



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 16561.720086/2018-11  
**Recurso** De Ofício e Voluntário  
**Acórdão nº** 1301-006.745 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 20 de fevereiro de 2024  
**Recorrentes** REDECARD S/A  
FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)**

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. POSSIBILIDADE.

O art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, determina a segregação do ágio nas hipóteses de aquisição da participação societária de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido. Assim, havendo aquisição de participação societária de coligada ou de controlada junto a terceiros independentes com pagamento de ágio, deve ser admitida a amortização dessa parcela, nos termos dos art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ÁGIO INTERNO. IMPOSSIBILIDADE.

É inadmissível a formação de ágio por meio de operações internas, sem a intervenção de partes independentes.

MULTA ISOLADA POR INSUFICIÊNCIA NO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO SOBRE O TRIBUTOS DEVIDO NO FINAL DO ANO. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*/CONSUNÇÃO.

A partir do advento da Medida Provisória nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007, que alterou a redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, legalmente amparada a exigência concomitante de multa por insuficiência de pagamentos das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL e de multa de ofício decorrente da falta de pagamento do imposto e da contribuição devidos ao final do ano-calendário, sem que se deva cogitar de *bis in idem* ou consunção.

SIMULAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Em não tendo restada comprovada divergência entre a vontade declarada e a vontade interna das partes e nem incompatibilidade dos negócios jurídicos sob análise com sua causa típica, não há que se falar em simulação.

FRAUDE. ART. 72 DA LEI Nº 4.502, DE 1964. MULTA QUALIFICADA. FRAUDE À LEI. PROPÓSITO NEGOCIAL.

Não tendo restado caracterizado o dolo de esconder, iludir, ou seja, tendo o contribuinte deixado claro à autoridade fazendária a totalidade dos negócios jurídicos realizados, para os quais não se vislumbram nos autos indícios suficientes para que se conclua pela existência de artificialidade, de se descartar a possibilidade de caracterização da fraude prevista no art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. Rejeita-se, assim, a qualificadora imputada.

Para fins de aplicação no ordenamento jurídico pátrio, dependentes tanto o instituto de fraude à lei como a doutrina de propósito negocial da regulamentação através de Lei Ordinária (ainda não editada) do art. 116, § único do Código Tributário (norma antielusiva), visto se estar ali diante de norma de eficácia limitada. Ainda, na situação sob análise, referida norma sequer foi mencionada pela autoridade fiscal, sendo descabido que se cogite de sua aplicação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso de Ofício, face à edição da Portaria MF nº 2, de 2023, e à Súmula CARF nº 103, e, por unanimidade de votos, em negar-lhe provimento. Quanto ao Recurso Voluntário, acordam os membros do colegiado, por (i) voto de qualidade, para negar provimento (i.1) quanto à impossibilidade de cumulação de multas isolada e de ofício e (i.2) quanto à possibilidade de amortização do ágio oriundo de ações que já pertenciam ao grupo econômico, vencidos os Conselheiros José Eduardo Dornelas Souza, Marcelo José Luz de Macedo e Eduardo Monteiro Cardoso, que lhe davam provimento; e (ii) em dar provimento, por maioria de votos, para considerar como passível de amortização o ágio pago em razão de aquisição de participação societária de partes independentes, vencidos os Conselheiros Relator e Lizandro Rodrigues de Sousa, que lhe negavam provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Iágaro Jung Martins. Manifestou intenção de apresentar Declaração de Voto o conselheiro José Eduardo Dornelas Souza; no entanto, findo o prazo regimental, tal declaração não foi apresentada, devendo ser tida por não formulada, nos termos do § 7º do art. 114 do RICARF.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Taranto Malheiros – Presidente e Relator

(documento assinado digitalmente)

Iágaro Jung Martins – Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: s Iágaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Marcelo Jose Luz de Macedo, Eduardo Monteiro Cardoso, Rafael Taranto Malheiros (Presidente)

## **Relatório**

Trata o presente de análise de Recursos de Ofício e Voluntário, interpostos face a Acórdão de 1ª instância, que considerou a “Impugnação Procedente em Parte”, tendo por resultado “Crédito Tributário Mantido em Parte”.

2. Foram lavrados Autos de Infração (AIs) de IRPJ (e-fls. 1102/1127) e de CSLL (e-fls. 1128/1147), decorrentes de glosa de exclusões registradas a título de amortização de ágio no Livro de Apuração do Lucro Real (LALUR) e no Livro de Apuração da Contribuição Social (LACS), durante os anos-calendário de 2013, 2014 e 2015. O Contribuinte foi cientificado em 14/11/2018 (e-fls. 1175). O Termo de Verificação Fiscal (TVF), de e-fls. 1060/1100, sintetiza o trabalho de fiscalização nos seguintes termos:

2.1. Após breve digressão sobre os Termos que suportaram a ação fiscal e as ações de diligência àquela vinculadas, tecem-se considerações sobre o objeto social e composição acionária da Autuada e das demais empresas envolvidas nas operações societárias relacionadas à lavratura dos autos mencionados - a saber: a) Banestado Participações, Administração e Serviços Ltda. CNPJ 75.049.098/0001-70, doravante denominada como “**Banestado**”, extinta por incorporação em 17/12/2012; b) Banco Itauleasing S/A, CNPJ 49.925.225/0001-48, doravante “Banco Itauleasing” ou “**Itauleasing**” e c) Banco Itaucard S/A, CNPJ 17.192.451/0001-70, doravante “Banco Itaucard” ou “**Itaucard**”).

2.2. Em sequência, a Autoridade Lançadora entende ter havido redução indevida das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, a partir do ano-calendário de 2013, por meio de planejamento tributário ilícito empreendido pelo Grupo Itaú, encabeçado pela empresa Itaú Unibanco Holding S/A e sua subsidiária integral Itaú Unibanco S/A, controladora das demais empresas envolvidas, as quais detinham, em conjunto e indiretamente, 50,01% do capital social da Redecard em agosto de 2012, conforme organograma do grupo de tal data, constante à e-fls. 1064;

2.3. Passa a discorrer sobre o conjunto de operações societárias que, em seu entendimento, configuraram tal planejamento ilícito, a saber:

PASSO 1: O Grupo Itaú, por meio de sua controlada Banestado, realiza Oferta Pública de Ações (OPA) para aquisição das ações da Redecard que se encontravam em circulação. Início: Edital da OPA (23/08/2012). Término: Encerramento da OPA (24/09/2012). Neste instante, previamente à referida Oferta Pública, Banestado detinha 23,21% do capital social da Redecard;

PASSO 2: Em 26/09/2012, um dia antes da liquidação da operação, os sócios da Banestado promovem aporte financeiro na companhia, por meio de aumento de capital social, que passa de R\$ 459 milhões para R\$ 13 bilhões. Banco Itauleasing e Banco Itaucard são responsáveis por 99,92% deste aporte (proporcional à sua participação societária). Com este aporte financeiro, viabiliza-se o papel da Banestado como empresa adquirente (ficta) das ações da Redecard em circulação;

PASSO 3: Em 27/09/2012 realiza-se a liquidação da OPA, adquirindo-se 52,23% das ações Redecard em circulação (44,44% detidas pelo mercado, 7,76% pela Itaú Unibanco S/A e 0,03% pela Itaú Unibanco Holding S/A). No decorrer dos meses subsequentes, de outubro a dezembro/2012, são adquiridas as ações residuais (5,41%), totalizando 57,65% de ações em Redecard (vide figuras à e-fl. 1065). No ato da aquisição

das ações é contabilizado ágio por expectativa de rentabilidade futura na Banestado, o qual totaliza R\$ 12.503.731.895,97 em dezembro de 2012;

PASSO 4: Banestado é incorporada pela Redecard em 17/12/2012. O ágio é então transferido da adquirente ficta (Banestado) para a empresa adquirida (Redecard).

PASSO 5: Redecard, empresa cujas ações foram adquiridas do mercado com ágio, passa a fazer gozo do benefício fiscal da amortização deste mesmo ágio, a partir de janeiro de 2013 (com previsão de término em dezembro de 2018).

2.4. Assim, ao final da operação, no entender da Autoridade Fiscal, a situação organizacional corresponderia exatamente àquela desejada desde o início, na essência, pelo grupo Itaú, qual seja, a titularidade direta, pelas empresas Banco Itauleasing e Banco Itaucard (reais adquirentes) das ações Redecard que se encontravam em circulação no mercado, mantendo-se os patrimônios das empresas adquirentes independentes do patrimônio da empresa adquirida. Em outras palavras, segue a Autoridade Fiscal, resta evidenciado que não houve confusão patrimonial entre as empresas adquirentes (Banco Itauleasing e Banco Itaucard) e o investimento adquirido (57% do patrimônio da Redecard), requisito essencial para legitimizar a amortização fiscal do ágio nascido na operação;

2.5. Cita a Autoridade Fiscal o item “10” da resposta de e-fls. 127/134, que descreve novamente os passos supramencionados, para, após, ressaltar que, conforme resposta de e-fls. 217/222 (item “05”), a própria empresa reconhece que os recursos utilizados na compra das ações da Redecard originaram-se do aumento de capital social realizado na Banestado em 26/09/2012, ocasião em que tal capital social passou de R\$ 459.788.925,30 para R\$ 13.027.352.883,50, com a emissão de 7.663.148.755 novas cotas pelo valor de R\$ 1,632892808173 por cota;

2.6. Ou seja, reconhecem que os recursos para aquisição das ações da Redecard foram fornecidos pelas sócias da Banestado, sendo R\$ 54.463.468,20 integralizados através de capitalização de lucros apurados no período de 2012 e R\$ 12.513.100.490,00 a serem aportados pelos então sócios da Banestado (alteração encaminhada, arquivada às e-fls. 304/310). Tal aporte se deu através de integralizações ocorridas em 26/09/2012, no valor de R\$ 11.205.500.000,00 (conforme reprodução de extratos bancários no mesmo item “05” da resposta de e-fls. 217/222) e diversas outras ocorridas entre 17/10/2012 e 17/12/2012, totalizando o montante residual R\$ 1.307.600.490,00, consoante item “04” de resposta de e-fls. 336/341, aqui inclusa integralização de R\$ 99.633.490,00 realizada pelos sócios com haveres relativos a distribuição de dividendos deliberada em 31/08/2010 e ainda não pagos;

2.7. Ressalta, por fim, quanto ao aumento de capital ocorrido na Banestado, que, devido ao percentual de participação pouco significativo dos demais sócios (Itaú Unibanco S/A, CNPJ 60.701.190/0001-04 e Intrag Participações Ltda., CNPJ 52.637.139/0001-44) no capital social da Banestado, os quais somados, representavam apenas 0,084%, pode-se dizer que o aporte por eles realizado, de pouco menos de R\$ 10,5 milhões, tem pouca relevância considerando a magnitude da operação, que totalizou uma injeção de cerca de R\$ 12,5 bilhões na empresa. Por outro lado, o aporte realizado pelos sócios Banco Itauleasing e Banco Itaucard, no total de R\$ 12.502.644.915,69, foi determinante para a realização da operação, do que se pode afirmar que foram estes os reais financiadores da aquisição das ações da Redecard em circulação no mercado. Em outras palavras, analisando-se o fluxo financeiro da operação constata-se

claramente que as empresas Banco Itauleasing e Banco Itaucard foram as reais adquirentes da operação;

2.8. Passa a discorrer, então, sobre a aquisição das ações de Redecard, realizada pela Banestado através de OPA após o aumento capital descrito nos itens “2.5” a “2.7”, supra. Observa que, em 24/09/2012, data de fechamento OPA, a Banestado não possuía o capital necessário para efetuar o pagamento aos alienantes das ações da Redecard. Questionada sobre a origem do valor de cerca de R\$ 1 bilhão não coberto pelo aumento de capital realizado pelos sócios da Banestado, uma vez que as compras das ações da Redecard totalizaram mais de R\$ 13,5 bilhões e o aporte de capital dos sócios da Banestado foi de cerca R\$ 12,5 bilhões, a Fiscalizada informou, em resposta de e-fls. 336/341, que, em setembro de 2012, a Banestado possuía saldo de R\$ 1.256.908.014,00 em cotas de fundos de investimentos, tendo se originado o complemento de recursos para aquisição das ações da Redecard de resgates realizados em 27/09/2012;

2.9. Em 26/09/2012, dois dias depois do fechamento da OPA e um dia antes da liquidação da operação, a Banestado recebe de seus sócios o montante de R\$ 11.205.500.000,00 por meio de integralização do capital social, valor este suficiente para cobrir os R\$ 10.469.230.088,82 que seriam liquidados no dia seguinte. As demais integralizações, nos meses de outubro, novembro e dezembro, foram dando cobertura financeira para as demais aquisições, que ocorreram também nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2012, totalizando R\$ 13.588.410.401,85, tendo sido simultaneamente contabilizado, ao final das integralizações, um valor de ágio no total de R\$ 12.503.733.594,17, consoante razão anexado às e-fls. 1053/1059.

2.10. Passa a discorrer, então, acerca da incorporação da Banestado pela Redecard, ocorrida em 17/12/2012 e onde foram canceladas, assim, todas as ações da Banestado e, em substituição, foram emitidas igual número de ações para a Redecard. Foi desta forma transportado da Banestado para a Redecard o ágio de R\$ 12.503.733.594,17 oriundo da aquisição das ações da própria Redecard que estavam em circulação em 2012, conforme lançamentos efetuados no razão de Banestado, de e-fls. 1043/1052 (conta de valor patrimonial das ações adquiridas) e e-fls. 1053/1059 (conta de ágio), tendo como contrapartida, em Redecard, quando da incorporação, a conta de Reserva Especial de Ágio, constituída nos termos do art. 6º, inc. III e § 1º da Instrução CVM nº 319, de 1999, conforme consta no item “3.4” do Protocolo e Justificação de Incorporação;

2.11. Em seguida à incorporação, foi reduzido o valor do ágio por expectativa de rentabilidade futura para R\$ 12.430.652.093,26, devido à realocação de parte dos valores do ágio então existente à mais valia de Softwares e Marcas e Patentes detidas pela Redecard, conforme item “05” de resposta de e-fls. 127/134. Este último, assim, é o montante de interesse, constante de que passou a Autuada a amortizar a partir de 2013, conforme detalhadamente descrito a seguir;

2.12. A partir de janeiro de 2013, a Fiscalizada passou a amortizar a parcela do ágio referente à expectativa de rentabilidade futura à razão de um setenta e dois avos por mês, o que corresponde ao valor mensal de R\$ 172.647.945,74, no decorrer de seis anos (de janeiro de 2013 a dezembro de 2018), totalizando R\$ 2.071.775.348,88 anuais, e R\$ 12.430.652.093,28 ao final do período, consoante resposta de e-fls. 127/134 – vide também quadro de e-fls. 213 e DREs de e-fls. 198/202;

2.13. Note-se que, embora neutralizada contabilmente quando da transformação do padrão de demonstrações financeiras, de Brazilian GAAPs para IFRS (vide razão de e-fls. 543/559), foi realizada posteriormente, pela Autuada, exclusão trimestral para fins tributários no valor de R\$ 517.943.837,22 (correspondentes, assim, a 3 meses de amortização do ágio) no ano de 2013 e exclusão anual de R\$ 2.071.775.348,88 para os anos calendário de 2014 e 2015, quando da apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL (vide DIPJ 2013, de e-fls. 616/703 – em especial e-fls. 661/666, LALUR 2014 e 2015, de e-fls. 704/705 e LACS de e-fls. 1027/1028, retirados da ECF da Autuada).

2.14. Quanto à pequena divergência entre o valor excluído em 2015 no LALUR e no LACS (R\$ 2.073.704.268, 35) e o montante que se obteria pelo cômputo do total anual da exclusão mensal acima mencionada (R\$ 2.071.775.348,88), a Autuada esclareceu que o valor excedente corresponde a exclusões de outras naturezas que não têm relação com o ágio (R\$ 1.500.862,61 - Ajuste a Mercado, R\$ 1.500,00 - Despesas Alimentação e R\$ 426.556,86 - Prov. Desv. Inv. Perm. Ações).

2.15. Diante deste cenário, passa a Autoridade Lançadora a reportar as justificativas da empresa e, a seguir, a fundamentação da Fiscalização para a imputação da infração apurada, optando-se aqui por transcrever os excertos mais relevantes TVF de e-fls. 1080/1094, onde a discussão é travada:

“(…)

*Por meio do Termo de Intimação nº 04, de 14/08/2018, a fiscalizada foi intimada a esclarecer por que as empresas Banco Itauleasing S/A e Banco Itaucard S/A não adquiriram diretamente as ações da Redecard do mercado por meio da OPA, optando por aportar capital na Banestado e, em seguida, adquirir as ações em circulação por intermédio desta. Questionamos, ainda, se havia algum impeditivo normativo, societário ou econômico para que a transação fosse realizada diretamente pelas empresas citadas. Ambas as indagações foram respondidas de forma conjunta, nos seguintes termos:*

*‘Em atenção ao item 1 e 2, considerando que o Banco Itauleasing e o Banco Itaucard não se encontravam dentre as empresas que integravam o grupo de controle societário da Redecard S.A, e baseado na Instrução CVM 361/2002 no art. 3º, inciso IV, optou-se por definir a empresa Banestado Part S.A, como sendo a empresa adquirente, a qual era a acionista que detinha a maior participação societária da Redecard S.A., sendo a empresa legalmente habilitada para participar da OPA e para adquirir as ações em circulação (grifo da DRJ).*

*A empresa foi ainda questionada a informar, considerando que o capital utilizado para viabilizar a compra das ações da Redecard foi proveniente das empresas Banco Itauleasing S/A e Banco Itaucard S/A, por que a Banestado foi incorporada pela Redecard e não pelas empresas mencionadas, bem como informar se havia algum impeditivo normativo, societário ou econômico para tanto, e informar as razões societárias para a incorporação, ao que a empresa respondeu nos seguintes termos:*

‘Em relação aos itens 3 e 4, cabem as considerações da resposta aos itens 1 e 2 acima, em face das quais não haveria sentido em o Banco Itauleasing S.A. e o Banco Itaucard S.A. incorporarem a Banestado Part. S.A. E, em relação ao item 5, esclarecemos que o objetivo do Conglomerado Itaú Unibanco, conforme ato societário de incorporação (DOC\_COMPROBATÓRIO\_ATO), era de simplificar a estrutura social do Conglomerado, com a conseqüente otimização de seus negócios, gerando ganhos de sinergia, redução de custos financeiros e operacionais, o que se deu com a extinção do Banestado, e se iniciou com fechamento de capital da Redecard, observando que os administradores das sociedades concluíram que a incorporação atenderia plenamente aos interesses sociais das companhias envolvidas e do Conglomerado Itaú Unibanco.’

