parágrafo 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Lei 9.532/1997

Art. 7º - A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-lei n. 1598, de 26 de dezembro de 1977:

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea 'a' do parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea 'c' do parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1589, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea 'b' do parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea 'b' do parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

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

Parágrafo 2º - Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

Parágrafo 3º - O valor registrado na forma do inciso II do 'caput':

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

Parágrafo 4º - Na hipótese da alínea 'b' do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

Parágrafo 5º - O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito. (Grifei)

Os dispositivos acima, especialmente nos trechos grifados, demonstram cabalmente a diferenciação entre a ocorrência do ágio, enquanto elemento contábil e a possibilidade de sua amortização. A lei determina que o ágio deve ser regularmente contabilizado, e ***baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.***

Ora, a partir dessa contabilização, se regular, o ágio enquanto elemento contábil e passível a efeitos fiscais futuros em face de sua amortização, está sujeito a auditoria fiscal, nos mesmos moldes dos resultados negativos do IRPJ e CSLL (sobre os quais não incidem os aludidos tributos, mas é passível de reduzir a base de cálculo desses em períodos posteriores).

É certo que a decadência opera no sentido do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas. Em consequência, em 2008 o Fisco não mais poderia formalizar lançamento para exigência de crédito tributário devido no ano-calendário 2001. De igual forma, não poderia realizar auditoria sobre os elementos contábeis daquele período, ainda que tenha reflexos tributários futuros.

Nesse sentido são inúmeros as decisões deste Conselho. Vale citar decisão proferida pela antiga Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, Acórdão 103-14.794, assim ementada:

"Encargos de Depreciação. Descabe a glosa das despesas de depreciação de bens supostamente reavaliados em desacordo com as normas de regência, quando, pela ocorrência da decadência, a Fiscalização não mais puder questionar as reavaliações havidas. Recurso provido"

No voto condutor, o ilustre conselheiro Carlos Emanuel dos Santos Paiva enfatiza:

"(...) não pode a contribuinte sofrer qualquer lançamento relativamente a fatos cuja comprovação não mais possa ser exigida pela Fiscalização, pois que isso seria prestigiar a incúria, a inércia e o arbítrio, coisas totalmente repudiadas pelo Direito."

No mesmo sentido o acórdão nº 108-09.501, cujo voto conduto é da lavra da insigne conselheira Mariam Seif, e traz a seguinte ementa:

"TRPJ - DECADÊNCIA - AJUSTES NO PASSADO COM REPERCUSSÃO FUTURA - DECADÊNCIA - Glosar no presente os efeitos decorrentes de valores formados no passado só é possível se a objeção do fisco não comportar juízo de valor quanto ao fato verificado em período já atingido pela decadência"

Por todo o exposto, voto no sentido de acolher a preliminar de "preclusão" da possibilidade do Fisco questionar a formação do Ágio, cancelando integralmente os autos de infração.

3) MÉRITO

A verificação da legalidade e regularidade das operações realizadas pelo Grupo Santander, que culminaram com a amortização do ágio pago na aquisição do Banespa, cerne do presente litígio, passa, fundamentalmente pelo análise das seguintes questões:

(i) natureza jurídico/contábil do ágio na aquisição da participação societária;

(ii) licitude da aquisição de participação societária com ágio conferida em integralização de ações,

(iii) Tratamento tributário do ágio em comento.

Passo a discorrer sobre esses tópicos.

3.1. - Natureza Jurídico/Contábil do Ágio na Aquisição de Participações Societárias

O ágio ou deságio gerado em operações, como as ocorridas no presente caso, decorre da diferença entre o valor de aquisição (custo de aquisição) e o valor patrimonial das ações adquiridas (valor de patrimônio líquido), quando se adota o registro da participação societária pelo método da equivalência patrimonial, previsto no artigo 248 da Lei das S/A (Lei nº 6.404/76). Vejamos a redação do dispositivo vigente à época dos fatos:

"Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes (artigo 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, e em sociedades controladas, serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido, de acordo com as seguintes normas: (...)

II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;"

Com efeito, quando uma pessoa jurídica adquirir participação societária em sociedade controlada, a diferença a maior entre o valor de aquisição e o valor correspondente à participação no patrimônio líquido deverá ser registrado como ágio. Caso o valor de aquisição seja menor que a participação no patrimônio líquido, deverá ser registrado um deságio.

A Lei das S/A não abordou expressamente a temática do ágio na aquisição de participação societária, mas a sua contabilização deve estar em conformidade com os princípios de contabilidade geralmente aceitos, nos termos do artigo 177 desta Lei. Neste sentido, confira-se o que dispõe a Instrução CVM nº 247/96:

"Dispõe sobre a avaliação de investimentos em sociedades coligadas e controladas e sobre os procedimentos para elaboração e divulgação das demonstrações contábeis consolidadas, para o pleno atendimento aos Princípios Fundamentais da Contabilidade (...)

DOS PROCEDIMENTOS DE AVALIAÇÃO DE INVESTIMENTOS PELO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL

Art. 9º O valor do investimento, pelo método da equivalência patrimonial, será obtido mediante o seguinte cálculo:

DO ÁGIO OU DESÁGIO NA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO AVALIADO PELO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL

Art. 13. Para efeito de contabilização, o custo de aquisição de investimento em coligada e controlada deverá ser desdobrado e os valores resultantes desse desdobramento contabilizados em sub-contas separadas:

I - equivalência patrimonial baseada em demonstrações contábeis elaboradas nos termos do artigo 10; e

II - ÁGIO ou deságio NA AQUISIÇÃO ou na subscrição, representado pela diferença para mais ou para menos, respectivamente, entre o custo de aquisição do investimento e a equivalência patrimonial.

Art. 14. O ÁGIO ou deságio computado na ocasião da AQUISIÇÃO ou subscrição DO INVESTIMENTO deverá ser contabilizado com indicação do fundamento econômico que o determinou. (...)"

Ressalte-se que a legislação tributária brasileira confere o mesmo tratamento ao ágio e ao deságio na aquisição de participação societárias, conforme se verifica do artigo 20 do DL nº 1.598/77:

"Art 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

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

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

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

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

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

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

Verifica-se que no presente caso é possível se distinguir dois fatos jurídicos distintos e autônomos de aquisição das ações do Banespa:

a) Fato Jurídico 1: aquisição, pelo Santander Espanha, de ações do Banespa correspondentes a 97,02% do capital social deste, mediante o pagamento de R\$ 9,57 bilhões (custo de aquisição - valor pago em leilão público e em Oferta Pública de Ações). Ressalte-se

que este foi o custo de aquisição da participação societária pela pessoa jurídica espanhola. Portanto, a forma de contabilização desse investimento deve seguir a legislação da Espanha;

b) Fato Jurídico 2: aquisição, pela Santander Holding, de ações do Banespa correspondentes a 97,02% do capital social deste, por meio da conferência em integralização de capital pelo Santander Espanha no valor de R\$ 9,57 bilhões custo de aquisição na conferência de ações).

Como consequência desses dois fatos jurídicos autônomos de aquisição de participação societária, tem-se a seguinte consequência para as duas pessoas jurídicas em destaque:

(i) O Santander Espanha deixou de possuir em seu ativo as ações do Banespa pelo custo de aquisição de R\$ 9,57 bilhões e passou a possuir em seu ativo um investimento em outra sociedade controlada (Santander Holding) no mesmo valor de R\$ 9,57 bilhões - troca de ativos;

(ii) A Santander Holding teve um aumento no seu ativo no valor de R\$ 9,57 bilhões correspondente ao investimento no Banespa, como contrapartida do aumento de capital integralizado pelo Santander Espanha.

A Santander Holding passou a ser a controladora do Banespa, tendo adquirido 97,02% de suas ações pelo custo de aquisição de R\$ 9,57 bilhões. Ocorre que, conforme se verifica pela análise da legislação societária e tributária anteriormente descrita, a Santander Holding estava obrigada a registrar este investimento pelo valor de patrimônio líquido (método da equivalência patrimonial).

Em conformidade com os princípios contábeis geralmente aceitos e nos termos da Instrução CVM nº 247/96, a Santander Holding desdobrou o valor total do custo de aquisição das ações do Banespa (R\$ 9,57 bilhões) em valor do investimento pela equivalência patrimonial (R\$ 2,11 bilhões) e ágio (R\$ 7,46 bilhões).

Portanto, **todos os atos societários descritos no presente caso foram lícitos e em conformidade com os princípios contábeis geralmente aceitos, bem como atenderam às normas emitidas pelo Banco Central do Brasil.** Destaque-se também que o ágio adquirido no presente caso possuía fundamento na expectativa de rentabilidade futura do Banespa, o que foi comprovado por meio de Laudo de Avaliação elaborado por empresa especializada independente, projetado pela metodologia de fluxo de caixa descontado.

3.2 - Da Licitude da Aquisição de Participação Societária com Ágio conferida em Integralização de Ações

A Santander Holding realizou um aumento de capital de R\$ 1 mil para R\$ 9,57 bilhões, mediante a criação de 9,57 bilhões novas quotas, no valor nominal de R\$ 1,00 cada. Estas quotas foram totalmente subscritas e integralizadas pelo Santander Espanha, mediante a conferência das ações que possuía do Banespa.

De fato, quando da realização da conferência das 97,02% das ações do Banespa, o valor atribuído pelo subscritor na integralização foi de R\$ 9,57 bilhões (equivalente

ao valor do custo de aquisição pelo Santander Espanha é o mesmo do custo de aquisição pela Santander Holding). Esse valor corresponde ainda ao montante dos recursos ingressados no País na aquisição das ações do Banespa, o qual foi registrado como um investimento estrangeiro direto nos termos das normas cambiais do BACEN.

O capital social de uma sociedade pode ser formado por bens, avaliáveis em dinheiro. Neste caso, somente se exige que a avaliação dos bens seja feita por empresa especializada, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei das S/A (*verbis*):

"Art. 7º O capital social poderá ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro.

Art. 8º A avaliação dos bens será feita por 3 (três) peritos ou por empresa especializada, nomeados em assembleia-geral dos subscritores, convocada pela imprensa e presidida por um dos fundadores, instalando-se em primeira convocação com a presença de subscritores que representem metade, pelo menos, do capital social, e em segunda convocação com qualquer número."

No presente caso, foi feita uma conferência de bens em integralização de capital. Os bens conferidos em integralização foram as ações que o Santander Espanha possuía do Banespa.