Os mesmos questionamentos foram feitos diretamente às empresas Banco Itauleasing S/A e Banco Itaucard S/A, que apresentaram resposta quase idêntica, conforme abaixo reproduzido:

‘Em atenção ao item 4 a 6, considerando que o Banco Itauleasing não se encontrava entre as empresas que integravam o grupo de controle societário da Redecard S.A., e baseado na Instrução CVM 361/2002 no art. 3º, inciso IV, optou-se por definir a empresa Banestado PARTICIPAÇÕES, ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA. - CNPJ 75.049.098/0001-70, como a empresa adquirente, a qual era a acionista que detinha a maior participação societária da Redecard S.A. Dessa forma, havia sentido negocial-econômico para a Banestado PARTICIPAÇÕES, ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., ser a empresa adquirente das ações em circulação da Redecard S.A., e legalmente habilitada para participar da OPA e fazer a referida aquisição das ações em circulação.

‘Em atenção ao item 4 a 6, considerando que o Banco Itaucard não se encontrava entre as empresas que integravam o grupo de controle societário da Redecard S.A., e baseado na Instrução CVM 361/2002 no art. 3º, inciso IV, optou-se por definir a empresa Banestado PARTICIPAÇÕES, ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA. - CNPJ 75.049.098/0001-70, como a empresa adquirente, a qual era a acionista que detinha a maior participação societária da Redecard S.A. Dessa forma, havia sentido negocial-econômico para a Banestado PARTICIPAÇÕES, ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., ser a empresa adquirente das ações em circulação da Redecard S.A., e legalmente habilitada para participar da OPA e fazer a referida aquisição das ações em circulação.

Diante disso, não haveria por que o Banco Itaucard incorporar a Banestado PARTICIPAÇÕES, ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., e sim a Redecard S.A. incorporá-la’ (grifo da DRJ).

*Ademais, com o objetivo de verificar se o capital aportado na Banestado pelas empresas Banco Itauleasing S/A e Banco Itaucard S/A porventura teria sido fornecido por suas controladoras ITAU Unibanco S/A ou ITAU Unibanco HOLDING S/A, as empresas foram questionadas a informar a origem do*

numerário. Ambas as empresas apresentaram registros contábeis e bancários referentes a resgates de aplicações financeiras, do que se pode concluir que o capital aportado na Banestado de fato foi proveniente das empresas Banco Itauleasing S/A e Banco Itaucard S/A, ou seja, estas de fato pagaram pelas ações adquiridas no mercado e, conseqüentemente, pelo ágio surgido na aquisição.

Em relação às demais justificativas prestadas, há que se ressaltar que o controle societário da Redecard S/A era exercido pelo GRUPO Itaú, que detinha, em conjunto, 50,01% de suas ações, grupo este do qual as empresas Banco Itauleasing S/A e Banco Itaucard S/A faziam parte, controlando diretamente (com quase 100% de participação) a Banestado, na qual injetaram R\$ 12,5 bilhões para viabilizar a operação.

Ademais, é importante observar que o Grupo Itaú, nas respostas acima transcritas, reconhece que optou por DEFINIR a empresa Banestado como a empresa adquirente, ou seja, a atribuição do papel da Banestado como adquirente na operação foi uma OPÇÃO ESTRATÉGICA da empresa, estratégia esta que objetivou exclusivamente a obtenção de economia tributária, conforme será comprovado no decorrer do presente relatório.

Afinal, Banco Itauleasing S/A e o Banco Itaucard S/A pagaram pela aquisição das ações da Redecard S/A, foram estes os reais adquirentes, mas optou-se estrategicamente por transferir os recursos da transação para outra empresa, a Banestado, de forma que esta os entregasse para os alienantes e figurasse 'no papel' como adquirente.

É evidente que as empresas têm total liberdade para tomar decisões estratégicas e negociais, realizar reestruturações, incorporações, aquisições e alienações e não cabe ao Fisco questioná-las sob a ótica empresarial. No entanto, há que se ter em mente que estas decisões têm reflexos tributários, e são estes reflexos que entram no escopo da auditoria fiscal, sobretudo quando os atos negociais que os originaram são formalizados com o fito de dar aparência diversa do que na essência ocorreu, a fim de forçosamente enquadrar-se em uma hipótese legal que não se adéqua a realidade dos atos praticados.

A única hipótese prevista em lei para utilização fiscal antecipada do ágio por expectativa de rentabilidade futura é quando há confusão patrimonial entre a empresa que efetivamente adquiriu o investimento com sobrepreço e o próprio investimento adquirido, ou seja, adquirente e adquirido tornam-se um só. Tal confusão ocorreria caso Redecard S/A tivesse sido incorporada por Banco Itauleasing S/A e Banco Itaucard S/A ou vice-versa, o que não ocorreu.

Em realidade, o que o Grupo Itaú fez foi transferir recursos para uma empresa que já se tinha intenção de extinguir (Banestado), 'fazendo de conta' que esta era adquirente do bem transacionado. Assim, o ágio foi lá contabilizado e, em seguida, transferido para a própria empresa cujas ações foram adquiridas com sobrepreço por meio da incorporação. Ao final, as reais adquirentes e a adquirida continuam existindo como empresas distintas e o ágio é indevidamente amortizado na própria empresa que deu causa ao seu surgimento.

#### **4 - Da Infração Apurada**

##### **4.1 - Da Indedutibilidade dos Encargos de Amortização do Ágio**

*Levando-se em conta os fatos anteriormente narrados e relacionados às operações societárias empreendidas, às quais culminaram na incorporação da empresa Banestado PARTICIPAÇÕES, ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA pela fiscalizada (Redecard S/A), há que se concluir pela ilicitude da redução do lucro real e da base de cálculo da CSLL desta, por meio da dedução dos encargos de amortização do ágio, como a seguir demonstrado.*

*Preliminarmente, impende examinar os diplomas legais que dispõem acerca de tal tipo de dedução, bem como analisar se os fatos em comento se subsumem às normas por eles definidas.*

*O investimento em aquisições de ações de outras empresas, com ágio ou deságio, tem o seu tratamento contábil disciplinado na Lei nº 6.404/1976 e o seu tratamento fiscal regulado nos artigos 384 a 391, e 426, do RIR/99, bem como nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.*

*O ágio, como preço adicional, surge em aquisições de participações societárias por um montante superior ao valor contábil retratado nas demonstrações financeiras das sociedades investidas, e seu registro na contabilidade da investidora decorre do desdobramento desse custo de aquisição conforme previsto no artigo 385 do RIR/99, com base legal no artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977:*

*(...)*

*Em virtude do registro do investimento pelo valor contábil, tendo por base o patrimônio líquido da investida, ou adquirida, o ágio se apresenta como a parte adicional, mensurada como a diferença positiva entre o custo de aquisição e o valor contábil, e pode ser entendido como a parcela do custo de aquisição que corresponde ao direito de participar em valores que não se acham registrados na escrituração da investida.*

*Trata-se, portanto, de um desembolso adicional que se soma ao valor contábil do investimento adquirido, vinculado à perspectiva de obtenção de receitas futuras, razão pela qual se justifica sua dedução contábil futura, como despesa necessária à expansão das atividades e da capacidade lucrativa da empresa investidora.*

*Sob a ótica contábil e societária, o mecanismo de amortização do ágio pago com o fundamento econômico de perspectiva de rentabilidade futura, na apuração de resultado da investidora, assume a função de neutralizar as receitas de equivalência patrimonial decorrentes da rentabilidade realizada na investida, impedindo assim que a investidora reconheça ganhos inexistentes.*

*A realização da rentabilidade da investida (reconhecida nos resultados da investidora pelo método da equivalência patrimonial) não constitui, pois, lucro da*

*investidora até o montante do ágio pago, posto que, sob a perspectiva desta, tal ágio representa um pagamento previamente realizado pela rentabilidade vindoura da investida, de modo que não há lucro a reconhecer na investidora enquanto ocorrer a mera recuperação do ágio pago.*

*Até o montante do ágio, portanto, o reflexo na investidora da realização da rentabilidade da investida não se caracteriza como lucro, mas tão somente como a recomposição do capital previamente investido. Assim, esse processo de 'neutralização' perdura até que o ágio tenha sido integralmente amortizado, a partir de quando os reflexos dos resultados positivos da investida efetivamente aumentarão o patrimônio da investidora, a qual não pagou anteriormente por essa 'parcela excedente' da lucratividade da investida.*

*(...)*

*Sob a ótica fiscal, a legislação que rege a matéria, via de regra, veda os efeitos fiscais das contrapartidas da amortização desse ágio ou deságio, exigindo o seu controle em livro fiscal, para permitir o seu cômputo na composição do custo de aquisição para efeitos de apuração do ganho ou perda de capital, no momento da alienação ou liquidação do investimento, em perfeita harmonia com os ensinamentos acima transcritos.*

*De sorte que, no plano tributário, enquanto não houver a alienação ou liquidação do investimento adquirido, todo ágio ou deságio contabilmente amortizado deve ter seus efeitos fiscais anulados perante o IRPJ e a CSLL, adicionando-se o ágio ou excluindo-se o deságio, mantendo o controle desses valores em livros fiscais próprios para seu futuro aproveitamento, conforme prescreve o artigo 391, combinado com o artigo 426, do RIR/99.*

*Vale observar, entretanto, que nem sempre será possível a recuperação fiscal do ágio por meio de seu cômputo no custo de aquisição do investimento e consequente utilização na determinação de eventual ganho de capital, ou seja, há situações em que o ágio pago não pode ser recuperado por meio da alienação do investimento.*

*É o que ocorre nos casos de extinção de sociedade investida, por força de sua incorporação pela investidora que originalmente a adquiriu com pagamento de ágio, situação em que ocorre o fenômeno da confluência, em um mesmo patrimônio, tanto do ágio pago quanto do investimento que lhe deu causa. Note-se que a incorporação, neste caso, provoca a extinção da personalidade jurídica e, consequentemente, das 'balizas' que isolavam os itens patrimoniais de uma pessoa jurídica (investida ou incorporada) da outra (investidora ou incorporadora), de modo que a investidora passa a se confundir com seu investimento, situação conhecida como 'confusão patrimonial'.*

*Nesta situação particular de extinção da empresa investida, por incorporação pela investidora original, não mais subsiste a possibilidade de sua alienação, impossibilitando a recuperação fiscal do ágio por meio de seu cômputo no custo de aquisição do investimento que não mais existe, em face dos itens patrimoniais*

*da investida se fundirem e se ‘confundirem’ com os da própria incorporadora, como resultado do evento.*

*O artigo 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77, por não trazer um disciplinamento próprio para as situações como as ora descritas, ensejava o aproveitamento imediato de parte, ou até integralmente, do ágio, a depender das características das operações engendradas, como perda de capital no momento da extinção do investimento, conforme já reconhecia o Parecer Normativo CST nº 51/79.*

*Por conta disso, a Lei nº 9.532/97, em seus artigos 7º e 8º, introduziu regramentos específicos que passaram a disciplinar os efeitos fiscais atinentes ao ágio antes contabilizado em sociedade investidora decorrente da aquisição de uma participação societária, quando aquela absorve o patrimônio da investida (ou vice-versa) por força de incorporação, fusão ou cisão, de forma a assegurar a recuperabilidade do ágio sem, no entanto, permitir o seu aproveitamento ilícito, nos casos de manobras societárias arquitetadas para gerar ágio de forma artificiosa.*

*Nesse contexto, fica evidente que os mencionados dispositivos da Lei nº 9.532/97 não instituíram benefício fiscal algum em proveito de investidores que adquirem participações societárias com ágio. A própria Exposição de Motivos nº 644/MF, que diz respeito à Medida Provisória nº 1.602 (posteriormente convertida na Lei nº 9.532/97), já bem evidenciava seu escopo (ressaltando que o artigo 8º da aludida Medida Provisória foi desmembrado nos artigos 7º e 8º da então convertida Lei nº 9.532/97): [...]*

*Conforme se depreende da exposição de motivos ora transcrito, trata-se de disciplinamentos legais instituídos com o intuito de coibir os abusos que se cometiam por meio das mencionadas reestruturações societárias, que consistiam numa empresa lucrativa adquirir uma outra empresa deficitária com pagamento de ágio, para, ao final, mediante incorporação da empresa lucrativa pela deficitária, considerar o ágio como imediata perda de capital, uma vez que teria ocorrido a extinção do investimento, gerando assim ganhos de natureza exclusivamente tributária.*

*Portanto, longe de instituir um benefício fiscal, a Lei nº 9.532/1997 veio, na realidade, estabelecer novo tratamento fiscal para o ágio na aquisição de investimento em outras empresas, de forma a, considerando a sua fundamentação econômica, somente permitir a apuração da perda ou ganho de capital para os casos de extinção do investimento por incorporação, fusão ou cisão das sociedades, não no momento do evento, mas sim, uma vez registrado contabilmente, num prazo de amortização não inferior a 60 meses.*

*É o que diz o artigo 386 do RIR/99, com base legal nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e com as alterações dadas pelos artigos 10 e 11 da Lei nº 9.718/1997:*

*(...)*

*Como se depreende da leitura do dispositivo regulamentar acima, a permissão legal para que a empresa resultante da reorganização societária de incorporação, fusão ou cisão, em que houver investimento de uma em outra, adquirido com ágio, possa apropriar a amortização desse ágio como despesa dedutível, impõe a absorção do patrimônio da incorporada, fusionada ou cindida; pois que, de outra forma (permanecendo a existir o investimento), não se caracteriza a situação prevista na norma, que é exatamente o de estabelecer uma regra de tributação para quando acontece a ‘confusão patrimonial do investimento’, ou seja, o ágio pago pela investidora na aquisição das ações da investida resta desacompanhado de sua origem (conta de investimento).*

*Isto porque enquanto não se verificar a necessária ‘confusão patrimonial’, a participação societária na investida permanece, juntamente com o ágio pago na sua aquisição, contabilizada no ativo permanente da investidora, e sendo assim restará sempre a possibilidade de se valer da regra geral da recuperação do ágio por meio da alienação do investimento, momento em que esse ágio comporá o custo de aquisição na apuração do ganho de capital.*

*Tendo isso em conta, a Lei nº 9.532/97 colocou como requisito à dedutibilidade fiscal da amortização do ágio a ocorrência da extinção por incorporação da participação da investida pela investidora que efetivamente pagou pelo ágio (ou vice-versa), por serem as hipóteses que provocam a aludida ‘confusão patrimonial’, situação em que o investimento (ou a investidora) deixa de existir, impossibilitando a sua alienação, de modo a limitar a recuperação do ágio à dedutibilidade fiscal de sua amortização.*

*Em outras palavras, aludida matriz legal permite um único aproveitamento fiscal do ágio pago: ou pela regra geral da integração do ágio ao custo da aquisição para apuração do ganho de capital, quando da alienação do investimento, ou, subsidiariamente - na impossibilidade da alienação do investimento pela ocorrência do fenômeno da ‘confusão patrimonial’ -, pela apropriação dos encargos de amortização nos limites e prazos preceituados na lei.*

*Em se admitindo a dedutibilidade fiscal da amortização do ágio prevista na Lei nº 9.532/97, sem o atendimento a tal cogente condição, abrir-se-ia ensejo a uma possível e indevida dupla recuperação fiscal desse ágio: quando das reduções das bases tributáveis decorrentes das apropriações dos encargos de amortização do ágio (regra subsidiária) e na eventualidade de ocorrer a alienação do investimento, momento em que o ágio é computado no custo de aquisição desse investimento para fins de apuração do ganho de capital (regra geral).*

*Ademais, a absorção do patrimônio da investida pela investidora que efetivamente pagou pelo ágio (ou vice-versa) como requisito essencial à dedutibilidade dos encargos de amortização desse ágio, previsto no aludido art. 386 do RIR/99, se justifica, sobretudo, em virtude do papel de compensação que o ágio exerce com relação às receitas de equivalência patrimonial reconhecidas na investidora como reflexo da rentabilidade materializada na sociedade investida.*

*Ocorrendo a aludida absorção, pois, os dois patrimônios se fundem e se 'confundem', de modo que a receita de equivalência patrimonial deixa de existir, até porque o lucro do qual essa receita era reflexo passou a integrar o lucro de um patrimônio que agora é único. Portanto, por conta dessa 'confusão patrimonial', desaparece a natureza compensatória da despesa de amortização pela cessação das receitas de equivalência patrimonial, o que levou o legislador a entender que aludida despesa deveria tornar-se dedutível a partir da ocorrência desse fenômeno.*

*O atendimento ao requisito legal da 'confusão patrimonial' representa, na verdade, apenas o 'deslocamento' da aplicação da regra geral da integração do ágio ao custo da aquisição para apuração do ganho de capital (art. 391, c/c art. 426 do RIR/99), quando da alienação do investimento, para a regra subsidiária do aproveitamento fiscal dos encargos de amortização apropriados mensalmente, dentro dos limites e prazos legais (arts. 385 e 386 do RIR/99).*

*Portanto, o objetivo da Lei nº 9.532/97 foi o de permitir o aproveitamento fiscal do ágio - uma única vez -, por uma regra ou outra, e assegurar que o real adquirente pudesse recuperar o capital investido, e não o de instituir novo favor fiscal, consistente no duplo aproveitamento do ágio.*

*Vale lembrar que, no caso em apreço, ao final da relatada sequência de eventos societários, a situação organizacional era exatamente igual àquela que se apresentava inicialmente. Não se verificou a requerida unificação patrimonial: Redecard S/A continuou existindo e registrada como investimento de suas investidoras do GRUPO ITAU. ITAULEASING S/A e ITAUCARD S/A, reais adquirentes das ações transacionadas, obviamente também não deixaram de existir. Apenas se projetou em sua controlada Banestado o ágio pago na aquisição das ações da Redecard para, em seguida, transferi-lo para a própria Redecard por meio de incorporação.*

*Houve, na realidade, apenas uma torpe tentativa de se ajustar à letra da lei, sem que restassem atendidos os requisitos intrínsecos do permissivo legal, o qual condiciona a dedutibilidade fiscal da amortização do ágio à extinção por incorporação, fusão ou cisão da participação da investida pela investidora que efetivamente pagou pelo ágio (ou vice-versa).*

*De forma alguma as disposições do artigo 386 do RIR/99 transformaram o potencial direito à dedução dessa despesa em um 'título' transferível a quem o seu detentor desejasse. A replicação do ágio em pessoa diversa daquela que efetivamente suportou o seu pagamento, assim entendida aquela situação em que não se verifica a necessária 'confusão patrimonial', não autoriza a dedutibilidade da despesa com a sua amortização, visto que, além de não atender às condições estabelecidas na legislação vigente, a amortização contábil desse ágio 'projetado' afronta ainda os princípios contábeis da Entidade e do Confronto das Despesas com as Receitas.*

*A prevalecer a interpretação do sujeito passivo, reputar-se-ia letra morta, ou pelo menos relegaria a sua aplicação a situações excepcionálíssimas, as disposições*

do art. 391, c/c art. 426, todos do RIR/99, os quais vedam o aproveitamento fiscal dos encargos de amortização do ágio, exceto no momento da alienação ou liquidação do investimento adquirido com ágio (regra geral).

Bastaria, pois, a qualquer momento, formatar operações de aumento de capital em qualquer 'empresa de prateleira', mediante conferência do investimento adquirido com ágio, seguido de incorporação dessa 'carcaça jurídica' pela empresa investida, para assim projetar esse ágio pago pela investidora para dentro da própria empresa investida que deu causa ao seu surgimento, o qual passaria a ser amortizado, não na investidora, mas na investida, sob a pretensa ocorrência da hipótese prevista no art. 386, inciso III, do RIR/99 (regra subsidiária), para assim se esquivar facilmente da vedação ao aproveitamento fiscal do ágio ora referido (regra geral).

Ora, o direito ao aproveitamento fiscal dos encargos de amortização do ágio surge da subsunção de situações fáticas a hipóteses previstas na legislação vigente, diga-se alienação ou liquidação do investimento adquirido com ágio (regra geral do art. 391, c/c art. 426 do RIR/99) ou extinção por incorporação da participação da investida pela investidora que efetivamente pagou pelo ágio (ou vice-versa), com a ocorrência da 'confusão patrimonial' (regra subsidiária dos arts. 385 e 386 do RIR/99), e não da mera conveniência do contribuinte, mediante formatação de operações artificiosas como o do exemplo singelamente descrito acima, no momento que lhe aprouver.

Evidentemente, não se trata a necessária 'confusão patrimonial' de inovação à lei cometida pelo Fisco, como muito se alega, mas de condição legal para o aproveitamento fiscal do ágio, sem a qual restaria esvaziada a força normativa do art. 391, c/c art. 426, todos do RIR/99, bem como distorcida a aplicação da regra subsidiária dos arts. 385 e 386 do RIR/99.

Diversamente, entender que a extinção por incorporação do investimento pela investidora que efetivamente pagou pelo ágio (ou vice-versa) é desnecessária para a aplicação da regra subsidiária do aproveitamento fiscal dos encargos de amortização apropriados mensalmente, de que trata os arts. 385 e 386 do RIR/99, daria ensejo a toda sorte de engenharia societária abusiva, resultando em 'projeções' de ágios gerados em quaisquer empresas para quaisquer outras empresas e aproveitamentos indevidos, nos momentos e à conveniência dos contribuintes.

Ademais, a verificação da correta aplicação da legislação tributária, no tocante à apuração do Lucro Real, passa necessariamente por duas etapas: primeiro, investigar a apuração contábil do lucro líquido, validando-o tão somente se a escrituração com base na qual foi apurado atender os requisitos previstos no art. 177 da Lei 6.404/76, dentre eles, a obediência aos princípios da ciência contábil; e, segundo, verificar os ajustes feitos com base na legislação fiscal.

O parágrafo 1º do artigo 247 do RIR/99 explicita com muita propriedade tal entendimento: [...]

*A amortização contábil do ágio deve observar a realização daquilo que fundamentou o ágio, em consonância, pois, com o princípio contábil do Confronto das Despesas com as Receitas (Deliberação CVM nº 29, de 05/02/86), segundo o qual deve-se registrar uma despesa no momento em que se reconhece uma receita, tendo em vista que a despesa é o sacrifício realizado para a obtenção de uma receita.*

*Assim, se de um lado temos as receitas de equivalência patrimonial auferidas pela investidora em decorrência dos lucros da investida (confirmando total ou parcialmente a expectativa de resultados futuros), temos, de outro, as despesas de amortização na contabilidade da investidora, proporcional ao valor adicional antecipadamente pago pela investidora sob a forma de ágio.*

*Adicionalmente, o também já referido princípio contábil da Entidade (Deliberação CVM nº 29, de 05/02/86) estabelece que o patrimônio da empresa não se confunde com o dos sócios ou proprietários. Nesse sentido, o patrimônio (entendido como o conjunto de ativos e passivos) pertencente à sócia (no caso, sócia pessoa jurídica ou empresa investidora) não se confunde com o patrimônio da empresa investida, de modo que é descabida a transferência gratuita e imotivada de um ativo de uma entidade à outra, principalmente por se tratar de ágio, com potencial de gerar despesas dedutíveis, como se os ativos e passivos pertencessem ao grupo econômico, e não a entidades autônomas.*

*No caso concreto, o ágio gerado na Banestado decorrente da aquisição das ações da Redecard, registrado na contabilidade da própria Redecard ao final da sequência de eventos societários, está em absoluta dissonância em relação aos princípios contábeis. Desse irremediável desacerto decorre o registro das despesas de amortização de ágio na pessoa jurídica errada, enquanto o contabilmente esperado é que tal despesa de amortização seja registrada na apuração do resultado das investidoras ITAULEASING e ITAUCARD, pois tal despesa de ágio contribuiu (efetiva ou potencialmente) para o lucro auferido pelas investidoras, por meio do resultado de equivalência patrimonial. O lucro da investida Redecard não é maior nem menor em razão do ágio pago quando de sua aquisição. O lucro das investidoras, sim, na medida em que os resultados futuros previstos se concretizarem.*

*Aquela despesa de amortização de ágio lançada na contabilidade da investida não possui nenhuma relação de causalidade, nem efetiva, nem potencial, com o lucro da investida, não contribuiu nem poderia ter contribuído para seu resultado. Portanto, tal despesa não passa pela primeira etapa anteriormente citada (validação da escrituração contábil), sendo, portanto, uma despesa inexistente e, se existente fosse, desnecessária do ponto de vista da empresa investida.*

*As despesas de amortização de ágio poderiam ser consideradas necessárias à atividade da empresa se e somente se a referida empresa fosse a investidora/controladora. Nesse caso, faz sentido a assertiva, uma vez que o pagamento do ágio fundamentado em expectativa de resultados futuros relaciona-*

*se com o lucro obtido pela investidora, à medida que a investida alcance os lucros estimados quando de sua aquisição.*

*Assim, pela legislação pertinente, quando não se verifica a incorporação da investida pela investidora, ou vice-versa, as despesas de amortização de ágio deveriam estar registradas nos demonstrativos contábeis das investidoras e controladas na Parte B do seu LALUR, para futura dedução fiscal, se e quando efetivamente fossem praticados os atos societários previstos na legislação tributária (cisão, fusão, incorporação, alienação da investida).*

*Não obstante o tema 'ágio na avaliação de investimentos' seja abordado pela legislação tributária, não é possível desprezar os princípios e normas da ciência contábil, bem como os efeitos contábeis que o ágio (e sua amortização) devem produzir na apuração do lucro líquido, em conformidade com tais princípios e normas, uma vez que essa é a base primeira da apuração.*

*Descabido afastar tais considerações sob o argumento de que o tema é tratado de forma exclusiva pela legislação tributária. A ordem é inversa: devem ser observados os fundamentos contábeis e, em seguida, proceder aos ajustes conforme os comandos legais tributários, quando for o caso.*

*Portanto, o direito à dedutibilidade da amortização do ágio, nos termos da Lei nº 9.532/97, não pode ser simplesmente transferido de uma sociedade a outra. A mera projeção do ágio das investidoras originais para ser amortizada numa outra sociedade qualquer, sem que ocorra a necessária confusão patrimonial, além de não atender a nenhuma das regras de dedutibilidade, geram lançamentos contábeis que conflitam com os princípios contábeis da Entidade e do Confronto das Despesas com as Receitas, o que só vem a reafirmar a inadmissibilidade do aproveitamento fiscal desses encargos de amortização.*

#### **4.2 - Do Aproveitamento Indevido por Empresa Diversa**

*Flagrante que, após a realização de todas as etapas da negociação e da reorganização societária, a fiscalizada, Redecard S/A permaneceu submetida ao controle do GRUPO Itaú, por meio das empresas Banco Itauleasing S/A e Banco Itaucard S/A (que pagaram o investimento e o ágio no momento da aquisição das ações detidas pelos diversos acionistas no mercado).*

*Em outras palavras, enquanto Banco Itauleasing S/A e Banco Itaucard S/A suportaram o ágio, quem efetivamente o aproveitou sob o ângulo fiscal, foi a Redecard S/A, sua controlada, empresa cujas próprias ações foram objeto da alienação com sobrepreço.*

*No cenário claramente estampado e incontroverso independentemente de maiores digressões de cunho jurídico ou societário, é indesmentível que o ágio surgido em função da compra das ações da Redecard detidas pelo mercado foi suportado por Banco Itauleasing e Banco Itaucard, que dele poderiam fazer uso para fins fiscais. Não a fiscalizada, Redecard.*

*E, indaga-se: por que o ágio, assumido por ITAULEASING e ITAUCARD passou a ser utilizado por terceiro, no caso a própria Redecard?*

*Justamente em razão da incontestada engenharia societária levada a efeito prévia e concomitantemente à realização da Oferta Pública de Ações da Redecard, com o aporte de capital realizado à véspera da liquidação da OPA, fazendo com que a Banestado figurasse fictamente como adquirente e o ágio de titularidade de quem efetivamente por ele pagou (ITAULEASING e ITAUCARD) passasse a ser usufruído pela Redecard três meses depois, com a incorporação da Banestado pela Redecard.*

*(...)*

*Em resumo, quem efetivamente poderia amortizar o ágio, ITAULEASING e ITAUCARD, preferiu não fazê-lo, seja lá pelo motivo que foi, provavelmente pela falta de interesse do Grupo Itaú em incorporar a empresa cujas ações foram objeto da aquisição com ágio (Redecard); em outra banda, quem, realmente o utilizou - Redecard não poderia tê-lo feito.*

*(...)*

*De fato, a operação engendrada não pode ser tomada esparsamente, mas, como um todo e, neste contexto, indubitável, que quem pagou pelo ágio não o aproveitou fiscalmente e quem não pagou, acabou indevidamente por fazê-lo. Não se olvide que a aquisição de um investimento, assim como de qualquer bem ou direito, deve sempre importar o dispêndio de um gasto (econômico ou patrimonial) pelo adquirente e o respectivo ganho (também econômico ou patrimonial) auferido pelo alienante. Sem essa troca de riquezas e da titularidade do investimento, não há que se falar em aquisição, e, como consequência, no surgimento de ágio ou deságio.*

*Ora, indubitável: a Banestado não pagou pelo investimento e pelo ágio. Fica claro, pois, que seu papel resumiu-se em servir de instrumento para transferir o ágio primeiramente contabilizado por ela para a Redecard que dele indevidamente se beneficiou (art. 386, III, RIR/99), valendo lembrar que, caso o ágio fosse contabilizado nas empresas Banco Itauleasing e Banco Itaucard não haveria previsão legal para a sua dedução, o patrimônio delas não se confundiu (por cisão, fusão ou incorporação) com o patrimônio da Redecard.*

*Portanto, a utilização da via indireta (aporte de capital para transferir a titularidade da aquisição) teve como único objetivo contornar a restrição da legislação tributária para operacionalizar a amortização do ágio que originalmente seria registrado na companhia que realizou o investimento, buscando, assim, os benefícios fiscais de se pagar menos tributos.*

*Ressalte-se, mais uma vez que, para se aceitar seja o ágio dedutível, mais que comprovada a aquisição de uma empresa por outra, é necessária a confusão patrimonial e a perda do investimento adquirido.*

*Em outro dizer, é imprescindível que a 'mais valia' contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participa da confusão patrimonial. O real investidor, portanto, deve se confundir com o seu investimento. Em outras palavras, no caso de uma incorporação, para que o ágio registrado possa ter a sua amortização deduzida nos termos do artigo 386 do RIR/99, deve a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento incorporar esse investimento, ou ser incorporada por ele. O ágio deve, portanto, ser de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participam da incorporação, fusão ou cisão societária.*

*Se assim não for, será impossível o ágio ir ao encontro com o investimento que lhe deu causa. Diga-se, para ter direito à amortização com efeitos fiscais, necessária a extinção do investimento adquirido com ágio. Ou seja, as reais adquirentes (ITAULEASING S/A e ITAUCARD S/A) deveriam incorporar ou serem incorporadas pela investida (Redecard S/A), a teor dos artigos 385 e 386, do RIR/1999. Esse evento - crucial, nevrálgico e indispensável - simplesmente inexistiu.*

*(...)*

*Não faz qualquer sentido societário ou econômico (exceto aferir vantagem tributária indevida) a utilização de uma empresa com o propósito de aumento de capital para, em seguida, apenas três meses depois, a mesma ser extinta por meio de incorporação. Resta claro que o propósito das operações foi exclusivamente tributário, para gerar uma despesa dedutível na própria empresa adquirida com ágio (Redecard). Ademais, o simples fato de ter se prestado ao papel descrito a caracteriza como empresa veículo, tendo a Banestado a função na 'condução' do ágio entre empresas ligadas de forma a permitir sua apropriação como despesa dedutível.*

*(...)*

#### **6 - Da Qualificação da Multa de Ofício**

*Em face do lançamento de ofício do IRPJ e da CSLL acima 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, dada pela Lei nº 11.488/2007, assim dispõe:*

*(...)*

*Pode-se concluir que as definições de sonegação e fraude que dão suporte à qualificação da multa implicam ações tendentes a provocar a emissão de um juízo errôneo por parte da autoridade fiscal quando diante da amortização do ágio.*

*A princípio, ao se deparar com a amortização do ágio, a fiscalização está diante de um valor dedutível por força da previsão legal, já que, tanto o surgimento do ágio quanto a reestruturação societária são aceitos pelo ordenamento.*

*No entanto, existem circunstâncias que, como visto, permitem a glosa das despesas de amortização do ágio.*

*Nesse sentido, o contribuinte, ao formalizar seus registros contábeis e societários de forma a dar uma aparência de correção à indedutibilidade das despesas de amortização do ágio e à reestruturação societária sem propósito negocial, pretende induzir a fiscalização a avalizar uma operação que, nessas circunstâncias, é inoponível à Fazenda.*

*Observe-se que a esta fiscalização não cabe questionar as decisões gerenciais e nem mesmo desconstituir os atos praticados pelos particulares. Entretanto, embora formalmente válidos, os atos societários empreendidos pelo Grupo Itaú não apresentam propósito negocial e tiveram evidente objetivo de impedir a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, razão pela qual foram desconsiderados tributariamente.*

*A ausência de propósito negocial, no presente caso, está intimamente ligada à ocorrência da simulação engendrada. Como já descrito, as empresas Banco Itauleasing S/A e Banco Itaucard S/A adquiriram (de fato) as ações em circulação da Redecard. No entanto, formalmente, utilizaram sua controlada Banestado para figurar como adquirente 'ficta' na transação, utilizando-a como veículo para transportar indevidamente o ágio para dentro da própria empresa adquirida por meio de incorporação. À luz do novo Código Civil, tais atos não preenchem os requisitos de validade do negócio jurídico. Há 'vício' na causa do negócio, que é nulo por ser simulado, como previsto no art. 167 do novo Código Civil, de 2002:*

*(...)*

*A simulação (como definida pelo art. 167 do novo Código Civil) praticada no planejamento tributário do Grupo Itaú tem seus efeitos tributários estipulados pelo inciso VII do art. 149 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), que assim determina:*

*(...)*

*A competência dada ao Fisco pelo art. 149-VII do CTN, 'quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação', confere à autoridade administrativa a prerrogativa de efetuar o lançamento de ofício, lembrando que o Fisco está vinculado à realidade dos efeitos jurídicos dos negócios realizados pelas partes, mas não qualificação dada por elas aos seus atos negociais.*

*A operação engendrada pela fiscalizada, conforme já exposto, é legal apenas no seu aspecto formal, mas ilícita na medida em que objetivou unicamente reduzir a carga tributária a que estava sujeita. Pelo exposto, fica patente a caracterização do intuito fraudulento, justificando-se plenamente a aplicação da multa qualificada.*

2.16. Segue-se, então, fundamentação relatando que, uma vez que as despesas de amortização de ágio objeto de tributação foram mensalmente contabilizadas, houve redução no cálculo mensal de valores devidos a título de estimativa de IRPJ e CSLL, cabível assim, também, a exigência da multa prevista no inc. II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, informando finalmente a Autoridade Fiscal acerca de retificação do LALUR demandada junto à Autuada.