Do ponto de vista da legislação societária, verifica-se que não há qualquer restrição à integralização da participação societária por seu valor avaliado em dinheiro. A única restrição feita pela legislação é que essa avaliação seja feita por 3 peritos ou por empresa especializada. No presente caso, apresentou-se o Laudo Avaliação de empresa especializada, no qual se justifica o valor do bem no fundamento econômico da expectativa de rentabilidade futura. Sendo assim, a operação está de acordo com a Lei das S/A, bem como a aprovação da operação pela CVM pelo Banco Central do Brasil e demais órgãos competentes.

Nesse sentido é o entendimento de Ricardo Mariz de Oliveira expresso na obra Fundamentos do Imposto de Renda (2ª edição - 2008, pg 395):

"Outra observação importante é que a lei não limita o ato ou negócio jurídico pelo qual a aquisição tenha ocorrido, podendo ele ter sido uma compra e venda, uma permuta, uma dação em pagamento, uma conferência de bem para integralização de capital, ou qualquer outro. Conseqüentemente, também é irrelevante a contraprestação da aquisição, até porque, em qualquer caso, há um custo, e neste pode estar o ágio ou deságio."

Mesmo do ponto de vista econômico, também é importante se destacar a total coerência da capitalização da Santander Holding com o investimento no Banespa pelo valor do patrimônio líquido acrescido do valor do ágio pago no leilão e na Oferta Pública de Ações.

Isso porque o valor conferido às ações no ato de integralização de capital correspondia ao valor efetivamente pago pelo investidor estrangeiro (Santander Hispano) pelas ações adquiridas do Banespa. Este valor representa, portanto, o efetivo valor do investimento estrangeiro direto ingressado no país. Nesse sentido, do ponto de vista econômico, este era o único valor a ser atribuído às ações na integralização de capital, sob pena de se gerar perdas de capital para o investidor estrangeiro.

Mais a mais, o valor pago com base na expectativa de rentabilidade futura, como ocorreu nos presentes autos, está intrinsecamente associado à expectativa de lucros futuros gerados por determinado investimento, motivo pelo qual a sua amortização se dará em contrapartida dessa expectativa de lucros a serem gerados.

Portanto, é totalmente coerente, também do ponto de vista econômico (que também é jurídico, pois representa a conformidade com os princípios de contabilidade geralmente aceitos, nos termos do artigo 177 da Lei das S/A), que o valor do ágio esteja contabilizado na mesma pessoa jurídica que é detentora do investimento, pois só assim será possível a amortização desse ágio contra os lucros futuros que o justificaram.

A legislação tributária não traz qualquer restrição quanto à possibilidade de conferência de bens na integralização de capital. Também não traz qualquer restrição quanto à possibilidade de avaliação desse bem pelo valor de patrimônio líquido somado ao valor de expectativa de rentabilidade futura, com base em laudo avaliação de empresa especializada.

De fato, a legislação fiscal admite a integralização de capital pelo valor de custo de aquisição ou de mercado, nos moldes em que descrito anteriormente. Com efeito, tendo em vista que a integralização de capital é uma hipótese de alienação do investimento, ela deverá produzir os correspondentes efeitos fiscais caso seja utilizado um critério ou outro (custo de aquisição ou mercado - que no presente caso é o mesmo).

Portanto, também sob a ótica estritamente fiscal, o valor utilizado para a conferência das ações do Banespa na integralização do capital da Santander Holding está totalmente regular.

3.3 - Tratamento Tributário do Ágio efetivamente pago

O critério de amortização da despesa de ágio e sua dedutibilidade para fins tributários depende do fundamento econômico para o pagamento dessa diferença.

Segundo o artigo 385 do RIR/99, o lançamento do ágio deverá indicar algum dos seguintes fundamentos econômicos: valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; ou (iii) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

No presente caso, em que a controlada (Banespa) absorve patrimônio da controladora (Santander Holding) em virtude de incorporação, tendo as ações da controlada sido adquiridas com ágio apurado com fundamento econômico no valor de rentabilidade dos resultados nos exercícios futuros, estabelece a legislação que será possível amortizar o valor do ágio nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração (inciso III e § 6º do artigo 386 do RIR/99).

Trata-se, portanto, de tratamento fiscal, legalmente previsto, para casos específicos, tais como o do Recorrente. O preenchimento dos requisitos para a fruição desse efeito fiscal será doravante demonstrado, de forma a deixar evidente a necessidade de **cancelamento das autuações em questão.**

A dedutibilidade fiscal do ágio, gerado na aquisição de sociedades, teve como objetivo incentivar a prática de fusões e aquisições, especialmente quando se tratavam de estatais em processos de privatização - como é o caso dos autos. Efetivamente, a possibilidade de aproveitamento do ágio induziria a uma oferta maior do preço que seria pago ao Estado, fomentando, portanto, as privatizações.

Realmente, o aproveitamento fiscal do ágio, se incluído no modelo de valoração do negócio a ser privatizado, representará um efeito positivo para o alienante, vez que a dedutibilidade do ágio refletida no fluxo de caixa futuro do negócio adquirido tem impacto positivo no preço a ser ofertado pelo adquirente (adquirente este residente ou não residente).

De fato, as operações de privatização encontram-se inseridas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização ("PND"), por meio do qual o Estado pretendia transferir para a iniciativa privada determinadas atividades até então exercidas por ele.

O objetivo era aumentar a eficiência no exercício de determinada atividade econômica e viabilizar o ingresso de receitas para fazer frente às necessidades públicas. As empresas privadas, por sua vez, adquiriam as empresas públicas com o pagamento de um ágio em função do potencial de lucratividade do segmento econômico em que começariam a atuar.

Portanto, a regra prevista no artigo 386 do RIR/99 de aproveitamento fiscal da amortização do ágio como uma despesa dedutível tem como objetivo beneficiar situações como a do presente caso, pois tornava mais atraente a realização dos vultosos investimentos necessários para as privatizações.

O aproveitamento do ágio decorrente das privatizações, como trata o presente caso, representa a mera fruição de um tratamento fiscal previsto em lei, e não planejamento tributário. Trata-se de uma operação societária, que possui todos os requisitos legais, motivação econômica e coerência das estruturas adotadas com a finalidade pretendida.

É exatamente este efeito fiscal (esse direito) que qualquer que fosse a pessoa jurídica adquirente do Banespa, residente ou não residente, no processo de leilão, teria direito de usufruir.

Conforme foi demonstrado no recurso voluntário, a aquisição da participação societária que está sob análise é a decorrente da conferência de capital na Santander Holding, cujo fundamento econômico na expectativa de rentabilidade futura está devidamente comprovado por meio de laudo de avaliação de empresa especializada.

Frise-se que não foi feita qualquer prova pela Fiscalização de que o ágio integralizado pelo Santander Hispano englobaria algum valor correspondente ao fundo de comércio adquirido do Banespa, tampouco qual seria a parcela desse montante que comporia o total do custo de aquisição das ações pela Santander Holding.

Dessa forma, diferentemente do que entendeu o turma julgadora de 1ª instância, os questionamentos feitos pelo Sr. Agente Fiscal não poderão gerar qualquer efeito, uma vez que ele não foi capaz de "desqualificar" o montante do ágio demonstrado no Laudo apresentado pelo contribuinte, nem sequer trouxe elementos de prova que pudessem demonstrar que qualquer fração do custo de aquisição do Banespa estaria amparado em outros fundamentos econômicos que não na rentabilidade de exercícios futuros.

Declaração de Voto

Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva

Apesar dos detalhes já apontados pelo Conselheiro Antônio Praga, para melhor análise, faço constar que a exigência tributária diz respeito ao IRPJ e a CSLL, referente aos anos-calendário de 2002; 2003 e 2004, com multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento), lavrado em face do contribuinte acima identificado, notificado em 20/12/2008, cuja infração a autoridade autuante denominou de “amortização de valores não amortizáveis”.

A autoridade fiscal apontou como enquadramento legal os artigos 146, 147, 207, III, 249, I, 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999, bem como o artigo 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996 e os artigos 129, 132, 150, § 1º e 4º e art. 173, I, estes do CTN.

Conforme consta do termo de verificação, no curso da ação fiscal, mais precisamente em 31 de agosto de 2006, o Banco do Estado de São Paulo, que passarei a identificar como Banespa, foi incorporado pelo Banco Santander, o que ensejou a lavradurta do auto de infração contra este, por ser sucessor, por incorporação, daquele.

Do Termo de Verificação Fiscal transcrevo os seguintes eventos apontados pela autoridade autuante:

1. Em 04/10/2000, foi publicado o edital do Programa Nacional de Desestatização nº 03/2000, do BACEN, com a finalidade de alienar as ações do BANESPA por leilão em 20/11/2000 (fls.19/30).
2. Em 25/10/2000, foi constituída a SANTANDER HOLDING, com capital de R\$1.000,00, dividido em 1000 quotas, sendo os quotistas: (i) SANTANDER BRASIL S/A, com 999 quotas e (ii) AURÉLIO VELO VALLEJO, espanhol, CPF nº 215.139.658-40, com uma quota.
3. Em 20/11/2000, o SANTANDER HISPANO, com sede na Espanha, arrematou, em leilão, ações do BANESPA, por R\$7.050.000.000,00, cuja liquidação financeira deu-se em 27/11/2000 (fl.31)⁸.
4. Em 29/05/2001, foi efetuada a Primeira Alteração do Contrato Social da SANTANDER HOLDING (fls.40/43), tendo sido aumentado seu capital social de R\$1.000,00 para R\$9.574.901.000,00, com a criação 9.574.900.000 novas quotas, todas subscritas e integralizadas pelo quotista então admitido, SANTANDER HISPANO, mediante a conferência à sociedade de ações representativas do capital social do BANESPA, cujo valor atribuído foi de R\$9.574.900.000,00, equivalente ao montante investido pelo subscritor na aquisição das ações de emissão do BANESPA. Tal valor incluía um ágio de R\$7.462.067.630,07 e um patrimônio líquido de R\$2.173.519.280,48 (fls .78).
6. Em 30/05/2001, o SANTANDER HISPANO transferiu, conforme a Segunda Alteração do Contrato Social da SANTANDER HOLDING (fls.44/50), as quotas de sua

⁸ Na fl. 03 do Termo de Verificação Fiscal foi apontado de que o Santander Hispano teria adquirido, em leilão, 97,208% das ações do Banespa. No entanto, apesar de ter adquirido 97,208% das ações do Banespa, cabe esclarecer que a aquisição em leilão, pelo valor de R\$7.050.000.000,00, foi de 30% das ações, sendo o restante adquirido em Oferta Pública.

propriedade, representadas pelas ações do BANESPA, no valor de R\$9.574.900.000,00, para a MERIDIONAL HOLDING.