3. Irresignado, em 13/12/2018 (e-fls. 1180), o Contribuinte apresentou Impugnação (e-fls. 1183/1211), onde, em breve síntese, aduz o seguinte:

3.1. Ressalta que não houve questionamento nem do fundamento econômico do ágio nem dos valores contabilizados e nem das projeções financeiras que deram base à amortização do ágio, afirmando que a glosa perpetrada pela Autoridade Fiscal é ilegal e deve ser cancelada. Entende que, ainda que fosse indevida a amortização fiscal do ágio, é indubitosa a inexistência de simulação ou de intuito fraudulento, que pudesse permitir a qualificação da multa;

3.2. Ressalta que o único fato controvertido da lide seria a definição de quem seria o real adquirente do investimento na Redecard, tendo a Autoridade Autuante aduzido que os reais adquirentes do investimento na Redecard foram o Itauleasing e o Itaucard, por terem aumentado o capital da Banestado (que adquiriu o investimento na Redecard) e não terem sofrido aumento de capital em datas próximas à referida aquisição de investimento (pág. 22 do TVF);

3.3. Argumenta que a Autoridade Autuante não considerou que R\$ 2,3 bilhões do investimento na Redecard tenha sido adquirido pela Banestado (R\$ 13,5 bilhões - R\$ 11,2 bilhões), e nem mesmo que R\$ 1,25 bilhões do investimento na Redecard tenha sido adquirido pela Banestado (o saldo "em caixa" que a Banestado possuía), o que seria contra a lógica da própria autuação;

3.4. Cita o art. 31 da Lei nº 11.727, de 2008, para defender que inexiste diferença, para fins de caracterização de uma aquisição real e efetiva, entre a situação em que a sociedade aumenta seu capital antes da aquisição de investimento e aquela em que há captação de recursos de terceiros. Levanta a hipótese de que, caso o Itauleasing e o Itaucard tivessem sofrido aumento de capital em momento próximo ao da aquisição do investimento na Redecard, o Autuante teria concluído que os reais adquirentes seriam o Itaú Unibanco S/A (controladora do Itaucard e da Itauleasing) ou a Itaú Unibanco Holding S/A (controladora do Itaú Unibanco). Ainda, se a Itaú Unibanco Holding S/A tivesse sofrido aumento de capital, aduz que se concluiria que os reais adquirentes seriam as pessoas físicas acionistas desta última, o que considera absurdo;

3.5. Em linha com tal argumento, rechaça a evidência da integralização da maior parte do aumento de capital ter se dado um dia antes da liquidação financeira da participação societária adquirida, por inexistir qualquer fundamento lógico-jurídico ou econômico dos recursos serem mantidos parados na sociedade ou investidos em aplicação financeira até a liquidação;

3.6. Ressalta que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, são normas indutoras à confusão patrimonial entre a investida e a investidora, para se poder amortizar fiscalmente o ágio, sendo indiferente, para a norma legal, se a incorporação ou cisão é da investida pela investidora ou vice-versa. Cita trecho da fl. 33 do TVF onde, em seu entender, a Autoridade Fiscal acede ao fato de que se o Itauleasing e o Itaucard tivessem incorporado a Redecard ou esta tivesse incorporado aqueles (mesmo que por cisão daqueles, com versão só do investimento), três meses depois da aquisição do investimento, ou mesmo em menor tempo, não haveria

nenhum problema, tornando evidente que o pouco tempo decorrido entre a aquisição do investimento e a confusão patrimonial entre a investida e a investidora em nada infirma a aquisição, e, pois, a qualidade de adquirente (Banestado) – em seu entender, adquirente "original" - que sofreu a confusão patrimonial com a investida (Redecard). Passa a citar que a Fiscalização adotou entendimento diverso, contrário ao presente, em feito diverso (Processo 16327.721032/2014-11), ao rejeitar o cômputo do ágio em função da demora na referida confusão patrimonial;

3.7. Rejeita a hipótese da Autoridade Fiscal de dupla recuperação fiscal do ágio, uma vez que, com a confusão patrimonial entre a investidora (Banestado) e a investida (Redecard), o ágio pago pela investidora passou a ser fiscalmente amortizável. Jamais seria aproveitável no Itauleasing ou no Itaucard, por alienação do investimento resultante da confusão patrimonial, muito menos por outra incorporação, cisão ou fusão do investimento consequente àquela confusão patrimonial (entre a investida, Redecard, e a investidora Banestado), uma vez que inexistente ágio computado, seja na Itauleasing ou na Itaucard. Ou seja, quem recupera fiscalmente o ágio é sempre a investidora direta do investimento com ágio. Isto, com absorção deste pela investidora direta, ou com a absorção desta pela investida - hipótese dos arts. 7º. e 8º. da Lei nº 9.532, de 1997. Ou então a investidora direta do investimento com ágio o aliena e computa no custo de aquisição, para determinação do ganho ou perda de capital, além do valor de MEP, o valor do ágio (mesmo que contabilmente amortizado) — hipótese do art. 426 do RIR/99;

3.8. Ressalta que a Banestado era empresa operativa, tinha como objeto social expresso a participação no capital de outras sociedades, desde antes de 2004 (como comprovam os docs. “2” e “3”, respectivamente de e-fls. 1230/1334 e 1335/1374) e que, muito antes da aquisição do investimento com pagamento de ágio (Redecard) no âmbito da OPA de 2012, já possuía participação societária na Redecard. Rejeita ter havido qualquer transferência gratuita e imotivada de um ativo de uma entidade à outra, bem como que a aquisição da participação pela Redecard tenha sido mera aparência que destoa da essência do ocorrido, uma vez que a Banestado foi a adquirente efetiva e real do investimento na Redecard com pagamento de ágio, além de ser a adquirente original desse investimento, para repetir, a seguir, a argumentação de que a aquisição poderia ter se dado através de captação de recursos junto a terceiros, hipótese em que só diferiria da presente operação por haver, naquela hipótese, geração de despesa, inexistente no caso de aumento de capital em tela;

3.9. Ressalta a diferença existente entre o caso em questão e aquele em que o investimento é seguido da incorporação do ágio por cisão parcial da investida não incluindo, no patrimônio cindido, o acervo correspondente à atividade geradora do lucro esperado. No presente caso, segue a Impugnante, o investimento gerador do lucro esperado e pelo qual se pagou o ágio foi vertido, por incorporação da investidora, na própria investida, deixando de existir, pois, aquele investimento, por confusão patrimonial (exatamente a hipótese do art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997). Assim como teria havido confusão patrimonial real e com sentido, se tivesse havido cisão parcial da investidora, com versão do investimento gerador do lucro esperado e pelo qual se pagou o ágio para a investida (incorporadora). Em suma, é inevitável a conclusão de que a autuação não pode prosperar, pois a Banestado foi a adquirente efetiva, real, além de ser a adquirente original, tendo havido confusão patrimonial entre ela e a investida (Redecard) - fato incontroverso - para a amortização fiscal do ágio;

3.10. Passa a discorrer sobre a opção empresarial e sobre a razão comercial da aquisição do investimento junto à Redecard ter se dado pela Banestado. Afirma que a aquisição do

investimento na Redecard no âmbito da OPA foi para fechamento de seu capital (cancelamento do registro de companhia aberta da Redecard), implicando a aquisição de toda a participação societária, conforme o art. 4º, §§ 4º e 5º e o art. 42-A, da Lei de S.A., e o art. 10, § 2º, da Instrução CVM nº 361, de 2002. Afirma que a causa da aquisição do investimento na Redecard no âmbito da OPA ter se dado pela Banestado foi o fato (incontroverso) de ela ser a empresa do grupo que possuía a maior participação societária na Redecard (doc. “4”, anexo à impugnação de e-fls. 1375/1401), de 23,21%. As outras empresas do grupo que tinham participação societária na Redecard eram a Dibens Leasing S.A. Arrendamento Mercantil (18,99%), a Unibanco Participações Societárias S.A. (4,21%) e o Itaú Unibanco S.A. (3,58%), todas inferiores à possuída pela Banestado (doc. “4”). O Itauleasing e o Itaucard não tinham nenhuma participação societária na Redecard (é claro que, sendo controladoras da Banestado, o que eles tinham era participação indireta na Redecard). O que o Autuante chamou de opção “estratégica” foi uma opção empresarial para a aquisição do investimento na Redecard para fechamento de seu capital (por meio da OPA) ter se dado pela Banestado. Rechaça a utilização dos termos “empresa de prateleira” e “carcaça jurídica”;

3.11. Ressalta que, quem quer que fizesse a aquisição do investimento na Redecard, por ex., o Banco Itauleasing, o Banco Itaucard, o Itaú Unibanco, ou o Itaú Unibanco Holding, a sequência seria a confusão patrimonial, que é induzida pelas normas legais tributárias. Entre inúmeras formas - como expressamente permite a lei (que fala inclusive de incorporação ou cisão reversa), bastaria, por exemplo, a investidora sofrer cisão parcial com versão do investimento na Redecard para a própria Redecard. Porém, nada disso foi feito, justamente por razão negocial societária. Entende que a confusão patrimonial entre a investidora adquirente (Banestado) e a investida (Redecard) não foi questionada pelo Autuante;

3.12. Em suma, a aquisição do investimento na Redecard para fechamento de seu capital foi efetivada pela Banestado por opção empresarial (propósito negocial societário), e não fiscal (mesmo porque outros caminhos levariam igualmente ao resultado fiscal da amortização do ágio). Isso tudo associado ao que se expôs e se demonstrou no tópico precedente evidencia de forma clara e inequívoca que a Banestado foi a adquirente efetiva, real - e, inclusive, original (sem transmissão do investimento) - do investimento na Redecard, impondo-se, assim, portanto, em seu entender, o cancelamento da autuação;

3.13. Passa a questionar a aplicação da multa qualificada. Defende que a simulação pode se dar quando determinado negócio ou caminho seja interdito ou cujo resultado prático não possa ser buscado. Aí se faz outro suposto negócio ou caminho (conjunto de negócios). É a chamada *causa simulandi*. Ausente a causa, não há que se falar em simulação;

3.13.1. Argumenta, que se é possível se obter o mesmo resultado pretendido por outro negócio ou caminho, não há sentido para se cogitar de simulação. Não haverá incompatibilidade entre causa típica e causa intentada ou fim prático buscado. Ou seja, não havendo incompatibilidade de causas, não há simulação. É o que se se dá aqui. Em vez de a aquisição da participação na Redecard ter sido efetivada pela Banestado, essa aquisição poderia ter sido feita pelo Itauleasing, pelo Itaucard. Ou, ainda, pelo Itaú Unibanco ou pelo Itaú Unibanco Holding. Todos eles poderiam ter tido seu capital aumentado. Havia vários caminhos para se chegar ao mesmo resultado. Assim, não há *causa simulandi*. Entende que não há falta de causa nos negócios, não havendo simulação ou qualquer vício (que seja) na causa dos negócios;

3.13.2. Ressalta que são fatos incontroversos que a Banestado possuía a maior participação no capital da Redecard, era holding operativa, sofreu aumento de capital e efetuou a aquisição da participação na Redecard com fechamento do capital desta. Diante desses fatos, existe causa justa e adequada no negócio de aumento de capital e no negócio de aquisição do investimento na Redecard. Fica muito claro que nenhuma incompatibilidade há entre os objetivos visados e os negócios implementados. Não há como se falar, pois, de simulação;

3.13.3. Por fim, ressalta que, mesmo que se tome a causa do negócio jurídico como motivo determinante, ela está presente, pois o fato de a Banestado ter a maior participação na Redecard foi o motivo de aquela sofrer aumento de capital e adquirir o investimento na Redecard para fechamento de seu capital. Tudo foi real e efetivo. Numa palavra: não existe mentira (que é, em palavra simples, a simulação) nos negócios. Em suma, por qualquer ângulo que se veja, não há simulação. Não existe aquisição "ficta";

3.14. Passa, então a discorrer sobre a inexistência da fraude prevista no art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964, e sua inconfundibilidade com a falta de propósito negocial. Rejeita a imputação da Autoridade Fiscal, no sentido de que a ausência de propósito negocial dos atos societários implicou a fraude do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964, a justificar a aplicação da multa qualificada, pois a operação objetivou unicamente reduzir a carga tributária, rechaçando aqui a alegação que foi utilizada "via indireta" que "teve como único objetivo contornar a restrição da legislação tributária" (pág. 33 do TVF);

3.14.1. Entende que a falta de propósito negocial jamais pode configurar a fraude do art. 72 da Lei nº 4502, de 1964, esta última, sim, que, por sua gravidade (a fraude, e não o abuso) é pressuposto de incidência do § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 (multa qualificada). Ainda que se admitisse, por argumentação, ter havido falta de propósito negocial no presente caso, isto poderia, quando muito, caracterizar abuso de direito ou de forma. Mas falta de propósito negocial ou abuso não é fraude do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964;

3.14.2. Ressalta que, em seu entender, uma outra evidência que a eventual ausência de propósito negocial ou o abuso não se confundem com a fraude prevista no art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964, é que este último deve ser lido de forma conjugada com os arts. 1º, inc. II e 2º, inc. I, da Lei nº 8.137, de 1990, de forma que tanto a fraude no sentido penal como aquela no sentido a ensejar a qualificação da multa, envolvem o "falsear, esconder algo, colocar elementos inexatos". Nada disso tem de ver com falta de propósito negocial ou abuso ou com objetivo exclusivamente fiscal de negócio. No caso vertente, em que tudo é colocado às claras, não se falseia nada, e tampouco se inserem elementos inexatos, além de inexistir abuso, é totalmente descabido falar em fraude;

3.14.3. Quanto à ausência de propósito negocial, entende que mesmo que, por argumentação, se apresentassem a ausência de propósito negocial e objetivo exclusivamente fiscal, quando muito ambos implicariam a inoponibilidade ao Fisco dos efeitos da operação. Jamais isso poderia ser assimilado a "intuito fraudulento" do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964, pressuposto de incidência da multa qualificada. Eventual abuso pela falta de propósito negocial e pelo objetivo exclusivamente fiscal não se confunde com inserir elementos inexatos, falsear, esconder algo, nem modificar algo no meio da conduta;

3.14.4. Por fim, ressalta que, para as condutas dolosas tendentes a "impedir ou retardar" a que se refere o art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964, é necessário que tenha havido uma mudança no

meio da conduta em curso que concretiza fato gerador, um bloqueio da continuidade de atos já realizados conducentes à concreção do fato gerador, a inserção de conduta após a realização de atos formativos da operação que seja fato gerador que a atalhem. Nada disso ocorre aqui;

3.14.4.1. Desde o início, os atos foram praticados para a aquisição do investimento na Redecard pela Banestado. Todos os atos foram conducentes nesse sentido. Não houve bloqueio de atos já realizados, tampouco mudança no meio da conduta em curso, ou inserção de condutas após a realização de atos formativos da operação que a atalhe (atos e conduta já realizados que culminariam na concreção do fato gerador).

3.14.4.2. Também, por óbvio que não houve conduta que alterasse a conformação do ato depois da ocorrência do fato gerador. É a isso que se refere "excluir ou modificar" as características do fato gerador de que trata também o art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964, pois só é possível excluir ou modificar características de algo que já exista. Enfim, fica claro que não há no presente caso a fraude do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964, para a imposição de multa qualificada. Por tudo que ficou demonstrado e exposto, é absurda a aplicação da qualificação da multa, o que impõe ser ela cancelada.

3.15. Por fim, quanto à aplicação cumulativa da multa por insuficiência mensal de recolhimento sobre estimativas apuradas e da multa de ofício, rejeita-a por entender que está a se aplicar duas penalidades sobre a mesma infração. Alternativamente, se se quiser dizer que não se trata de mesma infração, impõe-se reconhecer que o bem jurídico maior é o tributo efetivo, do que é conteúdo provisório ou iter preparatório o bem jurídico representado pelo dever de pagar estimativas "de algo" (e não "algo" efetivo). É a aplicação do princípio da consunção em matéria sancionatória.

4. Sobreveio deliberação da Autoridade Julgadora de 1ª instância, consubstanciada no Ac. nº 06-66.775 - 9ª Turma da DRJ/CTA, proferido em sessão de 19/06/2019 (e-fls. 1410/1476), de que se deu ciência ao Contribuinte em 04/07/2019 (e-fls. 1498), cuja ementa foi vazada nos seguintes termos:

*“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ*

*Ano-calendário: 2013, 2014, 2015*

*ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.*

*Para fins de dedutibilidade com fulcro nos arts. 7º. e 8º. da Lei nº. 9.532, de 1997, necessário que a ‘confusão patrimonial’ advinda do processo de incorporação abranja as pessoas jurídicas (os patrimônios) de onde provieram os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a(s) aquisição(ões) tenham sido celebradas entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço, suportado por laudo não contestado pela autoridade fiscal. Na medida em que tal confusão só se verifica parcialmente, somente de se reconhecer como passível de dedução a parcela de amortização correspondente.*

*SIMULAÇÃO. INOCORRÊNCIA.*

*Em não tendo restada comprovada divergência entre a vontade declarada e a vontade interna das partes e nem incompatibilidade dos negócios jurídicos sob análise com sua causa típica, não há que se falar em simulação.*

**FRAUDE. ART. 72 DA LEI 4.502/64. MULTA QUALIFICADA. FRAUDE À LEI. PROPÓSITO NEGOCIAL.**

*Não tendo restado caracterizado o dolo de esconder, iludir, ou seja, tendo o contribuinte deixado claro à autoridade fazendária a totalidade dos negócios jurídicos realizados, para os quais não se vislumbram nos autos indícios suficientes para que se conclua pela existência de artificialidade, de se descartar a possibilidade de caracterização da fraude prevista no art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. Rejeita-se, assim, a qualificadora imputada.*

*Para fins de aplicação no ordenamento jurídico pátrio, dependentes tanto o instituto de fraude à lei como a doutrina de propósito negocial da regulamentação através de Lei Ordinária (ainda não editada) do art. 116, § único do Código Tributário (norma antielusiva), visto se estar, ali, diante de norma de eficácia limitada. Ainda, na situação sob análise, referida norma sequer foi mencionada pela autoridade fiscal em seu Termo de Verificação Fiscal, sendo descabido que se cogite de sua aplicação.*

**TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.**

*Estende-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.*

**MULTA ISOLADA POR INSUFICIÊNCIA NO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO SOBRE O TRIBUTO DEVIDO NO FINAL DO ANO. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM/CONSUNÇÃO.**

*A partir do advento da Medida Provisória nº. 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007, que alterou a redação do art. 44 da Lei nº. 9.430, de 1996, legalmente amparada a exigência concomitante de multa por insuficiência de pagamentos das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL e de multa de ofício decorrente da falta de pagamento do imposto e da contribuição devidos ao final do ano-calendário, sem que se deva cogitar de bis in idem ou consunção.*

*Impugnação Procedente em Parte*

*Crédito Tributário Mantido em Parte*

*(...)*

***Desta decisão, recorre-se de ofício ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, nos termos do art. 34, I do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997, e art. 1º da Portaria MF nº 63, de 09 de fevereiro de 2017” (negrito do original).***

5. Irresignado, em 02/08/2019 (e-fls. 1500), o Contribuinte apresentou Recurso Voluntário e contrarrazões ao Recurso de Ofício (e-fls. 1501/1527), aduzindo, em síntese, o quanto exposto em sede de Impugnação.

6. Cientificada do Acórdão de piso em 26/09/2019 (e-fls. 1627), em 29/10/2019, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) apresentou contrarrazões ao Recurso Voluntário (e-fls. 1628/1660), em que pugna pelo fato de que as “[...] alegações da recorrente não merecem prosperar”, requerendo seja “[...] negado provimento ao recurso voluntário”, pois que (i) se verificou o “[...] descumprimento das condições e requisitos impostos pelos artigos 385 e 386 do RIR/99”, vez que se deu a “ausência de confusão patrimonial entre os reais adquirentes e o investimento adquirido”; e que (ii) há a “possibilidade de cumulação da multa isolada e da multa de ofício – materialidades distintas – fatos geradores posteriores à MP 351/2007”.

## Voto Vencido

Conselheiro Rafael Taranto Malheiros, Relator.

### **ADMISSIBILIDADES DOS RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO E DAS CONTRARRAZÕES**

7. Conforme tabela de e-fls. 1476, o Recurso de Ofício foi interposto de conformidade à Portaria MF nº 2, de 2023, e à Súmula CARF nº 103, eis que o valor exonerado monta a R\$ 1.933.552.016,00 {= R\$ [1.421.729.423,14 (a título de IRPJ) + 511.822.592,86 (a título de CSL)]}, pelo que dele se conhece.

8. O Recurso Voluntário foi interposto tempestivamente (e-fls. 1498 e 1500), pelo que dele se conhece.

9. As contrarrazões ao Recurso Voluntário foram ofertadas pela PGFN em conformidade ao § 2º do art. 48 do “Anexo II” da Portaria MF nº 343, de 2015, que “[a]prova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais”, pelo que delas se conhecem.

### **RECURSO VOLUNTÁRIO**

#### **Amortização do ágio**

10. Quanto à matéria, assim se manifestou a Autoridade Julgadora de piso:

#### ***“Quanto ao mérito da impugnação***

*8. Trata-se de sequência de operações societárias amplamente discutida há muito em sede de jurisprudência administrativa e que pode ser resumida em duas etapas fundamentais, cada uma composta por um conjunto de operações societárias, a saber:*

*8.1) Etapa 1: Aquisição junto a terceiros, por parte de pessoa jurídica pertencente a determinado grupo empresarial, de participação societária majoritária ou integral (100% do capital social) em pessoa jurídica não pertencente ao grupo. Tal aquisição se dá com a utilização, na integralidade ou*

*em sua maior parte, de recursos provenientes de acionistas/cotistas da adquirente (pertencentes ao grupo econômico), aportados através de aumento de capital. A aquisição é realizada com ágio em relação ao valor patrimonial da participação societária adquirida na data de aquisição.*

*8.2) Etapa 2: Deliberação de incorporação da companhia adquirente (agora controladora) pela empresa controlada-incorporadora (cuja participação societária se adquiriu originalmente), restando extinta assim tal participação, transferindo-se o valor pago a título de ágio pela adquirente ao ativo da referida empresa incorporadora. A seguir, passa-se a amortizar fiscalmente o ágio, com fulcro no disposto nos arts. 7º. e 8º. da Lei no. 9.532, de 1997.*

*9. Acerca do tema, opto aqui por alinhar-me integralmente ao entendimento recentemente prevalecente no âmbito da 1ª. Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, mais especificamente no âmbito do Acórdão CARF 9101-003.561 [proferido em sessão realizada em 04/04/2018], onde o [Redator designado,] Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, com suporte, ainda, em voto proferido pelo Conselheiro [Relator] André Mendes de Moura no âmbito do Acórdão 9101-002.301 [, proferido em sessão realizada em 06/04/2016], aborda de maneira exemplar e extremamente didática o tema, adotando-se aqui como razões de decidir sua fundamentação e conclusões que se seguem, expressis verbis:*

*‘(...)*

*Muito bem. A respeito da figura do ágio, há que se dizer que seu conceito tributário foi introduzido no ordenamento brasileiro pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. À época dos fatos discutidos nestes autos, dispunha o art. 20 do Decreto-Lei, antes de ter sua redação alterada pela Lei nº 12.973, de 13/05/2014: [...]*

*O art. 385 do RIR/1999 é basicamente uma cópia do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977. Em ambos os dispositivos, encontra-se a determinação de que contribuintes que avaliam investimentos em sociedade controlada ou coligada pelo valor do patrimônio líquido registrem o ágio apurado na aquisição de participação societária em subconta separada daquela que registra o valor do patrimônio líquido da investida na época da aquisição.*

*Além disso, os dispositivos prevêm que tal ágio deve ser fundamentado em pelo menos um dos três fatores: a) valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao registrado na contabilidade; b) expectativa de resultados positivos da investida nos exercícios futuros ou; c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.*

*Quando o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e o art. 385 do RIR/1999 afirmam que o destinatário das regras ali expostas é o contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, estão se referindo ao método da equivalência patrimonial. Segundo tal método, as variações observadas nos patrimônios líquidos das sociedades coligadas ou controladas provocam reflexos nos valores dos investimentos registrados na investidora.*

Observe-se o que dispõem os arts. 387 a 389 do RIR/1999, a respeito do método de equivalência patrimonial: [...]

(...)

O art. 389 do RIR/1999 é explícito ao determinar que os resultados auferidos pelas empresas coligadas ou controladas não devem ser computados na determinação do resultado da investidora. Assim, lucros apurados em uma investida devem ser objeto de tributação somente no âmbito daquela empresa.

Embora tenham o reflexo de majorar o valor do investimento registrado na investidora, os lucros da investida não devem integrar a base tributável da pessoa jurídica que nela detém participação societária, sob pena de configurar-se hipótese de dupla tributação.

Caso a investidora tenha registrado, em sua contabilidade, ágio decorrente da expectativa de rentabilidade futura da investida, conclui-se que a causa do pagamento a maior efetivamente se concretizou, mas foi tributada somente na coligada ou controlada. Sendo assim, não há que se cogitar de amortização do ágio na investidora, uma vez que não ocorre, nesta pessoa jurídica, tributação do resultado positivo da investida.

Somente seria lógico falar em amortização daquele ágio caso a concretização do motivo que lhe deu causa, qual seja, a lucratividade futura da investida, tivesse reflexos tributários na pessoa jurídica que pagou a *mais valia*. Dessa forma, o dispêndio a maior poderia ser gradativamente recuperado sob a forma de despesas dedutíveis, se os lucros que o motivaram provocassem um maior recolhimento de tributos nos períodos posteriores à aquisição do investimento.

Como, por determinação legal, não é esta a hipótese que se verifica no método de equivalência patrimonial, pode-se concluir que a regra geral é a da impossibilidade de utilização fiscal do ágio registrado na investidora. É o que reza expressamente o art. 391 do RIR/1999: [...]

Existem, contudo, duas exceções a tal regra. A primeira delas é indicada pelo próprio art. 391, quando ressalva o disposto no art. 426 do mesmo RIR/1999: [...]

A primeira exceção à regra da impossibilidade de aproveitamento tributário do ágio tratado pelo art. 385 do RIR/1999 diz respeito, portanto, à apuração de ganho ou perda de capital. Se o investimento que deu causa à *mais valia* for alienado ou liquidado, o ágio ou deságio registrados na contabilidade da controladora devem compor o custo de aquisição considerado no cálculo do resultado tributável da operação, sobre o qual incidirão IRPJ e CSLL.

Já a segunda exceção, que interessa mais diretamente à discussão desenvolvida nos presentes autos, refere-se às transformações societárias envolvendo investidoras, investidas e o ágio associado aos investimentos.

A respeito da evolução histórica das previsões legais que contemplaram a possibilidade de aproveitamento tributário do ágio em hipóteses de transformações societárias, remeto-me ao irretocável apanhado feito pelo nobre Conselheiro André Mendes de Moura no Acórdão nº 9101-002.301:

(...)

Depreende-se da retrospectiva transcrita que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (produto da conversão da Medida Provisória nº 1.602/1997) foram erigidos pelo legislador com a específica finalidade de coibir a prática de planejamentos tributários abusivos em que empresas superavitárias adquiriam com ágio empresas deficitárias para serem em seguida incorporadas por elas. Tal incorporação reversa, também denominada de incorporação às *avessas*, não tinha nenhum propósito negocial que não fosse a simples geração de ganhos de natureza tributária.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram integralmente incorporados ao RIR/1999 por meio de seu art. 386. Como este artigo faz referência expressa a dispositivos do art. 385 (cópia do já reproduzido art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977), transcrevem-se ambos a seguir: [...]

Verifica-se que os arts. 385 e 386 do RIR/1999 guardam uma relação indissociável entre si, uma vez que requisitos à aplicação do segundo artigo são extraídos diretamente da redação do primeiro.

O art. 385, conforme já mencionado, estabelece duas regras principais. A primeira determina que o ágio apurado em uma aquisição de participação societária em sociedade controlada ou coligada seja registrado em subconta separada daquela que registra o valor do patrimônio líquido da investida na época da aquisição. Já a segunda fixa os possíveis fundamentos econômicos do ágio pago na aquisição da participação societária (valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao registrado na contabilidade; expectativa de resultados positivos da investida nos exercícios futuros; fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas). Por fim, o artigo ainda prevê que o ágio fundamentado em valor de mercado dos bens do ativo da investida ou na expectativa de resultados futuros deve ser baseado em documentação comprobatória, devidamente arquivada.

Já o art. 386 trata, entre outras coisas, da possibilidade de aproveitamento tributário do ágio decorrente do fundamento econômico previsto no inciso II do § 2º do artigo anterior (valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros).

O caput do art. 386 traz o primeiro requisito que deve ser cumprido para que seja possível o aproveitamento do ágio: uma pessoa jurídica deve absorver o patrimônio de uma segunda, em que detenha participação societária adquirida com ágio. A respeito deste primeiro requisito exigido pela norma, recorro novamente ao Acórdão nº 9101-002.301, pela assertividade da análise ali desenvolvida:

(...)

Conclui-se, portanto, que o art. 386 do RIR/1999, sob o aspecto pessoal, se dirige à investidora que vier a incorporar sua investida (ou por ela ser incorporada), após ter efetivamente acreditado na mais valia do investimento, feito os estudos de rentabilidade futura e desembolsado os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o do ágio). Ou seja, quando ocorre a incorporação é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a

prerrogativa de amortização do sobrepreço, pago em momento anterior pela investidora em razão da confiança na rentabilidade futura da investida.

Destaque-se que a regra se aplica tanto à incorporação da investida pela investidora quanto, no sentido inverso, à hipótese em que a investidora é que é incorporada por sua investida. Em ambos os casos, a lei exige que a investidora envolvida na incorporação seja a *original* ou *stricto sensu* (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada à pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco).

A situação em que a investida incorpora sua investidora é denominada de incorporação reversa ou ainda de incorporação às *avessas*. A previsão da possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio nesta hipótese é trazida pelo § 6º, inciso II, do art. 386 do RIR/1999. O dispositivo faz uso de uma técnica legislativa transitiva, indicando assim que o que vale para o *caput* do art. 386 do RIR/1999 vale também para o seu § 6º. As premissas de exegese da norma não são afetadas, sendo necessárias apenas as devidas adaptações para contemplar a situação prevista.

De forma correlata ao que se analisou quanto ao aspecto pessoal, a confusão de patrimônios, principal item do aspecto material para fins de enquadramento no art. 386 do RIR/1999, consuma-se quando, na sociedade incorporadora, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobreavaliado) passam a se comunicar diretamente (os riscos se fundem: o risco do investimento assim entendidos os recursos aportados e o risco do empreendimento).

Compartilhando o mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual a pessoa jurídica detentora da *mais valia* (ágio) do investimento baseado na expectativa de rentabilidade futura passa a ser responsável também por honrar tal rentabilidade. Assim, a legislação permite que o contribuinte considere perdido o capital que foi investido com o ágio e deduza a despesa relativa à *mais valia*.

Configuração semelhante ocorre na incorporação reversa, na medida em que a pessoa jurídica responsável por gerar a rentabilidade esperada para o futuro passa a ser a detentora do ágio baseado na expectativa de tal rentabilidade.

Sendo assim, pressupõe-se que a *mais valia* porventura contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participam da *confusão patrimonial*. Para fins de acesso à dedutibilidade estabelecida pelo art. 386 do RIR/1999, a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento deve incorporar tal investimento (incorporação da investida pela investidora) ou ser incorporada pela empresa em que investiu (incorporação às *avessas*).

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/1999, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material das hipóteses ali previstas. Na atual redação destes dispositivos, exclusivamente no caso em que houver o efetivo desembolso de valores (ou sacrifício de outros ativos) a título de investimento da investidora (futura incorporadora ou, no caso da incorporação reversa, incorporada) na investida

(futura incorporada ou, no caso da incorporação reversa, incorporadora), é que haverá o atendimento aos aspectos pessoal e material. Se o ágio não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da *confusão patrimonial*, não há sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio instituída pelo art. 386 do RIR/1999.

(...)

*10. Alinhando-me integralmente ao entendimento acima, para fins do deslinde do litígio é de se concluir que:*

*10.1 Para fins de aproveitamento (dedução) do ágio via incorporação, fusão ou cisão, necessário que o lucro futuro e o (a) patrimônio (pessoa jurídica) de onde se originou o investimento (leia-se, desembolso) original com expectativa desse lucro passem a se comunicar diretamente, via confusão patrimonial. Ou seja, devem necessariamente estar reunidas, em determinada pessoa jurídica, a estrutura patrimonial de onde foi desembolsado o ágio do investimento baseado na expectativa de rentabilidade futura e a posterior efetiva realização de tal rentabilidade, através do auferimento de lucros.*

*Sendo assim, o requisito necessário para o aproveitamento da dedução do ágio na forma dos arts. 7º. e 8º. da Lei nº. 9.532, de 1997 é que o goodwill porventura contabilizado tenha sido efetivamente suportado por alguma das pessoas que participam desta ‘confusão patrimonial’. Ou seja a pessoa jurídica cujo patrimônio efetivamente suportou o desembolso do ágio pago, aquele que efetivamente acreditou na rentabilidade futura do investimento e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o do ágio) tem de participar da confusão patrimonial para que se aceda ao aproveitamento da dedução.*

*10.2 Cabíveis, ainda, no entender deste relator, as seguintes observações, particulares ao caso em questão:*

*a) A conclusão descrita no item 10.1 se sustenta de forma independente em relação aos conceitos jurídicos indeterminados de ‘real adquirente’ e ‘real aquisição’ da participação societária, utilizados pela autoridade fiscal e contraditados em sede impugnatória. A propósito, com a devida vênia aos que optam por utilizar tais expressões, entendo que os termos ‘reais adquirentes/aquisição(ões)’ ou ‘adquirentes fictos’ remetem o intérprete à ocorrência de divergência entre a vontade real e a vontade declarada através dos negócios jurídicos formalizados e, assim, opto por protrair sua análise ao tópico em que se tratará da acusação de simulação;*

*b) De forma análoga, a tese/condição necessária aqui adotada em nenhum momento refuta a possibilidade de aquisição através de recursos obtidos junto a acionistas da empresa adquirente ou busca estabelecer prazo mínimo entre a integralização de capital e a aquisição e/ou a aquisição e posterior incorporação reversa, de forma a que se aceite a posterior dedução do ágio. Tão somente se condiciona o aproveitamento do ágio à existência de confusão patrimonial entre a pessoa jurídica (patrimônio) responsável pelo pagamento do excesso em relação*

*ao valor patrimonial e aquela (aquele) onde se auferirem os lucros futuros responsáveis por tal ágio, sem prejuízo, todavia, de que tais prazos, em especial quando excessivamente exíguos, assim indicando artificialidade, possam ser usados como indícios, em conjunto com outros relevantes e convergentes, quando da análise da presença de patologias jurídicas. No âmbito do presente voto, tal análise será realizada a seguir, conjuntamente com o tópico de multa qualificada.*

11. *Feita tal digressão, cediço que no presente caso, se tem situação onde, consoante quadros 2 e 3 do item 7 do presente voto, dos **R\$ 13.588.410.401,85 utilizados (desembolsados) na aquisição da participação societária em Redecard** [referido no subitem '2.9' deste Acórdão de 2ª instância], com ágio no valor de R\$ 12.503.731.895,97 em 31/12/2012 (Valor patrimonial na data = R\$ 1.084.678.505,88), **R\$ 12.513.100.490,00 foram originados de pessoas jurídicas (patrimônios) diversas(os) da Banestado, não restando, aqui, configurada a confusão patrimonial entre os lucros futuros (a serem auferidos pela Redecard S/A) e referidos patrimônios (pessoas jurídicas)**, os quais permaneceram existindo, assim, de forma autônoma em relação à Redecard, na forma de CNPJs a seguir listados: Banco Itauleasing S/A – CNPJ 49.925.225/0001-48; Banco Itaucard S/A - CNPJ 17.192.451/0001-70; Itaú Unibanco S/A – CNPJ 60.701.190/0001-04 e Intrag-Part Participações e Administrações Ltda. - CNPJ 52.637.139/0001-44.*

12. *Assim, para esta parcela, entendo que não é de se reconhecer a possibilidade amortização de ágio na forma realizada pela impugnada, restando correito o lançamento quanto ao mérito.*

*(...)*

16. *Conclusivamente, quando ao tema, voto por declarar a procedência parcial da impugnação [a ser abordada quando da análise do Recurso de Ofício], admitindo-se a amortização mensal do ágio no valor de R\$ 13.672.304,79, de forma que as glosas na Base de Cálculo do IRPJ e da CSLL sejam reduzidas em R\$ 41.016.914,36 para as apurações trimestrais referentes aos 1º, 2º, 3º. e 4º. trimestres de 2013 e em R\$ 164.067.657,44 para as apurações anuais referentes aos anos-calendário de 2014 e 2015. Eventuais exonerações correspondentes da multa isolada por insuficiência de estimativa serão tratadas quando da análise do tema, em tópico próprio” (negritos do original).*

11. De logo, afaste-se alegação da Recorrente, no sentido de que o “[...] acórdão de origem, data vênua, se contradiz ao afirmar, de um lado, que em nenhum momento se busca estabelecer prazo mínimo entre a integralização de capital e a aquisição da participação societária e a posterior incorporação reversa, e, de outro lado, dizer que prazos exíguos podem indicar artificialidade e são indícios em conjunto com a detecção de patologias jurídicas”. Como visto, o argumento não é utilizado pela DRJ.