7. Em 29/06/2001, o SANTANDER S/A incorporou a MERIDIONAL HOLDING (fl.52), assumindo todos os seus direitos e obrigações, principalmente as quotas de titularidade desta última, no valor de R\$9.574.900.000,00.

8. Em 12/07/2001, o BANESPA incorporou sua controladora, a SANTANDER HOLDING (fls.56/60), iniciando a amortização do ágio, que ocorreu por meio da amortização dos seguintes valores: (i) R\$1.492.413.525,96, no ano-calendário de 2002; (ii) R\$895.942.350,64, no ano-calendário de 2003; e (iii) R\$1.426.929.732,13, no ano-calendário de 2004.

Após descrever os fatos, a autoridade fiscal destaca que não questiona a efetiva existência do ágio pago pelo Santander Central Hispano S.A, pelas ações do Banespa, mas que este, todavia, não preencheu os requisitos legais para dedução do mesmo, apontando para tal as seguintes razões:

O auto de infração, pelo que se depreende do termo de verificação fiscal, está alicerçado nos seguintes fundamentos:

I) não se questiona a existência do ágio pago pelo Santander Central Hispano (pág. 11 do TVF). A análise dos fatos a seguir conduz à conclusão de que o Banespa não preencheu as condições para deduzir a amortização do ágio (pág. 5 do TVF). Como o Banco Santander Central Hispano é controlador do Banco Santander S/A, conclui-se que o investimento na Banespa, por via indireta, permaneceu, mesmo após as ações societárias, sob o controle da empresa espanhola (pág. 22 do Termo de Verificação Fiscal);

II) o ágio foi pago por sociedade domiciliada na Espanha e não por uma domiciliada no Brasil. Portanto, o ativo (ágio) decorrente da aquisição das ações haveria de ser contabilizado na sociedade estrangeira adquirente das ações do Banespa e não em uma domiciliada no Brasil (pág. 16 do Termo de Verificação Fiscal);

III) as disposições previstas no artigo 385 do Regulamento do Imposto de Renda, não são aplicáveis ao Banco Santander Hispano, que não se enquadra no conceito de contribuinte (pág. 16 do Termo de Verificação Fiscal);

IV) as operações societárias engendradas pelo grupo econômico tiveram como objetivo internalizar um ágio pago por sociedade estrangeira, gerado quando da aquisição das ações do Banespa. (pág. 13 do Termo de Verificação Fiscal);

V) a Santander Holding Ltda foi constituída apenas como “empresa veículo” para ilicitamente carrear o ágio gerado em empresa estrangeira para o Brasil (pág. 25 do Termo de Verificação Fiscal).

VI) apesar de o custo de aquisição em leilão ser R\$ 7.050.000.000,00, o montante capitalizado na Santander Holding Ltda, pelo Banco Central Hispano, foi de R\$ 9.574.9000.000,00, neste computando o valor do investimento de R\$ 2.112.832.369,93 e um ágio de R\$ 7.472.067.630,07 (...) Como tais valores (R\$ 2.112.832.369,93) foram espontaneamente adicionados, restaria justificado o procedimento de ofício para oferecê-los à tributação. Reprise-se que tal procedimento não foi adotado visto que nem mesmo os encargos de amortização do ágio pago pela sociedade espanhola eram passíveis de dedução. (pág. 13 do

VII) por considerar fraudulentos os procedimentos, a autoridade fiscal qualificou a multa, exigindo esta da sucessora por entender que “se trata de responsabilidade por créditos tributários e, em assim sendo, inclui-se também a multa.”

Notificado do lançamento e, posteriormente da decisão que o confirmou, além da alegação de decadência e de inexistência de qualquer ato fraudulento, o contribuinte apresentou recurso fazendo indagações para as quais ele mesmo apresentou respostas. Eis a síntese das alegações contidas nas 131 páginas da impugnação e das 81 páginas do recurso, que irei sintetizar nas três páginas que seguem:

a) Por que o grupo Santander não participou do leilão do Banespa por intermédio da Santander Holding ou de outra sociedade do grupo e, sim, pelo Santander Hispano?

O grupo Santander não possuía nenhuma sociedade residente no Brasil que tivesse condições patrimoniais de preencher os requisitos exigidos para a participação no Leilão sem que fosse internalizado o valor do lance a ser feito e, com isto, fosse aberto o sigilo da proposta.

b) Por que foi constituída, em 2000, a empresa Santander Holding, sendo que já existiam inúmeras sociedades devidamente constituídas do grupo Santander no País?

A Santander Holding foi constituída logo após a publicação do Edital do Leilão do Banespa (21 dias após), pois seria a empresa destinada a receber a participação societária a ser adquirida em leilão público.

Isto porque, nos termos dos artigos 26, 27 e 28 da Lei nº 4.595/64, Circular BACEN nº 2.750 e da COSIF Nº 1.273 o aumento de capital em numa instituição financeira somente pode ser feito em moeda corrente ou por meio de incorporação de reservas e de reavaliação de parcela dos bens do ativo imobilizado. Não há previsão de uso de ações para a integralização em aumento de capital de empresas financeiras.

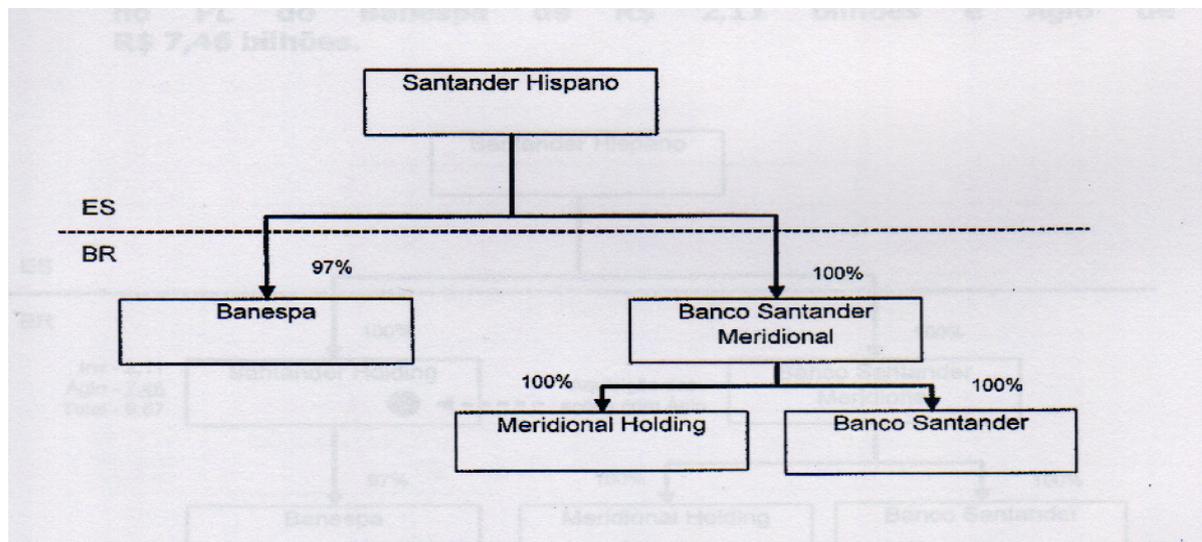
c) Por que o Santander Hispano não trouxe, inicialmente, os R\$ 7,05 bilhões para o País, capitalizando em alguma de suas empresas para participar posteriormente do leilão do Banespa?

Conforme mencionado, o sigilo do lance inicial secreto a ser feito pelo Santander Hispano era fundamento para que fosse vencedor já na primeira fase do leilão, sem a necessidade de lance em viva voz. Contudo, caso o Santander Hispano trouxesse esses recursos para o Brasil, restaria evidente para os demais concorrentes qual seria a proposta que seria apresentada.

d) Por que houve a integralização das ações do Banespa na Santander Holding e não nas demais instituições financeiras do grupo Santander no País?

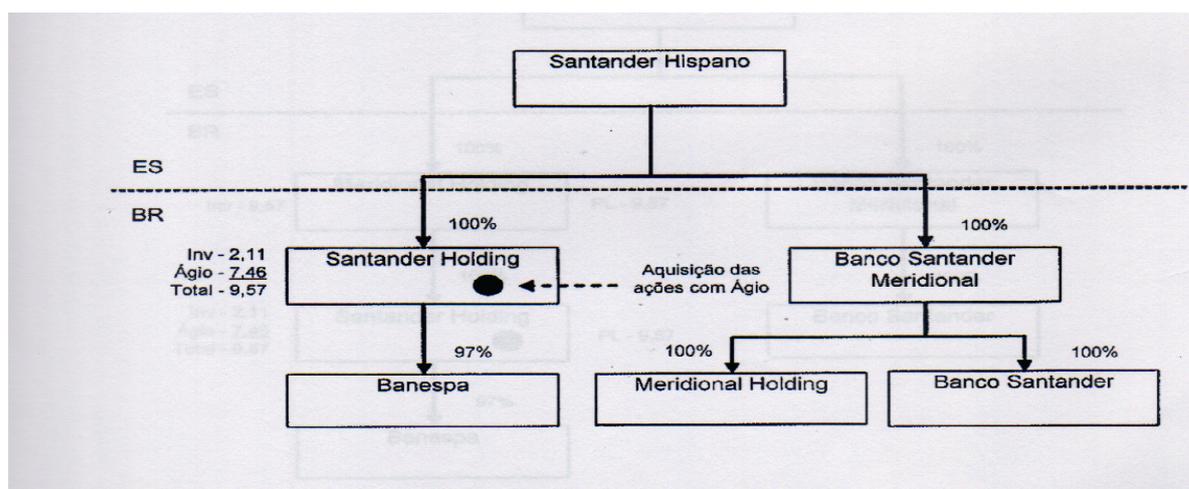
Pode parecer repetitivo, mas a verdade é que a simplicidade do fato não comporta outra resposta: A Santander Holding foi constituída para receber a participação societária a ser adquirida em leilão público.

28/12/2000), chegando à participação societária de 97,2% do capital social, a um custo de aquisição de 9,57 bilhões, assim ilustrado:



✓ **FATO JURÍDICO 2 (NOVO ÁGIO):** aquisição, pela **Santander Holding**, de ações do Banespa correspondentes a 97,02% do seu capital social, por meio da conferência em integralização de capital realizada pelo Santander Hispano, no valor de R\$ 9,57 bilhões (transferência pelo custo de aquisição na conferência de ações).

Quanto ao segundo fato jurídico, ocorrido com as empresas sediadas no Brasil, as alegações do recorrente podem ser sintetizadas com a figura abaixo e o quanto segue no parágrafo seguinte:



Segundo a recorrente, no presente caso, a sociedade adquirida (BANESPA) absorveu o patrimônio da sociedade adquirente (Santander Holding), conforme expressamente previsto na alínea *a* do artigo 8º da Lei nº 9.532/97 (**incorporação reversa**).