12. Ademais, concorda-se com o exposto pela Autoridade Julgadora de 1ª instância, bem como com o aventado pela PGFN, em suas contrarrazões:

*“(...)”*

*Por certo, da leitura do artigo 386 do RIR/99, o qual repete o conteúdo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, observa-se que a dedutibilidade da amortização de um ágio decorre do encontro num mesmo patrimônio da participação societária adquirida com ágio com esse mesmo ágio. Ou seja, **quando há um encontro do adquirente com o investimento adquirido.***

*Portanto, em face dessa **confusão patrimonial entre investidora e investida**, a legislação admite que o contribuinte **considere perdido o seu capital investido com ágio** e, assim, deduza a despesa que teve com o pagamento da ‘mais valia’. O artigo 386 assim prevê: [...]*

(...)

*Com efeito, a intenção da Lei nº 9.532/1997 foi estimular as aquisições societárias seguidas da confusão patrimonial entre a investidora e a real investida. Se assim não fosse, a legislação teria autorizado expressamente, ou a utilização de empresas veículo, ou sequer a necessidade dessa confusão patrimonial. **Bastaria à norma exigir a operação de aquisição.** Portanto, a interpretação literal dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, faz com que somente a confusão patrimonial estabelecida entre o BANCO ITAULEASING e o BANCO ITAUCARD, de um lado, e a REDECARD S.A., de outro lado, autorizaria a dedução fiscal do ‘**ÁGIO REDECARD**’” (negritos do original).*

13. Pelo exposto, neste tópico, não assiste razão à Recorrente ao pugnar pelo “[...] erro do d. acórdão *a quo*, ao manter a exigência tributária, alegando que o adquirente da participação societária é aquele que efetivamente acreditou na rentabilidade futura do investimento, que seriam as pessoas que aumentaram o capital da Banestado”.

#### **Concomitância entre as multas isoladas por insuficiência de estimativas e a multa de ofício**

14. Quanto à matéria, assim se manifestou a Autoridade Julgadora de piso:

*“66. Por fim, quanto ao pedido subsidiário do contribuinte, no sentido de cancelamento das multas isoladas por insuficiência de estimativas, entendo como perfeitamente aplicável a concomitância das referidas multas isoladas com a multa de ofício, desde a edição da Lei no. 11.488, de 2007, a qual, ao dar nova redação aos incisos I e II do artigo 44, da Lei 9.430, de 1996, espancou qualquer dúvida quanto a se estar a tratar de infração autônoma em relação à constatação de tributo não declarado ao final do ano calendário, esta última sujeita a multa de ofício quando do lançamento pela autoridade fiscal, expressis verbis: [...]*

(...)

*68. Tal conclusão se alinha novamente ao posicionamento atualmente prevalecente na 1ª. Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, cabendo ressaltar que a aplicabilidade da Súmula Vinculante CARF no. 105 se limita a fatos geradores ocorridos até 2007, o que não é o caso dos autos (onde a amortização do ágio, objeto de tributação, se iniciou em 2013).*

*69. Detalhando tal posicionamento, adota-se aqui como razões de decidir adicionais o teor do voto vencedor, de lavra do Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, prolatado no âmbito do Acórdão CARF nº. 9101-003.585, na sessão de 08 de maio de 2018, onde, quanto ao tema, assim perfeitamente conclui-se: [...]”.*

15. A edição da Súmula CARF nº 105 se reporta a acórdãos-paradigma proferidos quando o art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, ainda não tinha sido modificado pela MP nº 351, de 2007 (em vigor a partir de janeiro deste ano), convertida na Lei nº 11.488, de 2007. A redação do inc. IV do § 1º deste artigo mencionava que as multas nele previstas seriam exigidas “isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda [...], na forma do art. 2º [referente às estimativas], que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal [...] no ano-calendário correspondente”, que dava azo à interpretação no sentido de que o valor da base de cálculo da multa isolada estava inserido na base de cálculo da multa de ofício, que levava à vedação à incidência desta concomitância. Lembre-se que o inc. II da redação então vigente se referia a casos de “evidente intuito de fraude”.

15.1. Todavia, a nova redação dada ao artigo pela referida MP, aplicável aos fatos geradores ocorridos a partir de 22/01/2007, afastou qualquer dúvida sobre a possibilidade de aplicação concomitante das multas de ofício e das multas isoladas. As hipóteses de incidência que ensejam a imposição dessas penalidades em razão da falta de pagamento da estimativa são distintas, cada qual tratada em inciso próprio no art. 44 da Lei nº. 9.430, de 1996. Nesse contexto, não há que se falar na aplicação do disposto na Súmula nº 105 do CARF, que se aplica aos fatos geradores pretéritos ao ano de 2007, vez que sedimentada com precedentes da antiga redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, como visto.

15.2. Os incs. I e II do referido dispositivo tratam de suportes fáticos distintos e autônomos, que tem por consequência a aplicação das penalidades sobre bases de cálculo distintas. A multa de ofício aplica-se sobre o resultado apurado anualmente, cujo fato gerador aperfeiçoa-se ao final do ano-calendário; a multa isolada é apurada conforme balancetes elaborados mês a mês ou, ainda, mediante receita bruta acumulada mensalmente. São materialidades independentes, não havendo que se falar em concomitância.

16. Pelo exposto, neste tópico, não assiste razão à Recorrente, ao pugnar pela “[...] aplicação do princípio da consunção em matéria sancionatória. Não se pode acolher a duplicidade de penalidades: sobre uma infração conteúdo (e provisória), e sobre uma infração continente (e efetiva)”.

## **RECURSO DE OFÍCIO**

17. Quanto às matérias, assim se manifestou a Autoridade Julgadora de piso:

***“Quanto ao mérito da impugnação***

*(...)*

*13. Todavia, de se aceder aqui ao argumento da impugnante, no sentido de que parte das aquisições das ações da Redecard, mais especificamente no montante de R\$ 1.075.309.911,85, se originou de resgates de fundos de investimento*

titularizados pela própria Banestado, tendo restado silente a fiscalização a respeito do tema em seu TVF.

14. Quanto a esta parcela, uma vez tendo restado comprovado que o efetivo desembolso proveio de resgates de fundos de renda fixa titularizados pela Banestado, a argumentação quanto à inexistência de confusão patrimonial resta inaplicável. Ou seja, caracterizada, quanto a esta parcela, a efetiva confusão patrimonial estabelecida como condição necessária para dedução, a partir da tese aqui adotada, devendo-se, destarte, reconhecer a possibilidade de amortização da parcela de ágio correspondente, calculada na forma a seguir, a partir da consideração da data de resgate constante de resposta à e-fl. 340 (27/09/2012), bem como o constante de quadros de e-fl. 133:

| Valores em R\$                          | Set.2012             |
|-----------------------------------------|----------------------|
| Ágio                                    | 11.331.396.833,94    |
| Segregações                             |                      |
| 1. Marcas                               | 64.769.199,29        |
| 2. Tecnologia                           | 1.447.984,70         |
| Subtotal                                | 66.217.183,99        |
| 3. Goodwill                             | 11.265.179.649,95    |
| Fundos próprios resgatados em 09/2012   | R\$ 1.075.309.911,85 |
| VPA com ágio 09/12                      | R\$ 35,01            |
| Ágio por ação 09/12                     | R\$ 32,24            |
| VPA                                     | R\$ 2,77             |
| N. ações adquiridas com fundos próprios | 30.711.629,77        |
| Ágio Total Recursos Próprios            | R\$ 990.192.322,82   |
| Marcas                                  | R\$ 5.659.846,25     |
| Tecnologia                              | R\$ 126.531,91       |
| Goodwill                                | R\$ 984.405.944,65   |
| VP ações Recursos Próprios              | R\$ 85.117.589,03    |
| Amort. Mensal admitida                  | R\$ 13.672.304,79    |

15. Por fim, de se ressaltar que as conclusões acima atingidas se mantêm inalteradas quando considerados os argumentos subsidiários da autoridade fiscal de possibilidade de duplo aproveitamento do ágio (e-fl. 1087) e de inconsistência contábil nas operações (e-fl. 1090). Despiciendo, assim, que se adentre na análise da correção e propriedade de tais argumentos.

16. Conclusivamente, quando ao tema, voto por declarar a procedência parcial da impugnação, admitindo-se a amortização mensal do ágio no valor de R\$ 13.672.304,79, de forma que as glosas na Base de Cálculo do IRPJ e da CSLL sejam reduzidas em R\$ 41.016.914,36 para as apurações trimestrais referentes aos 1º, 2º, 3º. e 4º. trimestres de 2013 e em R\$ 164.067.657,44 para as apurações anuais referentes aos anos-calendário de 2014 e 2015. Eventuais exonerações correspondentes da multa isolada por insuficiência de estimativa serão tratadas quando da análise do tema, em tópico próprio.

**Quanto às patologias do negócio jurídico constantes da acusação fiscal e à multa qualificada**

17. *Acerca do tema, de se notar inicialmente que a autoridade fiscal optou por utilizar, ao longo de sua acusação (formalizada, em seu núcleo, nos itens 4.4 e 4.6 do TVF), uma vasta gama de expressões de caráter acusatório que remetem o julgador a patologias do negócio jurídico bastante diversas, as quais, assim, teriam contaminado a sequência de operações societárias sub judice.*

18. *A autoridade fiscal assim agiu, todavia, sem segregar tais patologias em tópicos próprios e/ou, na maior parte dos casos, sem sequer identificá-las sob seu nomen juris. Diante de tal expediente, bastante comum em feitos associados ao tema aqui sub judice e me abstraindo de tecer qualquer comentário acerca da adequação e propriedade deste método de formalização de acusação, entendo não restar outra alternativa à autoridade julgadora, em situações como as citadas, senão:*

*a) Identificar, por sua iniciativa, no corpo da peça acusatória (Termo de Verificação Fiscal), todas as expressões utilizadas que remetam a patologias jurídicas associadas ao conjunto de operações objeto de tributação, identificando, assim, o conjunto de institutos patológicos que compuseram a acusação fiscal;*

*b) Analisar, com base no suporte fático-probatório carreado aos autos e, agora, à luz dos argumentos trazidos à impugnação ou Recurso Voluntário da autuada, a possibilidade ou não de imputação das patologias constantes da acusação, identificadas na forma do item 'a'.*

19. *No presente caso, optou este relator por protrair a análise de tais patologias ao presente tópico de multa qualificada, por ter sido a ocorrência de simulação e de fraude nas operações em questão **objeto de acusação expressa**, de forma a fundamentar a qualificadora. Assim é que estando tais institutos, como se verá, intimamente ligados às demais patologias jurídicas que se conseguiu 'pinçar' da peça acusatória (Termo de Verificação Fiscal de e-fls. 1060 a 1099), optou-se por aqui reunir a análise do conjunto de acusações de natureza relacionada (patologias jurídicas do conjunto de operações societárias em questão).*

**a) Quanto à simulação (relativa):**

20. *A propósito, seleciona-se os seguintes trechos do Termo de Verificação Fiscal:*

*'(...)*

*Afinal, Banco Itauleasing S/A e o Banco Itaucard S/A pagaram pela aquisição das ações da Redecard S/A, foram estes **os reais adquirentes** (grifei), mas optou-se estrategicamente por transferir os recursos da transação para outra empresa, a Banestado, de forma que esta os entregasse para os alienantes **e figurasse no papel** (grifei) como adquirente. (e-fl. 1081)*

*(...)*

É evidente que as empresas têm total liberdade para tomar decisões estratégicas e negociais, realizar reestruturações, incorporações, aquisições e alienações e não cabe ao Fisco questioná-las sob a ótica empresarial. No entanto, há que se ter em mente que estas decisões têm reflexos tributários, e são estes reflexos que entram no escopo da auditoria fiscal, sobretudo quando os atos negociais que os originaram são formalizados com o **fito de dar aparência diversa do que na essência ocorreu** (grifei), a fim de forçosamente enquadrar-se em uma hipótese legal que não se adéqua a realidade dos atos praticados (e-fl. 1081).

(...)

Em realidade, o que o Grupo Itaú fez foi transferir recursos para uma empresa que já se tinha intenção de extinguir (Banestado), **fazendo de conta que esta era adquirente do bem transacionado** (grifei). Assim, o ágio foi lá contabilizado e, em seguida, transferido para a própria empresa cujas ações foram adquiridas com sobrepreço por meio da incorporação. Ao final, as reais adquirentes e a adquirida continuam existindo como empresas distintas e o ágio é indevidamente amortizado na própria empresa que deu causa ao seu surgimento (e-fl. 1082).

(...)

Ora, indesmentível: a Banestado não pagou pelo investimento e pelo ágio. Fica claro, pois, que **seu papel resumiu-se em servir de instrumento** (grifei) para transferir o ágio primeiramente contabilizado por ela para a Redecard que dele indevidamente se beneficiou (art. 386, III, RIR/99), valendo lembrar que, caso o ágio fosse contabilizado nas empresas BANCO ITAULESING e Banco Itaucard não haveria previsão legal para a sua dedução, o patrimônio delas não se confundiu (por cisão, fusão ou incorporação) com o patrimônio da Redecard (e-fl. 1092).

(...)

A ausência de propósito negocial, no presente caso, está intimamente ligada à **ocorrência da simulação engendrada** (grifei). Como já descrito, as empresas Banco Itauleasing S/A e Banco Itaucard S/A adquiriram (de fato) as ações em circulação da Redecard. No entanto, formalmente, utilizaram sua controlada Banestado **para figurar como adquirente ficta na transação** (grifei), utilizando-a como veículo para transportar indevidamente o ágio para dentro da própria empresa adquirida por meio de incorporação. À luz do novo Código Civil, tais atos não preenchem os requisitos de validade do negócio jurídico. Há vício na causa do negócio, que é nulo por ser simulado, como previsto no art. 167 do novo Código Civil, de 2002:

(...)

**A simulação (como definida pelo art. 167 do novo Código Civil) praticada no planejamento tributário do Grupo Itaú tem seus efeitos tributários estipulados pelo inciso VII do art. 149 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), que assim determina:**

(...)

**A competência dada ao Fisco pelo art. 149-VII do CTN, quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação, confere à autoridade administrativa a prerrogativa de efetuar o lançamento de ofício, lembrando que o Fisco está vinculado à realidade dos efeitos jurídicos dos negócios realizados pelas partes, mas não qualificação dada por elas aos seus atos negociais. (e-fls. 1096/1097)**

(...)

21. Inicialmente, ressalte-se que, quanto aos termos ‘empresa de prateleira’, ‘carcaça jurídica’ e ‘operações artificiosas’, constantes de e-fls. 1088/1089, alguns dos quais mencionados pelo contribuinte em sede impugnatória, entendo que estes foram utilizados como exemplos em situações hipotéticas, tão somente de forma a desenvolver a tese adotada pela Fiscalização, sem, no entanto, serem imputados à autuada ou à situação sob análise, daí resultando despendiéndose a manifestação desta autoridade julgadora acerca de tais termos.

22. Quanto à ocorrência de simulação, o que pude depreender dos trechos dispersos acima é a acusação de que a sequência de operações societárias envolvendo a aquisição da participação acionária da Redecard pela Banestado, seguida de sua posterior incorporação pela autuada, teria sido uma operação simulada, ou seja, que na verdade se estaria ocultando a aquisição direta por Itaucard e Itauleasing da referida participação. Ou seja, conforme a autoridade lançadora, estar-se-ia em sede de simulação relativa (visto que haveria se simulado uma aquisição, quando objetivada outra), com a aquisição, pela Banestado, se destinando tão somente a ocultar a real vontade das partes envolvidas, qual seja promover a aquisição direta por Itaucard e Itauleasing.

23. Aqui, entendo não assistir razão à autoridade autuante, com fulcro nos fundamentos que se seguem.

24. Sedimentado na maior parte da doutrina e jurisprudencialmente que, a fim de que se esteja diante de simulação, necessário, como um de seus requisitos, restar comprovado haver divergência entre a vontade interna dos participantes e a vontade manifestada pelos negócios jurídicos sob análise, sendo assim que deve ser interpretado corretamente o teor do art. 167, do Código Civil de 2002 (CC/2002), mencionado como fundamentação legal no TVF sub judice. Minoritariamente, em entendimento não esposado por este autor, há autores que defendem que a ocorrência de simulação deve ser verificada pelo intérprete exclusivamente no plano da causa do negócio jurídico, e não no plano da vontade, decorrendo daí o negócio ser simulado se não for compatível com a causa típica ou seu propósito negocial, o que autorizaria o intérprete a questionar os motivos das partes para realizar o negócio jurídico.

25. A propósito, ressalto, inicialmente, que o fato da empresa adquirente por opção (Banestado) existir desde 2001, tendo como objeto social a aquisição de participações em outras sociedades (conforme e-fls. 1230 a 1334 e 1335 a 1374) não restou em nenhum momento contraditado pela fiscalização. Também a alegação de já ser a Banestado acionista direta da impugnante como motivo para tal opção, em detrimento da aquisição direta por Itaucard e Itauleasing (que não

possuíam participação direta na Redecard) não foi atacada no âmbito do Termo de Verificação Fiscal.

26. Ainda, quanto aos elementos de prova constantes dos autos, ressalto também que o Edital da Oferta Pública de Ações, instrumento que cria direitos e deveres na ordem jurídica em sede do Mercado de Capitais, em especial junto aos então acionistas da impugnante não pertencentes ao grupo Itaú Unibanco (possíveis alienantes), foi bastante expresso em estabelecer que a aquisição se daria através da Banestado (vide e-fls. 151 a 179).

27. Diante do acima exposto, ainda que ponderadas as evidências objetivas de existência de simulação apontadas implicitamente nos autos pela Fiscalização - as quais, conforme extraí de trechos do TVF (visto que também não explicitamente apontadas), serem: a) o desembolso ter sido suportado por Itaucard e Itauleasing e b) O pequeno horizonte de tempo (três meses) entre a aquisição da participação societária por Banestado e sua incorporação por Redecard - não resta comprovada, em meu entender, a tese de que haveria, por parte de Itaucard e Itauleasing, a vontade interna de adquirir a participação diretamente, conforme sustenta a fiscalização, sem qualquer prejuízo, porém, note-se, da manutenção parcial da tributação com base nos argumentos já anteriormente expendidos, consoante interpretação vencedora nos âmbitos dos Acórdãos CARF nº. 9101-003.561 e no Acórdão nº. 9101-002.301, baseada nos métodos lógico-sistemático e teleológico (finalístico).