Além disso, era o Banespa quem possuía todos os registros e autorizações para atuar no Brasil como instituição financeira de capital aberto.

*Quanto ao Fundamento Econômico na Expectativa de Rentabilidade Futura, a recorrente argumenta que foi apresentado o competente **Laudo de Avaliação** para demonstrar a expectativa de rentabilidade futura (comprovante aceito por diversas decisões do CARF e do antigo Conselho de Contribuintes), o que não foi contestado pela fiscalização. Ainda, não há qualquer evidência da existência de outros fundamentos econômicos. (grifos no original).*

Destaques contidos nos memoriais da Fazenda Nacional

- a) Inexistência de decadência;
- b) Impossibilidade de aproveitamento de “ágio de si mesmo”;
- c) A essência de todo o negócio jurídico em tela foi o de possibilitar a transferência do ágio pago pelo Santander Hispano para o Banespa, a segunda operação (subscrição, pelo Santander Hispano, das ações do Santander Holding com o investimento no Banespa), deveria, em verdade, ser desconsiderada, pois representa mera formalidade. Não tem verdadeira substância econômica;
- d) Na segunda operação, o ágio amortizado decorreu da avaliação do Banespa para fins de subscrição de capital no Santander Holding, de acordo com os arts. 7º e 8º da Lei das S/A. O critério de avaliação utilizado foi o valor de rentabilidade futura do Banespa. Posteriormente, o Santander Holding foi incorporado pelo próprio Banespa, possibilitando a amortização;
- e) O contribuinte tentou contornar essa impropriedade mediante o laudo de avaliação do Banespa para subscrição de capital no Santander Holding. O problema é que este laudo de avaliação do Banespa para fins de subscrição no Santander Holding **não se refere à operação de compra do Banespa pelo Santander Hispano, mas sim ao valor do Banespa para fins de subscrição no Santander Holding** (grifos no original);
- f) Se a subscrição de capital por Santander Hispano em Santander Holding fosse mesmo um fato *distinto e autônomo da aquisição das ações do Banespa*, então o fundamento do ágio pago por Santander Hispano na aquisição do Banespa não seria o mesmo da subscrição de capital no Santander Holding. E, se isso fosse procedente, o ágio amortizado pelo Banespa teria origem num negócio jurídico entre empresas do mesmo grupo, com utilização de empresa veículo, em que não houve verdadeiro dispêndio de recursos, e seu fundamento seria a rentabilidade do próprio BANESPA. Tal descrição corresponde exatamente ao planejamento “ágio de si mesmo”;
- g) O argumento do contribuinte de que a subscrição de capital por Santander Hispano em Santander Holding seria uma operação autônoma, independente, da verdadeira aquisição do Banespa, com o pagamento de ágio, pelo Santander Hispano, não faz sentido;
- h) Em suma, a amortização do ágio “transferido” pelo investidor à sociedade investida (mediante a utilização da empresa veículo) não é permitida pelos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, pois não atende à finalidade legal. A amortização somente é legalmente admitida como contrapartida à extinção do investimento (ou do investidor).

É o relatório, passo aos fundamentos do voto.

Considerações preliminares

Se por um lado o expressivo valor de que trata este processo não se constitui, e nem poderia se constituir, em dado que possa influenciar do nosso poder/dever de verificar se a obrigação tributária existe e se o crédito foi constituído conforme as normas que regem a matéria, por outro, com certeza, nos alerta de que estamos diante de bilhões de reais cuja decisão que a sociedade e as partes esperam é que respondamos a elas se este dinheiro pertence à União, e por consequência a todos os brasileiros, dentre os quais a concorrida platéia aqui presente, ou se pertence ao recorrente.

Se o dinheiro pertencer à União e errarmos em nossa decisão, estaremos tirando de milhões de brasileiros, representados pela União, o que por direito lhes pertence. No entanto, se não houver a alegada obrigação tributária e decidirmos errado estaremos fazendo com que os brasileiros, integrantes da Nação, por ação deste Colegiado, o qual integro, usufruam algo que não lhes pertence. É com esta noção de responsabilidade que passo ao voto.

Dos fatos incontroversos

Quanto aos fatos pertinentes ao julgamento do mérito, tenho por incontroverso, quanto à existência, os seguintes eventos:

I) a União, por meio de leilão realizado em 20/11/00, alienou sua participação acionária de 30% das ações do Banco Banespa, pelo valor de R\$ 7.050.000.000,00;

II) o Patrimônio Líquido do Banespa, na época, era de R\$ 2,11 bilhões;

III) o Banco Santander Hispano, em face de aquisição de ações em leilão e em Oferta Pública de Ações, detinha 97% do capital social do Banespa;

IV) o Banco Santander Hispano, em 29/05/2001, utilizou suas ações avaliadas em R\$ 9,57 bilhões, para integralizar capital na empresa Santander Holding, constituída 21 dias após publicação do edital. Portanto, antes da realização do leilão;

V) em 12/07/2001, o Banespa incorpora a Santander Holding e passa a amortizar o ágio (art. 8º, b, da Lei nº 9.532, de 1997) gerado quando da alegada aquisição, pela Santander Holding, de ações do Banespa, por meio da integralização de capital realizada pelo Santander Hispano, no valor de R\$ 9,57 bilhões (transferência pelo custo de aquisição na conferência de ações).

Da decadência e da multa qualificada

Em relação à decadência, por se tratar de fatos geradores que datam de 31/12/2002; 31/12/2003 e 31/12/2004, tendo sido imputado fraude à recorrente, situação que caso confirmada desloca o prazo decadencial do artigo 150, § 4º, para o artigo 173, I, do CTN, analisarei, primeiro, os aspectos relacionados à legalidade ou ilegalidade da exigência. Se a conclusão resultar em inexistência de infração resta prejudicada a análise da decadência e da multa. Em havendo conclusão pela ilegalidade dos atos, analisar-se-à os aspectos relacionados à existência de fraude por parte da recorrente para, em ato subsequente, avaliar: a) os aspectos relacionados à decadência; b) se a sucessora é responsável pela multa da sucedida (art. 129 e 132, apontados pela autoridade fiscal para fundamentar a exigência).

Das circunstâncias relacionadas à aquisição das ações do Banespa e eventuais reflexos ao julgamento da matéria

Decorridos mais de 10 anos da data do noticiado leilão, nada melhor para compreender os fatos e suas razões do que retornar à época, como se estivéssemos vivendo os acontecimentos de então. Tal procedimento permite ao julgador formar convicção com o maior número de elementos possíveis. Neste sentido, na compreensão dos fatos e seus motivos, para depois aplicar o direito, julgo relevante avaliar algumas notícias da época que constam dos autos. Dentre estas escolhi a reportagem da revista Veja on-line, veiculada na semana subsequente a do leilão. Nela foram reveladas as estratégias e as razões levadas a efeito pelo recorrente para vencer o leilão. Eis três perguntas formuladas pelo repórter da Revista ao Sr. Gabriel Jaramillo, então Presidente do Banco Santander e suas respectivas respostas:

Veja – Vai-se para o viva-voz quando o maior lance não supera em 20% os demais. Se vocês abriram com 7 bilhões para evitar o viva-voz, é sinal que apostavam que o segundo maior lance seria de 5,5 bilhões. Vocês tinham essa informação dos concorrentes?

Jaramillo – Nossa estratégia tinha dois aspectos principais. Primeiro, fazer com que os concorrentes acreditassem que estávamos fora da disputa. E conseguimos isso. Duas semanas antes do leilão desativamos toda a nossa equipe interna ligada a ele. O segundo aspecto previa que no viva-voz não conseguiríamos ganhar o banco. As grandes instituições brasileiras não deixariam. A única forma de vencer era fazer com que acreditassem que estávamos fora do jogo. Aí eles entrariam com ofertas mais baixas. A prova de que estávamos certo é que ganhamos. O resto não interessa.

Veja – O mercado ficou estarecido com o preço pago pelo Banespa...

Jaramillo - O banco vale 7 bilhões de reais porque significa a liderança em São Paulo, que é fundamental em nosso projeto de ser os primeiros no mercado brasileiro. O Banespa é a pedra angular de nossa estratégia na América Latina, onde já somos os maiores. Estamos no topo do ranking na Argentina e no Chile. Faltava São Paulo. O Brasil virá em seguida.

Veja – Se vocês tivessem deixado a compra para a segunda parte do leilão, em que os lances são dados em voz alta, poderiam ter pago menos, não?

Jaramillo – O banco tem um valor para nós difícil de ser explicado. Por isso fizemos uma oferta para não ir ao viva-voz. Entramos para ganhar, sem risco da disputa.

Os elementos que extraio da entrevista acima, feita na época dos fatos, me conduzem, com segurança, ao convencimento de que o arrematante pagou o valor antes indicado pelo Banespa por compreender que a referida instituição era essencial à expansão de seus negócios, com potencial lucratividade no mercado que passaria a atuar. Assim, apesar de retornar ao tema em momento posterior, quando analisarei o laudo que calculou a rentabilidade futura, tenho que não prospera a conclusão da autoridade fiscal de que no montante pago também estava incluso o valor da marca e de elementos subjetivos como a clientela do Banco arrematado. Quanto ao suposto valor intrínseco da marca Banespa, por exemplo, esta gradualmente foi abandonada pelo recorrente.

Apesar da conclusão acima antecipada, dita questão não se trata de matéria que influi no julgamento. É elemento não determinante à exigência fiscal que se deu com base no fundamento de que o “Banespa não preencheu as condições impostas pelo legislador para deduzir os encargos da amortização do ágio” (pág. 5 do termo de verificação fiscal). Essa é a essência da controvérsia. Neste sentido, para delimitar a extensão do litígio, além do que já havia destacado na página 5, à página 13 do termo de verificação fiscal, a autoridade fiscal volta ao assunto asseverando:

Apesar de o custo de aquisição em leilão ser R\$ 7.050.000.000,00, o montante capitalizado na Santander Holding Ltda, pelo Banco Central Hispano, foi de R\$ 9.574.9000.000,00, neste computando o valor do investimento de R\$ 2.112.832.369,93 e um ágio de R\$ 7.472.067.630,07 (...) Como tais valores (R\$ 2.112.832.369,93) foram espontaneamente adicionados, restaria justificado o procedimento de ofício para oferecê-los à tributação. Reprise-se que tal procedimento não foi adotado visto que nem mesmo os encargos de amortização do ágio pago pela sociedade espanhola eram passíveis de dedução. (pág. 13 do termo de verificação fiscal).

Confirmando, ainda, de que a controvérsia acerca do montante do ágio não diz respeito ao lançamento, até porque nenhuma palavra foi dita para infirmar as conclusões constantes do laudo da KPMG que calculou a expectativa de rentabilidade futura, da página 11 do termo de verificação fiscal, apesar das considerações ali feitas, é dito textualmente:

“Calha observar que aqui não se questiona a efetiva existência do ágio pago pelo Santander Central Hispano S.A. pelas ações do Banespa. Destarte, trata-se de fato acerca do qual não se estabelece qualquer controvérsia”.

Em conclusão, tem-se que a causa do lançamento, em sua essência, não é a existência ou não do ágio decorrente deste ou daquele fundamento, tampouco a quantificação deste, mas sim o não preenchimento dos requisitos, pelo recorrente, para dedução do mesmo.

Da definição e dos requisitos legais para dedução do ágio

Tendo por norte de que não se pode avaliar e tampouco emitir juízo de valor acerca de determinado objeto, elemento ou instituto, sejam eles físicos, econômicos ou jurídicos, sem antes conhecê-los, vou pedir vênia para, em breves palavras, apontar os elementos que nos permitem identificar e compreender o que vamos analisar: **o ágio, com base na expectativa de rentabilidade futura.**

Conforme afirma Marco Aurélio Greco⁹, há situações “em que o ordenamento positivo deseja certo resultado e veicula preceitos no sentido de viabilizar ou induzir condutas dos destinatários da norma.”

Com efeito, ao implantar o Programa Nacional de Desestatização, por meio do qual o Estado transferiu para a iniciativa privada determinadas atividades até então exercidas por ele, aprovou-se norma com o objetivo de incentivar que empresas privadas participassem dos leilões e que estes, com a possibilidade de deduzir o ágio pago quando da aquisição, rendessem maior valor aos cofres públicos.

O incentivo fiscal aqui referido era a possibilidade de deduzir o valor pago a maior, quando da aquisição do empreendimento, na proporção máxima de 1/60 (um sessenta avos) por mês, da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. De sorte, que a possibilidade de amortização do ágio se constituiu em elemento de atração e valoração das empresas alienadas, trazendo como benefício ao alienante a possibilidade de receber, antecipadamente, valor correspondente à expectativa de riqueza gerada no futuro. Daí a lógica da dedução do valor do ágio da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Por sua vez, no caso do Banespa, o interesse das empresas privadas, e aqui incluo tanto o arrematante como os demais Bancos que participaram do leilão, tinha como razão a potencial lucratividade decorrente da atuação no segmento financeiro, com possibilidade de deduzir o ágio pago quando da aquisição.

O fundamento econômico da amortização do ágio, com base em expectativa de lucros futuros, está no fato de que os resultados necessários para se chegar ao ponto de equilíbrio entre o patrimônio líquido e o valor pago a maior, quando da aquisição, não se constitui em lucro, mas sim rendimentos necessários à recomposição do patrimônio do investidor. Neste sentido, colho a seguinte lição extraída do Manual de Contabilidade das Sociedades Anônimas¹⁰, já citada na fl. 82 da cópia da impugnação anexa aos memoriais.

“o ágio pago por expectativa de lucros futuros da coligada ou controlada deve ser amortizado por tais futuros lucros, ou seja, contra os resultados dos exercícios considerados na projeção dos resultados estimados que justifiquem o ágio. O

⁹ GRECO, Marco Aurélio, Planejamento Tributário, São Paulo: Dialética, 2004, p. 84.

¹⁰ Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras. Manual de contabilidade das sociedades por ações : aplicável às demais sociedades / FIPECAFI; diretor responsável Sérgio de Iudicibus; coordenador técnico Eliseu Martins, supervisor de equipe de trabalho Ernesto Rubens Gelbcke; 7ª. ed., 2ª.reimp., São Paulo: Atlas, 2007, p.176.

fundamento aqui é que o de que, na verdade, as receitas equivalentes aos lucros da coligada ou controlada não representam um lucro efetivo, já que a investidora pagou por eles antecipadamente, devendo, portanto, baixar o ágio contra essas receitas. (,,,)”

Quanto ao conceito de ágio, este decorre do artigo 20, II, do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, que definiu ágio ou deságio como “a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição”. O aproveitamento deste, por coligada ou controlada, com base em expectativa de lucro nos exercícios futuros, deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (art. 20, § 2º, b, e § 3º, do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977).

Com o Programa Nacional de Desestatização foi editada a Lei nº 9.532, de 1997, estabelecendo novas normas para aproveitamento do ágio. No caso, dado os limites do litígio apontados anteriormente, interessa o artigo 7º, III, que segue transcrito:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

Assim, a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, na qual detenha participação acionária adquirida com ágio, se o fundamento econômico do ágio for “valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros”, poderá amortizar o ágio nos balanços correspondentes de apuração do lucro real, levantados posteriormente à incorporação, à razão de 1/60, no máximo, para cada mês do período de apuração.

A regra do artigo art. 7º, III, da Lei 9.532, de 1997, por disposição expressa do artigo 8º, b, da mesma lei, a seguir transcrito, também se aplica quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária, isto é, nos casos de incorporação inversa.

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

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

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

A norma acima transcrita, conforme observa Ricardo Mariz de Oliveira, trouxe o “reconhecimento do que normalmente se chama de down stream que é incorporação de cima para baixo, isto é, a pessoa jurídica investida incorporar a investidora, porque, normalmente é de baixo para cima, a investidora absorve a investida, substitui a participação societária pelo ativo incorporado”¹¹.

A situação prevista no artigo 8º tem por finalidade conjugar questões tributárias com os procedimentos de reorganizações societárias, inclusive de ordem legal. Há casos em que a incorporadora não tem interesse ou não preenche requisitos para prosseguir operando no segmento de atuação da investida. O exemplo dos autos demonstra exatamente esta situação. Por se tratar de instituição financeira que necessita de autorização do Banco Central para operar, qualquer empresa que viesse a adquiri-la, se não tivesse autorização do Bacen para atuar no mercado financeiro, necessitaria ser incorporada pelo Banespa e não o contrário. Daí a necessidade de o legislador prever a incorporação inversa, sem prejuízo da amortização do ágio.

Com tais fundamentos, quanto a este ponto, rejeito o argumento sustentado no primeiro parágrafo da folha 23 do termo de verificação fiscal “de que não há como explicar, do ponto de vista econômico, que uma pessoa jurídica pudesse deduzir de seus próprios resultados a amortização de um ágio gerado na aquisição de suas próprias ações”. Nos casos de incorporação inversa, como expressamente previsto na alínea b do artigo 8º da Lei nº 9.532, de 1997, a contabilização da amortização do ágio se dá na pessoa jurídica investida, que irá produzir os lucros futuros, no caso dos autos, o próprio Banespa.

Dos demais aspectos pertinentes ao julgamento

Por estar ciente de que quem julga não pode inovar para alterar fundamentos de fato ou de direito em relação ao lançamento, no início de meu relatório descrevi as causas que ensejaram a autuação. Fiz com o propósito de ater-me aos fatos imputados e suas provas. Tenho como preceito condutor de meus votos de que *quem julga não pode inovar com razões de fato ou de direito em relação ao lançamento e quem faz lançamento não pode julgar*. Em outras palavras, quem julga não lança e quem faz lançamento não pode julgar. Admitir que o julgador pudesse abstrair-se de sua imparcialidade para inserir no auto de infração alegações fáticas ou jurídicas, que lhes pareçam pertinentes, importaria flagrante violação ao princípio da imparcialidade e de competência para o ato, dos quais o julgador não pode se divorciar.

Assim, sem pretender extrapolar minha competência que é limitada ao exame dos fatos e normas apontados na autuação fiscal, em atenção aos inúmeros argumentos contidos nas manifestações das partes -, alguns divorciados dos termos da acusação fiscal, mas que se explicam para justificar as teses defendidas -, vou analisar 14 questionamentos que extraí das alegações das partes. Após exame de cada um, quando for o caso, em estando relacionado aos fatos e normas apontados no lançamento, direi se procedentes ou não.

Eis as indagações relacionadas aos argumentos das partes:

¹¹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de, Planejamento E Exigências Tributárias - Cisão, Fusão E Incorporação Como Instrumentos D Planejamento Tributário, Revista de Estudos Tributários nº 50 - jan/fev de 1999, pág. 120).

1. Podia a Fiscalização exigir a adoção destes ou daqueles meios para a dedução do ágio, que não os empregados pelo recorrente?
2. Qual a essência do ato jurídico ou dos atos jurídicos realizados?
3. Quais os meios empregados na realização dos atos jurídicos de que trata a pergunta anterior?
4. Se existiam outros meios que poderiam ou deveriam ter sido empregados?
5. Existiam ou não razões determinantes para justificar os meios empregados?
6. Qual o significado do termo “empresa veículo” ou “empresa de passagem”, usados como sinônimos um do outro?
7. Quais as razões que caracterizam ou descaracterizam a empresa Santander Holding Ltda como “empresa veículo”?
8. Em sendo o Banco Santander Hispano controlador das empresas incorporada e incorporadora, como deixar de concluir de que o investimento no Banespa, por via indireta, não permaneceu sob o controle da empresa espanhola, conforme consta da página 22 do TVF?
9. O Banco Santander Hispano poderia integralizar capital social na empresa Santander Holding Ltda, mediante a conferência à sociedade de ações representativas do capital social do Banespa e caso afirmativo, por qual valor?
10. Existiu simulação, falta de propósito negocial ou outro tipo de fraude, quando o Banco Santander Hispano integralizou capital na empresa Santander Holding Ltda?
11. Qual seria a origem do alegado ágio na empresa Santander Holding Ltda, incorporada pelo Banespa?
12. Como explicar a utilização do mesmo laudo de avaliação do Banespa, baseado em expectativa de lucro futuro, para mais de uma operação?
13. O Banespa podia incorporar a empresa Santander Holding, beneficiando-se com ágio?
14. Caso vencedoras no leilão, as outras empresas participantes poderiam deduzir o valor do ágio? Com que base legal? O que as diferencia da recorrente?

Fixados os principais pontos que as partes e a sociedade, na minha avaliação, buscam resposta, passo a analisá-los.

1. Da análise se a Fiscalização poderia exigir a adoção destes ou daqueles meios, que não os empregados pelo recorrente

O papel da Fiscalização não é exigir esta ou aquela conduta na realização dos negócios, mas sim o de verificar se houve determinado fato sobre o qual incidiu a regra-matriz de exigência tributária. Em havendo o fato, o papel da autoridade fiscal é descrevê-lo, apontar a norma aplicável e calcular o valor do tributo devido.