28. Ou seja, o que se pode constatar, a partir dos elementos carreados aos autos, é que a vontade interna das empresas supra, inteiramente convergente com a vontade manifestada nos negócios jurídicos formalizados, foi inicialmente aportar recursos para o aumento de capital em Banestado de forma que, **por meio dessa última empresa**, que já possuía a qualidade de acionista direta da Redecard, se adquirisse a participação societária em questão (conforme publicamente declarado no edital de e-fls. 151 a 179), ainda que com o intuito de, posteriormente, promover a incorporação daquela Banestado pela Redecard.

29. A bem do debate, faço notar que entendo, mesmo para os que adotem conceito mais amplo (causalista) de simulação, onde o vício simulatório relacionado ao negócio jurídico passa a ser analisado exclusivamente no plano de sua causa e não no da vontade, admitindo-se, assim, a integração da análise de motivo no âmbito da causa do negócio jurídico, tem-se no caso em questão que:

a) No entender deste relator, não há qualquer indício de desvirtuamento das atribuições econômico-sociais dos atos ou contratos utilizados nas sequências de operações sub judice, os quais produziram seus efeitos jurídicos típicos, seja quando da aquisição da participação via OPA ou da posterior incorporação reversa;

b) Ainda, quanto a eventual vício do motivo, de se retomar as evidências já aqui anteriormente citadas no item 25 e 26 e não contraditadas pela autoridade fiscal (Constatação da Banestado como empresa operativa desde 2001, com objeto social expresso de participação em outras sociedades e sendo a única, dentre as

*apontadas como envolvidas na simulação, que já se revestia da qualidade de acionista direta da Redecard antes da OPA).*

30. *A partir do acima disposto, no entender deste relator, mesmo sob uma ótica causalista do instituto, não há como se caracterizar ter havido simulação na aquisição efetuada por Banestado, ainda que seguida da incorporação reversa e posterior aproveitamento do ágio sub judice. Por fim, quanto à eventual falta de propósito negocial nas operações, o tema será enfrentado em tópico próprio, visto que se constatou menção dispersa a esta outra patologia também em diversos trechos da peça acusatória (TVF).*

31. *Entendo, assim, que se está diante de situação fático-probatória onde nada há de oculto, onde os agentes quiseram que as operações se dessem exatamente consoante juridicamente exteriorizadas e produzindo o resultado final observado, com os negócios jurídicos em análise surtindo todos os efeitos que lhe são próprios na seara empresarial. Pelo que se depreende dos autos, o que se objetivou foi adquirir inicialmente a participação societária através de Banestado, empresa operativa do grupo Itaú Unibanco e que já possuía desde 2001 como objeto social a participação em outras sociedades (vide e-fl. 1339) e que já era acionista da impugnante (detendo participação direta nesta), tal como juridicamente exteriorizado.*

32. *Não há, assim, que se falar em simulação no conjunto de operações sobre análise, sem que, todavia, isto impeça que se possa cogitar da caracterização de fraude à lei, conforme se depreende da doutrina de Bernardes de Mello (in Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade, Ed. Saraiva, 3ª. ed., p. 156), verbis:*

*“(…)*

*O ter a simulação, em alguns casos, a finalidade de infringir preceito legal não a torna semelhante à fraude à lei. Primeiro porque esse dado não é essencial à simulação. No mais das vezes o ato simulado destina a prejudicar direitos subjetivados de terceiros. **Na fraude à lei a sua característica substancial é, precisamente, a infração da norma jurídica por meios indiretos. Depois, o outro elemento fundamental para distinguir o ato in fraudem legis do ato simulado consiste em que na simulação os atos não são verdadeiros, embora se destinem a violar a lei. Realmente, na simulação os atos praticados ou são aparentes ou são mentirosos. No ato in fraudem legis nada é aparente. Tudo o que aparece é querido, especialmente o resultado. Como demonstramos acima (2.3.3), os atos em si, considerados isoladamente, são válidos e eficazes. A invalidade é produto da infração à lei, que se consuma com a conjunção dos diversos atos através da qual o fim proibido ou imposto é alcançado ou evitado.** (grifei)*

*(…)”*

*(…)*

34. *A partir do acima disposto e considerando-se a existência de termos acusatórios no TVF que remetem ao instituto acima mencionado (fraude à lei), opta-se por tratá-lo a seguir, conjuntamente com a acusação de existência de*

*fraude tipificada na forma do art. 72 da Lei no. 4.502, de 1964, por se julgar oportuna a comparação dos dois institutos.*

35. *Conclusivamente, afastada, assim, no presente tópico, a acusação de simulação (relativa).*

**b) Quanto à fraude à lei e à fraude tipificada no art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964, com aplicação de multa qualificada.**

36. *Delineado o que se entende por fraude à lei, extrai-se do Termo de Verificação Fiscal a acusação da patologia nos seguintes trechos:*

(...)

‘No entanto, há que se ter em mente que estas decisões têm reflexos tributários, e são estes reflexos que entram no escopo da auditoria fiscal, sobretudo quando os atos negociais que os originaram são formalizados com o fito de dar aparência diversa do que na essência ocorreu, **a fim de forçosamente enquadrar-se em uma hipótese legal que não se adéqua a realidade dos atos praticados.** (grifei) (e-fl.1081)

(...)

Houve, na realidade, apenas uma torpe **tentativa de se ajustar à letra da lei,** (grifei) sem que restassem atendidos os requisitos intrínsecos do permissivo legal, o qual condiciona a dedutibilidade fiscal da amortização do ágio à extinção **por incorporação, fusão ou cisão da participação da investida pela investidora que efetivamente pagou pelo ágio** (ou vice-versa). (e-fl. 1088)

(...)

**Portanto, a utilização da via indireta (aporte de capital para transferir a titularidade da aquisição) teve como único objetivo contornar a restrição da legislação tributária** (grifei) para operacionalizar a amortização do ágio que originalmente seria registrado na companhia que realizou o investimento, buscando, assim, os benefícios fiscais de se pagar menos tributos. (e-fl. 1092)

(...)

37. *Quanto à possibilidade de aplicação no ordenamento jurídico pátrio do instituto de fraude à lei, mais especificamente na seara tributária, trata-se de tema há muito discutido e bastante controvertido, havendo:*

a) *Doutrinadores que o rejeitam terminantemente, a menos da existência de prévia atuação declaratória pelo Poder Judiciário, visto não se estar, no caso da norma tributária, diante de norma preceptiva ou proibitiva (Alberto Xavier);*

b) *Em espectro oposto, os que admitem a aplicabilidade do instituto de forma bastante abrangente, sem a necessidade sequer de edição de lei expressa que a preveja [...]*

38. Com a devida vênia aos competentes posicionamentos acima, adoto, quanto ao tema, entendimento intermediário, coincidente com o particularmente esposado por Marciano Seabra de Godói (in: Machado, Hugo de Brito (Coord.). *Planejamento Tributário*, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 444-520), no sentido de necessidade de aplicação do art. 116, § único do CTN, com sua redação dada pela Lei Complementar nº. 104, de 10 de janeiro de 2001 (norma antielusiva), para fins de aplicabilidade do instituto da fraude à lei em sede tributária, a se dar através da desconsideração do negócio jurídico contaminado pela patologia prevista naquele parágrafo, verbis: [...]

(...)

40. Justifico aceder a tal posicionamento com fulcro nas seguintes considerações:

a) Entendo que sempre que se estiver a analisar eventual violação à(o) mens legis (espírito da lei), há de permanecer à disposição, tanto da autoridade fiscal como da autoridade julgadora, a utilização conjugada dos métodos de interpretação, em especial dos lógico-sistemático e teleológico (finalístico), como forma de caracterizar a subsunção dos fatos à norma de incidência (tal como realizado anteriormente quando da análise de mérito a presente autuação), independentemente da existência e aplicabilidade ou não de norma de caráter antielusivo, tal como o citado 116, § único do CTN;

b) Tais métodos de interpretação, entendo, quando apropriadamente aplicados, note-se, devem necessariamente conduzir à aplicação do espírito da lei, podendo, na maior parte dos casos, assim, quanto ao tributo devido, produzir resultado prático idêntico ao da norma antielusiva, qual seja, conclusão quanto à hipótese de incidência sob análise e quanto à necessidade de tributação, em pleno alinhamento com o espírito da norma. Em tal hipótese, garantidas por tal mecanismo interpretativo, no que diz respeito à fraude à lei, tanto a imperatividade do ordenamento como o respeito à legalidade;

c) Ou seja, repita-se, considerando-se ser a correta interpretação lógico-sistemática/teleológica mecanismo bastante hábil a neutralizar as condutas patologicamente classificáveis como fraude à lei, interpreto que, no que diz respeito ao instituto, o principal objetivo/efeito prático oriundo da edição do dispositivo antielusivo mencionado é a necessária subsunção desta patologia, nos casos de violação à mens legis em que o enfrentamento via hermenêutica finalística se mostre insuficiente, aos procedimentos mencionados no referido art. 116, parágrafo único, visto que inegavelmente abrangida pelo verbo 'dissimular' ali constante, conforme já alternativamente admitido por Greco no mesmo artigo supra citado, veja-se: [...]

d) Rechaça-se desta forma a coincidência entre o verbo dissimular constante do parágrafo único do art. 116 do CTN e o termo simulação constante de outros artigos do mesmo Código, em linha com fundamento perfeitamente delineado por Sérgio André Rocha, citando André Folloni (in: *Planejamento Tributário na Obra de Marco Aurélio Greco*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 143-144), admitindo-se aqui abrangência suficiente ao verbo 'dissimular', constante do

*parágrafo único do art. 116 do CTN de forma a que esteja a abarcar a patologia aqui em análise (fraude à lei) e outras patologias elusivas, verbis: [...]*

*e) Do acima disposto, entendo como especialmente esclarecedor e relevante, no trecho acima, o fato da tese aqui adotada ser suportada pela própria exposição de motivos da Lei Complementar nº. 104, de 2001 que deu redação ao dispositivo expressamente antielusivo (ou anti 'elisão ineficaz', como preferem alguns autores, em linha com a redação da referida Exposição de Motivos), entendendo-se a menção ali feita às figuras de abuso de forma e abuso de direito como meramente exemplificativas do espírito da norma, qual seja, repita-se, antielusivo, verbis: [...]*

*41. Todavia, em que pese aqui se aceder a tal possibilidade de aplicação do art. 116 § único em hipóteses de fraude à lei e com o devido respeito ao posicionamento em contrário, esposado recentemente pela 1ª. Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais quanto à eficácia plena do dispositivo (Acórdão CARF 9.101-002.953, da sessão de 03 de julho de 2017, não objeto de súmula vinculante a este Colegiado), **continuo a entender que se está ali a tratar de norma de eficácia limitada**, permanecendo a aplicação do referido dispositivo pendente de edição de Lei Ordinária que discipline os procedimentos a serem adotados para a mencionada desconstituição de negócios jurídicos. Aqui agora converge o posicionamento deste relator integralmente com o de Greco, a menos de sua ressalva final, da qual já se discordou no presente voto no âmbito do item 38, na forma de Greco apud Rocha (in: Planejamento Tributário na Obra de Marco Aurélio Greco, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 137) [...]*

*42. Acedendo integralmente ao posicionamento acima, chama-se atenção, aqui, para a literalidade do referido art. 116, § único do CTN, ao estabelecer que ali se está a tratar de procedimentos '**a serem**' estabelecidos, descartado, assim, em meu entendimento, que o legislador quisesse estar a se referir também à possibilidade de utilização de diplomas já vigentes, como o Decreto nº. 70.235, de 1972, como entendem alguns intérpretes, com a devida vênia.*

*43. A propósito, entendo que o argumento de possibilidade de regulamentação procedimental da norma antielusiva através de tal diploma (PAF), com fulcro em princípios constitucionais, representa imprópria interpretação conforme a Constituição, uma vez que a adoção da eficácia limitada do norma citada, baseada em sua literalidade (tal como aqui esposado), em nenhum momento colide com qualquer princípio daquele Texto Maior, de forma a que restasse justificado o afastamento de seu teor neste ponto, onde a norma me parece suficientemente precisa.*

*44. Assim, entendo que, enquanto não editada a Lei Ordinária mencionada, expressamente prevista no parágrafo único do art. 116 do CTN como norma regulamentadora dos procedimentos a serem adotados para a desconstituição dos negócios jurídicos para fins fiscais, é de se descartar a possibilidade de aplicação da acusação de fraude à lei, seja na presente autuação ou em qualquer outra e, assim, rejeito a ocorrência do instituto, repito, a meu ver, implicitamente indicado no TVF.*

45. Tudo sem prejuízo, conforme já mencionado, da conclusão pela necessidade de manutenção parcial da autuação com fulcro em interpretação lógico-sistemática e teleológica (finalística), tal como anteriormente realizado no âmbito do presente voto.

46. Registro, por fim quanto ao instituto, ainda, a bem do debate, que mesmo que entendesse a norma antielusiva como dotada de eficácia plena, entenderia este Relator como imprescindível que se tivesse utilizado o referido parágrafo único do art. 116, do CTN, como fundamentação da autuação fiscal, a fim de que se pudesse aplicar o instituto patológico de fraude à lei, o que também não foi feito no lançamento aqui em questão. De outra forma, entendo que se estaria a produzir, por via de julgamento administrativo, novo ato de constituição do crédito tributário, o que é de se rechaçar, dado o caráter revisional da atividade deste e dos demais Colegiados Administrativos julgadores.

47. Adota-se esta última ressalva, uma vez mais com vênias à jurisprudência recente da 1ª. Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (Acórdão CARF nº. 9.101-003.447, também não vinculante) que parece indicar em sentido diverso, ainda que ali se estivesse a tratar de situação fática bastante distinta de mera fraude à lei (ali se concluiu pela existência de simulação, havendo a utilização do art. 149, VII, na fundamentação legal do auto. Todavia, ressalte-se, que, no caso de fraude à lei sem simulação, não há qualquer dispositivo do CTN que pudesse ser correlacionado à patologia).

48. Em sequência, de se aproveitar da longa excursão acima realizada quanto ao instituto da fraude à lei, agora para fins da análise da qualificadora aqui imputada com fulcro no art. 72 da Lei nº. 4.502, de 1964, combinado com o art. 44, §1º., da Lei no. 9.430, de 1996, verbis: [...]

49. Explico. Entendo que tudo quanto já dito no presente tópico já resta suficiente para demonstrar que não se confunde a patologia jurídica de fraude à lei com o instituto de fraude contra o Fisco, este último sim estabelecido pelo art. 72 da Lei nº. 4.502, de 1964 supra. Note-se: enquanto na patologia de fraude à lei, conforme já amplamente aqui delineado, se está diante de mecanismo elusivo (daí sua abrangência pelo dispositivo antielusivo, atualmente constante do art. 116 do CTN), já na fraude prevista no referido art. 72 da Lei nº. 4.502, de 1964, se está diante de mecanismo tipicamente evasivo, dependente de dolo contra legem assemelhado assim ao dolo penal, tese que é inclusive plenamente suportada pelo fato do legislador ter elencado aquela fraude do art. 72 ao lado de institutos notadamente evasivos constantes dos art. 71 e 73 do mesmo diploma (sonegação e conluio), elegendo-os em conjunto para fins de aplicação de multa qualificada, consoante previsto pelo art. 44, §1º. da Lei nº. 9.430, de 1996.

50. No caso em questão, entendo que tal fraude, ensejadora da aplicação da multa qualificada, é a que se refere a autoridade lançadora nas seguintes menções ao termo fraude e seus substantivos, constantes da peça acusatória (TVF).

‘(...)

Pode-se concluir que as definições de sonegação e fraude que dão suporte à qualificação da multa implicam ações tendentes a provocar a emissão de um juízo errôneo por parte da autoridade fiscal quando diante da amortização do ágio.

Nesse sentido, o contribuinte, ao formalizar seus registros contábeis e societários de forma a dar uma aparência de correção à indedutibilidade das despesas de amortização do ágio e à reestruturação societária sem propósito negocial, **pretende induzir a fiscalização a avaliar uma operação que, nessas circunstâncias, é inoponível à Fazenda** (grifei) (e-fl. 1096)

(...)

A operação engendrada pela fiscalizada, conforme já exposto, é legal apenas no seu aspecto formal, mas ilícita na medida em que objetivou unicamente reduzir a carga tributária a que estava sujeita. Pelo exposto, **fica patente a caracterização do intuito fraudulento, justificando-se plenamente a aplicação da multa qualificada.**(e-fl. 1097)'

51. *Acerca da fraude contra o Fisco e sua distinção em relação a fraude à lei, uma vez mais recorro a lições de Greco apud Rocha (in: Planejamento Tributário na Obra de Marco Aurélio Greco, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 87-89), às quais acedo integralmente: [...]*

52. *A consulta direta à obra do Professor Greco (in: Planejamento Tributário, 3ª edição, 2011: São Paulo: Dialética, p. 263) clareia de forma definitiva o tema, no posicionamento que aqui se adota:*

‘(...)

Outra observação a ser feita é a de que a incidência do § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, que leva à multa mais onerosa, supõe a ocorrência inequívoca de **dolo no seu mais puro sentido penal.**

Vale dizer, não é toda e qualquer hipótese de falta de pagamento etc., prevista no inciso I que vai levar à duplicação da multa.

**Se não houve intuito de enganar, esconder, iludir, mas se, pelo contrário, o contribuinte agiu de forma clara, deixando explícitos seus atos e negócios, de modo a permitir a ampla fiscalização pela autoridade fazendária, e se agiu na convicção e certeza de que seus atos tinham determinado perfil legalmente protegido – que levava ao enquadramento em regime ou previsão legal tributariamente mais favorável –, não se trata de caso regulado pelo § 1º do artigo 44, mas de divergência na qualificação jurídica dos fatos; hipótese completamente distinta da fraude e da sonegação a que se referem os dispositivos para os quais o § 1º remete.**

(...)