No caso concreto, por exemplo, da leitura do termo de verificação fiscal se denota que em nenhum momento a autoridade fiscal diz que deveriam ter sido utilizados outros meios ou que os atos praticados pelo recorrente foram simulados. O termo simulação sequer é mencionado. Não se questiona a existência dos negócios, dentre os quais a integralização de capital social na empresa Santander Holding Ltda com as ações do Banespa. O que se diz é que a empresa Santander Holding Ltda caracteriza-se como “empresa veículo”, criada com o propósito exclusivo de internalizar o ágio e, por consequência, sem preencher os requisitos exigidos por lei para amortização do ágio.

2. Da essência dos negócios realizados

Os negócios realizados, se avaliados em seu conjunto, devem ser compreendidos como sendo a aquisição das ações do Banespa e a dedução do ágio pago, tendo o arrematante, para tal finalidade, constituído a empresa Santander Holding Ltda e nela integralizado capital social com as ações adquiridas do Banespa. Se avaliados de forma segregada tem-se três eventos jurídicos distintos: **a)** o primeiro evento corporifica-se no ato por meio do qual o Banco Santander Hispano adquire as ações do Banespa, em leilão; **b)** o segundo evento jurídico constitui-se com o ato em que o Banco Santander Hispano utiliza as ações do Banespa, pelo custo de aquisição de R\$ 9,57 bilhões, para integralizar capital social Santander Holding Ltda; **c)** o terceiro evento jurídico dá-se quando o Banespa incorpora a Santander Holding Ltda trazendo para seu ativo as ações adquiridas, passando usufruir a possibilidade de amortizar o ágio, conforme previsto no artigo 8º, b, da Lei nº 9.532, de 1997.

Por estar o auto de lançamento fundado no entendimento de que os atos jurídicos, especificados nas letras “b” e “c”, do parágrafo anterior, não tinham propósito comercial e, por consequência, ineficazes para fins tributários, analisarei tais questões em tópicos próprios.

3. Dos meios empregados na realização dos eventos jurídicos antes referidos

Quanto a este item, ainda que compreendido como atos indissociáveis¹² entre si, a análise deve ser desdobrada em duas partes. A primeira contemplando os atos praticados

¹² Ninguém, de forma razoável, deixaria de presumir de que o ágio seria amortizado. Daí a observação de que tanto os procedimentos realizados para manter o sigilo, quanto os relacionados à amortização do ágio devem ser vistos de forma indissociável, voltados a dois fins lícitos, quais sejam: a) vencer o leilão; b) amortizar o ágio. Aqui, diferentemente do que se verifica em certos planejamentos, tem-se meios lícitos para fins lícitos, ao passo que em outros se verificam meios lícitos para fins ilícitos.

antes do leilão e a segunda os atos realizados após o leilão, tudo isto tendo por norte o objetivo final do negócio, isto é: a) a aquisição das ações do Banespa e; b) a possibilidade de dedução do ágio pago quando da aquisição das referidas ações.

Quanto à primeira parte, publicado o edital do leilão, antes deste se realizar, o Banco Santander Hispano, controlador de outras empresas no Brasil¹³, sem saber se sairia vencedor, constituiu a empresa Santander Holding Ltda onde centralizou as operações subsequentes, com a finalidade de aproveitar o ágio pago quando da aquisição das ações do Banespa.

A segunda parte se constitui dos atos praticados após o Banco Santander Hispano ter saído vencedor do leilão. No primeiro ato, por meio de negócio jurídico cuja validade se avaliará mais adiante, promoveu integralização de capital na empresa Santander Holding Ltda, utilizando-se para tal das ações do Banespa -, tanto as que foram adquiridas em leilão quanto aquelas cuja aquisição se deu por meio de oferta pública -, totalizando 9,57 bilhões. O segundo ato praticado foi a incorporação da empresa Santander Holding Ltda pelo Banespa, tendo como consequência tributária a dedução do ágio gerado quando do evento jurídico caracterizado pela integralização de capital na Santander Holding Ltda, referido anteriormente.

4. Da existência de outros meios que poderiam ter sido empregados para aproveitamento do ágio, por qualquer das empresas do grupo Santander, sediadas no Brasil

Diz o recorrente que o grupo Santander não possuía nenhuma sociedade residente no Brasil que tivesse condições patrimoniais de preencher os requisitos exigidos para a participação no leilão, sem que fossem internalizados os recursos necessários.

Pois bem, se o único problema era internalizar os recursos, considerando que na época o Banco Santander Hispano era controlador do Banco do Nordeste, do Banco Meridional e do Banco Santander do Brasil S/A, não há dúvidas de que bastava o Banco Santander Hispano internalizar os recursos em uma das empresas aqui nominadas, ou na própria Santander Holding Ltda e participar no leilão por meio dela. Se assim tivesse feito, ninguém estaria alegando que a empresa Santander Holding Ltda era “empresa de passagem”, sem propósito negocial.

Desta forma, constatado a existência de outros meios para se atingir o mesmo resultado econômico e jurídico em relação à dedução do ágio, há que se investigar, o que farei no item seguinte, se os motivos para a não utilização eram determinantes para o sucesso no leilão.

5. Da existência ou não de razões determinantes para justificar os meios empregados

Iniciei meu voto citando parte da entrevista do Presidente do Banco Santander Hispano, concedida uma semana após o leilão, onde ele revelou que a estratégia para vencer tinha dois aspectos principais, que volto a transcrevê-los:

¹³ Conforme especificado a fl. 62 da impugnação, o Banco Santander Hispano era controlador do Banco do Nordeste, Banco Meridional, Bonzano Simonsen etc. Autenticado digitalmente em 23/12/2011 por LEONARDO HENRIQUE MAGALHAES DE, Assinado digitalmente em 23/12/2011 por MOISES GIACOMELLI NUNES DA SILVA. Emitido em 23/12/2011 pelo Ministério da Fazenda

“ Primeiro, fazer com que os concorrentes acreditassem que estávamos fora da disputa. E conseguimos isso. Duas semanas antes do leilão desativamos toda a nossa equipe interna ligada a ele.”

“O segundo aspecto previa que no viva-voz não conseguiríamos ganhar o banco. As grandes instituições brasileiras não deixariam. A única forma de vencer era fazer com que acreditassem que estávamos fora do jogo. Ai eles entrariam com ofertas mais baixas.”

Depreende-se das razões acima de que o sigilo do lance inicial, em envelope fechado, era determinante ao resultado. Tanto era determinante que o recorrente tinha consciência de que, caso não saísse vencedor com lance em envelope fechado, na segunda fase do leilão, onde os lances se dariam por viva-voz, não tinha condições de vencer.

Isto demonstra que o sigilo constituía-se em elemento primordial do leilão. Ninguém poderia correr o menor risco de revelar o valor de seu lance. Isto seria desastroso tanto para a União quanto para os interessados na aquisição. Se o Banco Santander Hispano soubesse de que era de 2,3 bilhões o valor do maior lance da concorrência, em envelope fechado, bastava ter ofertado 2,8 bilhões para ter saído vencedor. A União, proprietária do Banespa, perderia 4,2 bilhões.

Por outro lado, se a concorrência soubesse o valor do lance a ser dado pelo recorrente, conforme já dito, tomaria providências para não deixá-lo vencer.

Visto desta forma e não poderia ser de outra, considerando que o aumento de capital deve ser lavado ao registro, seria impossível o Banco Santander Hispano internalizar tamanha quantia em moeda, para integralizar capital em uma de suas empresas controladas, sem que revelasse o valor máximo que ofertaria como lance. Assim, o sigilo estaria rompido e decretado o fracasso de sua participação no leilão. O negócio não teria se realizado na forma previamente planejada pelo recorrente e a União teria recebido três vezes menos na venda do Banespa.

Ademais, ninguém de nós, sabedores de como as empresas calculam o retorno de seus investimentos, tem dúvidas de que os participantes do leilão, ao formularem seus lances, consideraram, para efeito da expectativa de lucro futuro, o direito de amortizar o valor do ágio, direito este assegurado aos demais participantes do leilão. Em outras palavras, a dedução do ágio é consequência do valor pago a maior, quando da aquisição.

Pelo exposto, estou convencido de que o Banco Santander Hispano, na condição de licitante não-residente, planejou suas ações tendo por norte dois objetivos indissociáveis entre si: **a)** manter o sigilo do lance para vencer o leilão; **b)** adotar os procedimentos necessários para possibilitar a dedução do ágio.

Para manter o sigilo o Banco Santander Hispano participou de forma direta no leilão, sem se valer de qualquer das empresas nacionais das quais era controlador.

Quando ao segundo objetivo, indissociável do primeiro, antes do leilão, quando sequer sabia se sairia vencedor, constituiu a empresa Santander Holding Ltda para nela

integralizar capital com as ações adquiridas do Banespa e, desta forma, igual a qualquer outro dos participantes¹⁴, caso fossem vencedores, poder deduzir o ágio.

Conforme destaquei anteriormente, se o Banco Santander Hispano, previamente ao leilão, tivesse trazido os recursos financeiros ao Brasil, capitalizando a empresa Santander Holding ou qualquer outra do grupo, para posterior participação no procedimento licitatório, o ágio seria gerado da mesma forma. Isto me convence de que, se ciente disto, assim não procedeu foi porque estava agindo com o necessário e indispensável objetivo de manter o sigilo, algo que para o Banco era tão importante quanto à dedução do ágio.

A prova de que o sigilo em relação ao lance era tão importante quanto à dedução do ágio é que as ações praticadas para atingir estes dois objetivos foram estruturadas antes da realização do leilão. Admitir neste processo, como efetivamente admitimos, que eram razoáveis e lícitas todas as estratégias adotadas para manter o sigilo do lance, propiciando que a União recebesse três vezes mais do que o maior valor ofertado pelos demais concorrentes e não admitir a parte que o recorrente estruturou para deduzir o ágio é adotar dois critérios de valoração para julgar atos que compõem um mesmo propósito e que fazem parte da mesma conjuntura fática e jurídica.

Pelos fundamentos aqui expostos, não pode ser desprezado o ato pelo qual o Banco Santander Hispano integralizou capital na empresa Santander Holding com as ações adquiridas do Banespa, tendo por consequência a geração e posterior dedução do ágio.

6. Do significado do termo “empresa veículo” ou “empresa de passagem”, usados como sinônimos um do outro

A palavra **empresa**, conforme definição De Plácio e Silva¹⁵, tem origem latina e significa empreender, praticar, possui o sentido de empreendimento ou cometimento intentado para a realização de um objetivo. No sentido do Direito Civil e do direito Comercial, segundo este autor, significa toda organização econômica, civil ou comercial, instituída para a exploração de um determinado ramo de negócio.

Veículo, segundo o conceito posto pelo autor antes referido, é palavra de origem latina “ligada à idéia de conduzir, transportar, genericamente é instrumento ou aparelho que, dotado de certos requisitos, serve ao transporte de coisas ou pessoas.”

Se não há dúvidas, como vimos, para a compreensão do termo empresa e do significado de veículo, quando analisados individualmente, o mesmo não ocorre quando, por meio destas duas palavras, se compõe uma terceira expressão, no caso, “**empresa veículo**”, que ainda não consta dos dicionários, ao menos nos que consultei.

O termo “**empresa veículo**” é empregado pelas autoridades fiscais e estudiosos do direito tributário para definir a pessoa jurídica, sem propósito negocial, cuja finalidade não é produzir bens e serviços, mas servir de meio para dar aparência de regularidade a uma situação que assim não é.

Em se tratando de empresas cujos atos formais são normais, necessário que se analise a densidade das circunstâncias em que foi constituída. É preciso ir além dos atos formais para investigar as intenções subjetivas de quem as constituiu. A breve duração pode ser indício de que estamos diante de uma “empresa veículo”, mas não pode ser avaliada de forma isolada. Um ou mais sujeitos com personalidade jurídica podem constituir empresa para conjugar recursos e conhecimentos para participar de uma licitação, por exemplo. Caso não vencedora, no certame, a empresa perderá sua razão de ser. Caso vencedora, concluído o contrato, também desaparecerá a razão para a qual foi constituída. Desta forma, ainda que esta empresa tenha sido constituída para servir de meio para se atingir a determinado propósito, não poderá ser tachada de “empresa veículo”, pois não tem por finalidade praticar ato simulado, ocultar ou encobrir fato gerador de obrigação tributária. Também, não se trata de empresa para dar aparência de regularidade a uma situação que assim não é.

Existem dois elementos essenciais para se identificar se estamos ou não diante de uma empresa veículo. O primeiro deles, conforme já destaquei, é a densidade das circunstâncias em que foi constituída. O segundo é a análise dos atos negociais em seu conjunto, como se fossem lances de um mesmo jogo ou, nas expressões da defesa do recorrente, “como se fossem várias cenas do mesmo filme”. Neste caso, deve o julgador se ater ao resultado final dos vários atos realizados e não as sequência de operações realizadas para se atingir o objetivo que desde o início era querido e esperado pelas partes.

7. Da análise se a empresa Santander Holding Ltda caracteriza-se ou não como “empresa veículo”

A análise do presente ponto passa pela verificação dos dois elementos que apontei no tópico acima, isto é:

- a) densidade das circunstâncias em que foi constituída;
- b) análise dos atos negociais em seu conjunto, como se fossem vários lances de um mesmo jogo.

Por análise da densidade das circunstâncias em que foi constituída deve se ter presente o momento e a causa que justificou sua constituição. Se a causa for justificada, à semelhança em que se demonstrou em relação aos procedimentos adotados para manterem o sigilo do lance no leilão, independentemente do momento, não se estará diante de empresa de passagem.

No caso concreto, quando se analisa a densidade das circunstâncias em que a empresa foi constituída, além dos aspectos relacionados ao sigilo, é necessário ter presente de que se estava diante de leilão que tinha por finalidade alienar as ações do Banespa permitindo a dedução do ágio.

Outro fato que demonstra que a empresa Santander Holding Ltda tinha por objetivos outros propósitos que não somente a internalização do ágio foi que o Banco Santander Hispano a constituiu quando sequer sabia se sairia vencedor do leilão. Não se pode falar em empresa constituída com a finalidade específica de internalizar o ágio se na data de sua constituição sequer existia o alegado ágio, só gerado posteriormente.

Ainda em relação a este aspecto, há que se ter presente de que os artigos 26 a 28 da Lei nº 4.495, de 1964, que regulamenta a constituição e atuação das instituições financeiras, e dá outras providências, e o artigo 2º da Circular nº 2.750, de 1997, estabelecem que o capital inicial das instituições financeiras públicas e privadas será sempre realizado em moeda corrente e que não existe a possibilidade legal de aumentar o capital social de uma empresa financeira por meio de integralização de participação acionária, como ocorreu na Santander Holding, situação que, conforme argumenta o recorrente, fica evidente a necessidade desta empresa para receber como integralização de capital social as ações do Banespa.

A constituição em território brasileiro da empresa Santander Holding Ltda para, se vencedor no leilão, o Banco Santander Hispano integralizar nela o ativo representado pelas ações e patrimônio líquido do Banespa, quando analisado com os demais elementos dos autos, dá sentido à frase contida na reportagem da revista Veja, referida anteriormente, quando diz: “Diferentemente da época colonial, a idéia agora é fixar residência, recuperar o espaço perdido e enriquecer com a América.”

O segundo ponto a ser enfrentado é a análise dos atos negociais em seu conjunto, como se fossem vários lances de um jogo iniciado no momento em que o Banco Santander Hispano decidiu participar do leilão do Banespa e terminou quando começou amortizar o ágio decorrente das ações adquiridas com ágio. Para avaliação do resultado final não pode ser considerado, de forma isolada, este ou aquele lance, mas todos os que compuseram a partida, dentre os quais os seguintes elementos:

- a) habilitação do Banco Santander Hispano para participar do leilão;
- b) decisão do Banco Santander Hispano de não promover aumento de capital em uma de suas empresas controladas, no Brasil, para não correr o risco de quebrar o sigilo em relação ao lance que iria ofertar;
- c) decisão de constituir a empresa Santander Holding Ltda para, caso vencedor no leilão, nela integralizar as ações adquiridas no leilão do Banespa;
- d) decisão de desativar, duas semanas antes, toda a equipe interna ligada ao leilão, como se não fosse participar do certame;
- e) vencido o leilão, decisão de usar as ações do Banespa para integralizar capital social na Santander Holding Ltda, como planejado anteriormente;
- f) decisão de promover a incorporação da empresa Santander Holding Ltda pelo Banespa e começar a deduzir o ágio, como planejado desde o início.

No caso em exame, quando se examinam os atos em seu conjunto, se percebe que as ações do Banespa, ao final, resultaram integralizando capital de contribuinte brasileiro, que faz jus à amortização do ágio.

Quer sobre a ótica das disposições contidas nos artigos 25 a 28 da Lei nº 4.495, de 1964, que vedam a possibilidade de se aumentar o capital social de uma empresa financeira por meio de integralização de participação acionária; quer sobre os aspectos relacionados às estratégias de negócio e atos jurídicos necessários para que o recorrente pudesse deduzir o ágio da mesma forma que poderia caso tivesse integralizado o capital em uma de suas empresas (hipótese em que o sigilo ficaria comprometido); quer quando se analisa o negócio jurídico em seu conjunto, focando o resultado final do jogo e não os lances que o compõem, se chega à conclusão de que a empresa Santander Holding Ltda foi constituída em

densidade de circunstâncias e propósitos negociais que não permitem sua qualificação como “empresa veículo” ou de passagem.

Para que não fiquem indagações sem respostas, ao menos em relação as quais reputo pertinentes aos questionamentos formulados, quanto à duração da empresa Santander Holding Ltda de apenas 10 meses, reporto-me ao que disse anteriormente apontado que este dado deve ser avaliado tendo por norte as razões que ditaram a sua constituição, que em relação ao caso concreto já analisei em parágrafo anterior. Ademais, necessário que se diga que a empresa Santander Holding deixou de existir em virtude de incorporação pelo Banespa, não havendo nenhuma ilegalidade nisto, procedimento idealizado desde sua constituição.

8. Da análise se o Banco Santander Hispano poderia utilizar as ações adquiridas do Banespa para integralizar capital social na empresa Santander Holding Ltda e, caso afirmativo, por qual valor?

A empresa Santander Holding Ltda foi constituída sob a forma de sociedade limitada, cuja norma civil vigente à época, hoje repetida no artigo 997, III, do Código Civil, previa que o capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podia compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária. Norma semelhante, em relação as sociedade anônima, encontra-se no artigo 7º da Lei das S/A.

Da premissa de que as ações adquiridas, representativas da participação acionária do Banco Santander Hispano no Banespa, constituía-se de direito passível de ser avaliado em pecúnia, decorre a conclusão de que as mesmas podiam ser utilizadas pelo Banco Santander Hispano para integralizar capital social na empresa Santander Holding Ltda.

Admitida a possibilidade de utilização das ações adquiridas do Banespa para integralizar capital social da empresa Santander Holding Ltda, cabe analisar o valor atribuído às mesmas. Quanto a este aspecto, para posicionar a matéria, volto a transcrever as constatações e conclusões contidas à fl. 13 do termo de verificação fiscal:

“Apesar de o custo de aquisição em leilão ser R\$ 7.050.000.000,00, o montante capitalizado na Santander Holding Ltda, pelo Banco Central Hispano, foi de R\$ 9.574.900.000,00, neste computando o valor do investimento de R\$ 2.112.832.369,93 e um ágio de R\$ 7.472.067.630,07 (...). Como tais valores (R\$ 2.112.832.369,93) foram espontaneamente adicionados, restaria justificado o procedimento de ofício para oferecê-los à tributação. Reprise-se que tal procedimento não foi adotado visto que nem mesmo os encargos de amortização do ágio pago pela sociedade espanhola eram passíveis de dedução. (pág. 13 do Termo de Verificação Fiscal).”

Aqui há um equívoco da autoridade fiscal. Conforme relatei, o Banco Santander Hispano arrematou no leilão realizado em 20/11/2000 a quantidade de 11.323.000.000 ações, correspondente a 30% do capital social do Banespa, pelo montante de R\$7.050.000.000,00. Em ato subsequente, em razão de Oferta Pública de Compra de Ações, o Banco Santander Hispano adquiriu ações ordinárias e preferenciais, no total de 23.896.653.312 ações, pelo valor de R\$ 2.275.439.318,85, contabilizados conforme demonstrativo constante à fl. 113 da impugnação, que passo a transcrever:

	Quantidade de ações	%	R\$
Leilão	11.323.000.000	30,00%	7.050.000.000,00
Funcionários	1.197.760.392	3,20%	197.740.376,17
Sobra Tesouro	24.630.756	0,07%	15.460.009,78
Leilão Público (OPA)	23.896.653.312	63,83%	2.275.439.318,85
Outras aquisições	43.592.044	0,11%	4.537.478,50
Sub Total	36.394.636.404	97,208%	9.543.177.183,30
Outros custos			
CPMF			21.803.912,68
Emolumentos			5.334.978,76
Comissões OPA			4.583.925,26
Total de outros custos			31.722.816,70
Custo Total			9.574.900.000,00
PL do Banespa (30.04.2001)	1.173.519.280,48		
Participação SH	97,208%		
Investimento	2.112,832.369,93		
Ágio	7.462.067.630,06		

A análise dos dados acima demonstra que na integralização de capital feita pelo Banco Santander Hispano na empresa Santander Holding Ltda não houve “reavaliação” do ágio, mas sim a consideração do valor das novas ações adquiridas por meio da oferta pública e aquelas pertencentes aos funcionários. O valor que despendeu para adquirir as ações do Banespa foi o montante utilizado para integralizar capital social da empresa Santander Holding Ltda.

Ainda em relação ao tema, caso tivesse sido adotado o valor constante do laudo de avaliação da KPMG, em relação ao qual inexistia qualquer prova para desqualificar o montante lá apontado, que foi de R\$ 10,078 bilhões, em estando dito ativo contabilizado por R\$ 9,574 Bilhões, haveria ganho de capital auferido pelo Banco Santander Hispano.

9. Em sendo o Banco Santander Hispano controlador das empresas incorporada e incorporadora, como deixar de concluir que o investimento no Banespa, por via indireta, não permaneceu sob o controle da empresa espanhola (pág. 22 do TVF)?

Não restam dúvidas de que o Banco Santander Hispano efetivamente era controlador da empresa Santander Holding e que tais situações podem se prestar para gerar ágio fictício. É por esta razão que ao se avaliar determinado evento jurídico deve se levar em consideração, além dos aspectos formais, a densidade das circunstâncias que o cercam.

O argumento da autoridade fiscal é relevante e deve ser considerado sempre que estivermos diante de situação existente apenas no papel. Porém, não é o caso dos autos. Aqui, a transação avaliada em seu conjunto não revela fraude para gerar ágio fictício, mas sim, seguramente, o maior negócio no país, no ano de 2000.

A permanecer o entendimento da autoridade fiscal, sem a análise dos demais aspectos do contexto, chegaríamos à conclusão de que tal vedação seria aplicada mesmo que o

A primeira premissa a ser avaliada é se o Banco Santander Hispano conferiu ou transmitiu, por meio do contrato de integralização de capital, direitos à pessoa diversa daquela nominada, isto é, a empresa Santander Holding Ltda. A resposta a esta premissa é negativa. É fato incontroverso de que a intenção dos signatários do documento em análise era integralizar capital social na empresa Santander Holding Ltda, utilizando para tal as ações do Banespa, quer as que foram adquiridas em leilão, quer as adquiridas por meio de oferta pública.

A segunda premissa que caracteriza a simulação é a existência de declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira.

No contrato de integralização de capital realizado pelo Banco Santander Hispano na empresa Santander Holding Ltda está dito que aquele estava integralizando capital social com os ativos correspondentes à sua participação no Banespa, fato que efetivamente se deu. Não há nenhuma declaração ou cláusula que esteja divorciada do efetivo negócio celebrado pelas partes.

Quanto à terceira premissa que caracteriza simulação nos casos de documentos ou instrumentos antedatados ou pós-datados, tratando-se de atos levados a registro público, nenhuma dúvida de que estes, na pior das hipóteses, ocorreram no dia em que foram apresentados para registro.

O que se disse em relação ao contrato por meio do qual o Banco Santander Hispano integralizou capital social na empresa Santander Holding Ltda, vale para o ato de incorporação desta pelo Banespa, onde não se verifica nenhuma das hipóteses previstas no artigo 167, § 1º, do Código Civil.

Da análise tem-se que as operações que se revelaram foram aquelas efetivamente queridas e realizadas pelas partes, inexistindo comportamento sobre o qual pudesse incidir qualquer das hipóteses previstas no artigo 167, § 1º, Código Civil. Não houve disfarce de uma operação para encobrir este ou aquele ato. Não houve negócio senão os efetivamente descritos. Não houve operações fictícias. Não houve acordo em registrar uma declaração de vontade diversa da pretendida para enganar terceiros ou encobrir os atos verdadeiramente realizados.

Conforme apontado anteriormente, quando se fala em fraude decorrente de atos formalmente lícitos, mas que podem conter negócios diversos dos efetivamente declarados, há que se analisar a densidade das circunstâncias. E aqui, quando se analisa este elemento se constata que a empresa Santander Holding Ltda foi constituída antes mesmo da realização do leilão, quando o vencedor sequer podia prever se sairia vencedor ou não. Ademais, não se está diante de planejamento tributário adquirido em prateleiras de livrarias que só concede benefícios a quem os adota, simulando ou encobrindo um ou outro ato. O benefício da dedução do ágio, utilizado pelo recorrente, seria concedido a qualquer vencedor do leilão.

11. Da análise da origem do ágio na empresa Santander Holding Ltda, incorporada pelo Banespa

Nos termos do artigo 385, § 2º, II e art. 386, III, do Regulamento do Imposto de Renda, o ágio, cujo conceito já definimos, deverá indicar seu fundamento econômico e o valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros.

Tais requisitos, no caso concreto, estão presentes no laudo da KPMG não impugnado pela autoridade fiscal. Observa-se que a glosa da amortização do ágio não está relacionada à sua existência, mas sim ao preenchimento dos requisitos para a respectiva amortização. Com isto, correta a afirmação de que o ágio em questão tem sua origem na aquisição, pela empresa Santander Holding, de ações do Banespa correspondentes a 97,02% do seu capital social, por meio da conferência em integralização de capital realizada pelo Santander Hispano, no valor de R\$ 9,57 bilhões.

A tese que advoga que deve ser desconsiderado o evento jurídico em que se deu a integralização de capital na empresa Santander Holding, com as ações do Banespa, conflita com o entendimento de que não se pode dizer que a empresa Santander Holding Ltda, por ser subsidiária de empresa estrangeira não pode ser considerada contribuinte para fins de amortização do ágio, mas que possui legitimidade passiva para adimplir os tributos exigidos. No caso concreto, ou se avaliam os atos em seu conjunto, como se sendo lances de uma mesma partida, conforme especificado no item 7 deste voto e se reconhece sua existência, ou se avaliam os eventos de forma individualizada e também se admite a amortização do ágio. O que não pode existir é, na avaliação do mesmo negócio jurídico (a aquisição das ações do Banespa), adotar parâmetros de avaliação divergentes.

12. Da utilização do mesmo laudo de avaliação do Banespa, baseado em expectativa futura, para mais de uma operação?

Argumentou-se, no decorrer do processo, não ser possível a utilização do mesmo laudo de avaliação do Banespa, baseado em expectativa futura, para mais de uma operação. Entendo que, o laudo de avaliação baseado em expectativa de lucro futuro deve refletir a situação da empresa, nada obstando que este laudo sirva para justificar mais de uma transação. Imaginemos, por hipótese, que se avalie a expectativa de resultado futuro de uma empresa encontrando certo valor. Nada impede que a alienação das ações ocorra de forma fracionada a mais de uma pessoa jurídica, tudo baseado no mesmo laudo. Numa S/A, por exemplo, não teria nexos exigir um laudo para cada lote ações vendidas.

13. Da análise da possibilidade do Banespa incorporar a empresa Santander Holding, beneficiando-se com ágio

Quando tratei da definição e dos requisitos para dedução do ágio, fiz referência no artigo 8º da Lei nº 9.532, de 1997, o qual prevê a possibilidade de amortização do ágio, fundado na expectativa de lucro, quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária. Apoiado em doutrina de Ricardo Mariz de Oliveira mostrei que esta norma trouxe o reconhecimento do que normalmente se chama de *down stream* que é incorporação de cima para baixo, isto é, a pessoa jurídica investida incorporar a investidora, porque, normalmente é de baixo para cima, a investidora absorve a investida, substitui a participação societária pelo ativo incorporado”¹⁷.

A regra contida no artigo 8º da Lei nº 9.532, de 1997 está repetida no inciso artigo 386, § 6º, II, do Regulamento do Imposto de Renda de 1999. Assim, não há como

¹⁷ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de, Planejamento E Exigências Tributárias - Cisão, Fusão E Incorporação Como Instrumentos D Planejamento Tributário, Revista de Estudos Tributários nº 50 - jan/fev de 1999, pág. 120).

acolher a acusação contida à fl. 5 do termo de verificação fiscal quando menciona “de que o Banespa não preencheu as condições impostas pelo legislador para deduzir os encargos de amortização do ágio em comento, para efeito de apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.”

14. Da análise que indaga se caso outra empresa que participou do leilão tivesse adquirido as ações do Banespa, com ágio, se poderia amortizá-lo

A possibilidade de amortização do ágio, na forma posta nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, se constituía em benefício fiscal concedido a todos os contribuintes que em seus atos negociais adquirissem participação societária com ágio. Assim, qualquer um dos que fosse vencedor do leilão ou que adquirisse participação societária poderia deduzir o ágio, na proporção de 1/60 (um sessenta avos) por mês, no máximo, para cada mês do período de apuração.

Em conclusão

Ninguém, de forma razoável, deixaria de presumir de que o ágio seria amortizado. Daí a observação de que tanto os procedimentos realizados para manter o sigilo, quanto os relacionados à amortização do ágio, devem ser vistos de forma indissociável, voltados a dois fins lícitos, quais sejam: a) vencer o leilão; b) amortizar o ágio. Aqui, diferentemente do que se verifica em certos planejamentos, tem-se meios lícitos para fins lícitos, ao passo que em outros se verificam meios lícitos para fins ilícitos.

Em outras palavras, a participação do Banco Santander Hispano no leilão do Banespa deu-se alicerçada em duas causas: **a)** manter o sigilo do lance para vencer o leilão; **b)** adotar os procedimentos necessários para possibilitar a dedução do ágio. Todas as operações foram pensadas e estruturadas antes do leilão. Assim, não se pode admitir como necessárias as estratégias adotadas para manter o sigilo do lance, propiciando que a União recebesse pelo Banco três vezes mais do que o valor ofertado pelo segundo concorrente e desconsiderar a parte da estrutura representada pelo ato de integralização de capital na empresa Santander Holding Ltda como se isto fosse uma fraude, negócio ilícito ou ineficaz para fins de amortização do ágio. Na realidade, a integralização do capital social na Santander Holding Ltda antes de ser entendido como ato ineficaz deve ser compreendido como o ato necessário para que dedução do ágio decorrente do valor pago pelas ações do Banespa.

Isso posto, voto no sentido de dar provimento ao recurso, resultando prejudicados os demais pontos suscitados pelas partes.

(assinado digitalmente)

Moisés Giacomelli Nunes da Silva