53. *Analisa-se, à luz do quanto acima disposto, a ocorrência de fraude contra o Fisco, ensejadora da qualificação no caso em litígio.*

54. Com a devida vênia à autoridade lançadora, não vislumbro, no caso em questão, violação direta à norma que regula aproveitamento do ágio (o que caracterizaria um agere contra legem), mas tão somente a ocorrência de arranjo societário o qual, dada a inexistência da confusão patrimonial entre patrimônio-adquirente e participação adquirida com ágio, necessária sob uma ótica finalística, caracteriza dissenso ao espírito da referida norma e não dá guarida à dedução intentada pela impugnante.

55. Ou seja, pelo que se depreende de tudo que consta dos autos, o objetivo das operações em análise por parte do grupo Itaú Unibanco foi adquirir inicialmente a participação societária em Redecard através de Banestado, empresa operativa desde 2001, e detentora de participação direta na impugnante, sendo, note-se, tal aquisição condizente com o objeto social da adquirente desde muito antes da operação. Seguiu-se, então, após o fechamento de capital via OPA, a incorporação reversa da Banestado pela impugnante, operação que, depreendo, a impugnante assumiu como capaz de possibilitar o posterior aproveitamento do ágio na forma dos arts. 7º. e 8º. da Lei nº. 9.532, de 1997 e art. 386 do RIR/99, tese aqui rejeitada, a partir da correta interpretação lógico-sistemática/teleológica (finalística) dos referidos dispositivos.

56. Retomando aqui considerações já tecidas quando da análise da ocorrência do instituto da simulação, noto que se está diante de situação fático-probatória onde nada há de oculto, onde os agentes quiseram que as operações se dessem exatamente consoante juridicamente exteriorizadas, envolvendo a aquisição ampla publicidade (visto que realizada através de OPA) e produzindo o resultado final observado, com os negócios jurídicos em análise surtindo todos os efeitos que lhe são próprios na seara empresarial. Não há controvérsia acerca do efetivo pagamento do ágio ou acerca de seu valor, com fulcro em laudo de rentabilidade futura produzido pela adquirida.

57. Cabível assim, a manutenção da tributação da multa de ofício, sem que se deva cogitar, todavia, da exasperação da penalidade aos 150% previstos no § único do art. 44 da Lei nº. 9.430, de 1996.

58. Assim, conclusivamente quanto ao item, rejeito a imputação de qualificadora decorrente de caracterização da fraude prevista no art. 72 da Lei nº. 4.502, de 1964.

**c) Quanto à falta de propósito negocial (Business Purpose Doctrine)**

59. Encerrando a análise das patologias jurídicas identificadas no Termo de Verificação Fiscal, são encontradas diversas menções à falta de propósito negocial na sequência de operações societárias sub judice, consoante excertos que se seguem:

(...)

Ademais, é importante observar que o Grupo Itaú, nas respostas acima transcritas, reconhece que optou por DEFINIR a empresa Banestado como a empresa adquirente, ou seja, a atribuição do papel da Banestado como adquirente na

operação foi uma OPÇÃO ESTRATÉGICA da empresa, estratégia esta que objetivou exclusivamente a obtenção de economia tributária (grifei), conforme será comprovado no decorrer do presente relatório. (e-fl. 1081)

(...)

é descabida a transferência gratuita e imotivada (grifei) de um ativo de uma entidade à outra, principalmente por se tratar de ágio, com potencial de gerar despesas dedutíveis, como se os ativos e passivos pertencessem ao grupo econômico, e não a entidades autônomas. (e-fl. 1090)

(...)

Nesse sentido, o contribuinte, ao formalizar seus registros contábeis e societários de forma a dar uma aparência de correção à indedutibilidade das despesas de amortização do ágio e à reestruturação societária sem propósito negocial (grifei), pretende induzir a fiscalização a avaliar uma operação que, nessas circunstâncias, é inoponível à Fazenda (e-fl. 1096).

(...)

*60. Quanto ao tema, alinho-me aos que entendem haver a necessidade de adoção de previsão legal específica para aplicação da teoria (doutrina) do propósito negocial no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme já explorado no âmbito do presente voto, entendo que a norma que permitiria a referida adoção (art. 116, parágrafo único do CTN), ainda que já editada, permanece pendente de edição de Lei Ordinária a fim de possibilitar sua aplicação, se estando, na espécie, diante de norma de eficácia limitada.*

*61. Aqui, ainda, como suporte adicional a tal posicionamento, de se aceder à evidência adicional trazida pela autuada em sede de impugnação, qual seja, da tentativa de regulamentação do referido parágrafo único do art. 116, do CTN, pela Medida Provisória no. 66, de 2002, onde se fazia expressa menção ao instituto patológico da falta de propósito negocial, tendo porém tal Medida Provisória restado rejeitada, perdendo, assim, qualquer eficácia normativa.*

*62. Ainda, mesmo para os que opinam pela eficácia plena do referido art. 116, § único, do CTN, faço notar que, no caso específico da falta de propósito negocial alegada, é de se entender que a opção (não exercida) de incorporação do patrimônio da Redecard pelas Itauleasing e Itaucard, representa, no entender deste relator, relevante indício da existência de motivação extratributária na aquisição pela Banestado e posterior incorporação somente desta última pela Redecard, conforme aventado, inclusive, como provável pela autoridade fiscal, à e-fl. 1092, verbis:*

‘(...)

Em resumo, quem efetivamente poderia amortizar o ágio, ITAULEASING e ITAUCARD, preferiu não fazê-lo, seja lá pelo motivo que foi, provavelmente pela falta de interesse do Grupo Itaú em incorporar a empresa cujas ações foram

objeto da aquisição com ágio (Redecard); em outra banda, quem, realmente o utilizou - Redecard não poderia tê-lo feito.

(...)

63. Por fim, de se ressaltar somente, remetendo-me à origem da Business Purpose Doctrine na Suprema Corte Americana (Gregory vs. Helvering, 293 U.S. 465, 1935), que, ainda que rejeite este relator a aplicação da doutrina no ordenamento jurídico pátrio, entendendo permanecer inteiramente disponível ao intérprete/julgador pátrio, a utilização do método de interpretação teleológica (finalística) na seara tributária, de forma a que, em situações como a presente, uma vez caracterizada a violação ao espírito da norma em análise, também aqui se possa concluir, quanto à hipótese de incidência em questão, pela impossibilidade de aproveitamento do ágio com fulcro nos arts. 7º. e 8º. da Lei no. 9.532, de 1997.

64. Não se deve, assim, confundir a impossibilidade da aplicação da referida doutrina do propósito negocial em nosso ordenamento (aqui defendida) com eventual vedação à adoção do método teleológico (finalístico), tal como aqui realizada. Cediço que tudo o quanto se concluiu no precedente estrangeiro que deu origem à Business Purpose Doctrine em nada contradiz a hermenêutica finalística (na decisão final da Suprema Corte dos EUA mencionada é expressamente adotado como razão de decidir o fato da transação contrariar a intenção da norma em questão), esta última totalmente aplicável em nosso ordenamento, tal qual adotado no presente caso, onde se votou por manter a autuação (a menos das reduções já anteriormente defendidas), ainda que se rejeite a aplicação da doutrina de propósito negocial.

65. Assim, conclusivamente quanto ao tema, rejeito a aplicação da doutrina de propósito negocial no caso em questão, sem prejuízo, todavia, da manutenção parcial da autuação com fulcro na interpretação lógico-sistemática e finalística, aqui anteriormente realizada” (negritos e grifos e negritos do original; grifou-se).

18. Quanto ao mérito da autuação em si, concorda-se com o entendimento da Autoridade Julgadora de piso, que a afastou, nesta parte. Compulsando-se o TVF, infere-se que este não levou em conta a origem dos recursos ora apontada pela Interessada, que a demonstrou em respostas a intimações de e-fls. 339/340 (que encontra lastro no razão contábil de e-fls. 312/319) e de e-fls. 131/133 (que encontra lastro no edital de OPA de e-fls. 151/179, no balancete de e-fls. 180/181 e em fato relevante divulgado ao mercado de e-fls. 197). Registre-se que as segregações ora respeitantes às rubricas de “marcas” e “tecnologia” foram proporcionalizadas na razão entre o desembolso proveniente de resgate de fundos e o total para que se chegasse ao valor do “goodwill” e, daí, ao valor amortizável por mês.

19. Quanto à qualificação da multa, examinando o conjunto de elementos dos autos, entende-se que não restou caracterizado o intuito de simulação ou fraude por parte do sujeito passivo, como aduz a Recorrente, e sim uma interpretação equivocada do real alcance das normas tributárias que disciplinam a amortização do ágio em reorganizações societárias.

19.1. É inegável que foi gerado um ágio na operação societária de aquisição da Redecard efetuada pelo Banestado, embora seu aproveitamento, na forma pretendida pelo Contribuinte, não encontre guarida na legislação de regência, como visto. No entanto, não há elementos para afirmar o intuito fraudulento na obtenção da economia fiscal.

19.2. No caso, além da efetiva existência de um ágio pago, constata-se que as empresas envolvidas têm operacionalidade, patrimônio e existência efetiva, não podendo ser confundidas com outras situações de ágio interno em que apenas uma empresa (a que se beneficia do ágio) tem existência real.

19.3. Assim, ao contrário da conclusão fiscal, a interpretação da legislação atinente ao ágio, adotada pela Fiscalizada, revela-se escusável no tocante à qualificação da multa, inexistindo elementos para justificar sua aplicação.

20. Pelo exposto, nego provimento ao Recurso de Ofício.

### **CONCLUSÃO**

21. Por todo o exposto, conheço os Recursos de Ofício e Voluntário. No mérito, negos-lhes provimento.

*(documento assinado digitalmente)*

Rafael Taranto Malheiros

### **Voto Vencedor**

Conselheiro Iágaro Jung Martins, redator designado,

Em que pese as conclusões do i. Relator que ratificou as conclusões da r. decisão, em especial de que não houve confusão patrimonial entre o real compradora e adquirida, a Turma, por maioria de votos, entendeu que efetivamente Banestado foi a real adquirente da participação social da Recorrida.

Reproduzo, sobre a matéria, os mesmos argumentos quando da análise dos mesmos fatos que resultaram na admissibilidade, para fins de amortização, do ágio em razão da aquisição de participação societária de partes independentes, na condição de relator do PAF nº 16561.720011/2020-46,

A Recorrente defende que a aquisição de participação societária não deixa de ser real e efetiva se, antes disso, houve aumento de capital do adquirente, Banestado, que era empresa operacional desde 2001 e tinha como objeto social a participação no capital de outras sociedades. Que é um absurdo considerar que o aumento de capital promovido pelo Itaúcard e Itaú Leasing no Banestado transformaria aquelas companhias nas reais adquirentes.

O Banestado foi escolhido para ser o adquirente em razão de, como integrante do Grupo Itaú, era a empresa que possuía a maior participação societária na Redecard. Que o propósito negocial da aquisição do investimento na Redecard no âmbito da OPA se destinou ao fechamento do seu capital.

Entende a Recorrente que é um absurdo o argumento trazido no r. Acórdão, de que a operação não se deu em condições ideais de mercado, que o Banestado seria mero veículo para aquisição das ações, que não houve circulação de riquezas, pois a operação não ocorreu entre partes independentes. Defende que é da natureza da OPA que a aquisição se dê entre partes independentes, isto é, das ações em circulação no mercado. Conclui que o item 20.1 do OfícioCircular CVM/SNC/SEP 01/2007 são inaplicáveis ao caso, pois não se trata de ágio interno.

A r. decisão entende que não houve circulação ou geração de riqueza, pois todas as etapas foram realizadas entre pessoas jurídicas com participações recíprocas e interesse comum. Fundamentou sua posição em razão de que os recursos despendidos coma a aquisição da participação acionária da Redecard (R\$ 12.531.100.490,00) serem originários do Itaucard e Itaú Leasing, e ao final da operação, a integralidade das ações da Redecard pertenciam a este grupo econômico.

Outro aspecto subsidiário para manutenção integral do lançamento pela autoridade julgadora de primeira instância diz respeito a ausência de confusão patrimonial entre investidora e investida, pois parte do entendimento que os reais adquirentes seriam Itaucard e Itaú Leasing. Destaca-se o seguinte trecho do referido voto:

No caso concreto, consoante quadros e valores (incontroversos) registrados nos itens 7.2, 7.3 e 7.5 do presente voto, foram desembolsados R\$ 13.588.410.401,85 na aquisição da participação societária em Redecard - (ágio de R\$ 12.503.731.895,97 e valor patrimonial das ações de R\$ 1.084.678.505,88) , sendo que o ônus referente a parcela de R\$ 12.513.100.490,00 recaiu sobre pessoas jurídicas diversas do Banestado, fato este que de pronto, conforme considerações aqui traçadas, incluindo as expostas no item 8.1 deste voto, que trata da ausência das condições ideais de mercado no processo de formação do ágio, caracteriza que não houve confusão patrimonial em relação a parcela do ágio proporcional àquele montante de R\$ 12.513.100.490,00.

A interessada alega, em sua impugnação, que parte das aquisições da Redecard, representada pela diferença entre o custo total do investimento e os valores aportados por terceiros (R\$ 13.588.410.401,85 – R\$12.513.100.490,00) teria sido financiada pelo próprio Banestado, fato este que resultaria na configuração de confusão patrimonial e dedutibilidade da correspondente parcela proporcional do ágio.

A existência de confusão patrimonial, nos termos aqui já explanados, é apenas uma das condições impostas pelo art. 386 do RIR/1999 para a dedutibilidade do ágio. Neste sentido, conforme exposição feita no item 8.1 deste voto, outros requisitos deixaram de ser atendidos no caso no caso do ágio Redecard, uma vez que todas as etapas do mencionado processo foram realizadas por empresas com interesses comuns, pertencentes a um mesmo grupo econômico.

Tais requisitos, não atendidos, permeiam a integralidade do ágio contabilizado e, independentemente de quaisquer outros, já são, por si só, suficientes para caracterizar como indedutível todo o ágio Redecard. Nessas condições , mesmo reconhecendo que em

relação à parcela da aquisição da Redecard financiada pelo próprio Banestado teria havido confusão patrimonial (R\$ 1.075.309.911,85), conluio, pelos fundamentos já expostos no item 8.1 deste voto, pela indedutibilidade da integralidade dos valores amortizados.

A análise sobre a ocorrência da infração ou legitimidade da operação, que gerou a amortização do ágio, depende fundamentalmente da análise dos fatos, não isoladamente considerados, mas conjunto, para que se possa compreender a causa e os efeitos dos atos societários.

Os fatos que resultaram no ágio amortizado pela Recorrente podem ser resumidos na seguinte cronologia, conforme TVF (fls. 1.865/1.964):

a) Em 23.08.2012 foi publicado o edital de Oferta Pública de Aquisição de Ações (OPA) ordinárias emitidas pela Redecard por conta e ordem de Itaú Unibanco Holding S/A, acionista controlador indireto, informando que apresentaria aos acionistas não controladores oferta pública para aquisição de até a totalidade das ordinárias de emissão da Redecard por intermédio da sociedade controlada Banestado.

b) Em 23.09.2012: A Recorrente, Redecard, tinha os seguintes acionistas no Grupo Itaú: Banestado 23,21%; Itaucard 8,74% (participação indireta de 37,69% no Banestado); 14,44% Itaú Leasing (participação indireta de 62,22% no Banestado); 18,99% Dibens Leasing; 7,76% Itaú Unibanco; e 0,03% Itaú Holding. Ações em circulação no mercado representavam 49,98%. Ações em tesouraria representavam 0,02%. O quadro seguinte resume a participação acionária naquela oportunidade:

| <i><b>Acionista</b></i> | <i><b>Participação no Capital</b></i> |
|-------------------------|---------------------------------------|
| Banestado               | 23,2107%                              |
| Dibens                  | 18,9935%                              |
| Itaú Unibanco           | 7,7609%                               |
| Itaú Holding            | 0,0349%                               |
| <b>Total Grupo Itaú</b> | <b>50,0000%</b>                       |
| Mercado                 | 49,9798%                              |
| Ações em Tesouraria     | 0,0202%                               |
| <b>Total</b>            | <b>100,0000%</b>                      |

c) Em 24.09.2012, o Banestado adquiriu 52,2358% das ações da Redecard, sendo 44,4283% detidas pelo mercado, 7,7609% do Itaú Unibanco e 0,034923% pela Itaú Holding. Ao final, a participação do Banestado na Redecard foi 75,4348%, conforme quadro:

| <i><b>Acionista</b></i> | <i><b>Participação no Capital</b></i> |
|-------------------------|---------------------------------------|
| Banestado               | 23,2107%                              |
| Ex-Mercado              | 44,4283%                              |
| Ex-Itaú Unibanco        | 7,7609%                               |
| Ex- Itaú Holding        | 0,0349%                               |
| <b>Total Banestado</b>  | <b>75,4348%</b>                       |
| Dibens                  | 18,9935%                              |
| Mercado                 | 5,5515%                               |
| Ações em Tesouraria     | 0,0202%                               |
| <b>Total</b>            | <b>100,00%</b>                        |

d) Em 26.09.2012, Itaucard, Itaú Leasing, Itaú Unibanco e Intrag Participações realizam integralização de capital no Banestado no valor global de R\$ 11.205.500.000,00, posteriormente, no terceiro trimestre foram efetuadas novas integralizações, que totalizaram R\$ 12.513.100.490,00.

e) Até 16.12.2012, foram adquiridas ações residuais detidas pelo mercado, quando a participação no capital da Recorrente passou a ser:

| <b>Acionista</b>         | <b>Participação no Capital</b> |
|--------------------------|--------------------------------|
| Banestado                | 23,2107%                       |
| Adquiridas Mercado       | 49,9697%                       |
| Adquiridas Itaú Unibanco | 7,7609%                        |
| Adquiridas Itaú Holding  | 0,0349%                        |
| <b>Total Banestado</b>   | <b>80,9762%</b>                |
| Dibens                   | 19,0238%                       |
| <b>Total</b>             | <b>100,00%</b>                 |

d) Em 17.12.2012 o Banestado, investidora, foi incorporado pela Redecard, investida, que passou a ter a seguinte composição acionária:

| <b>Acionista</b> | <b>Participação no Capital</b> |
|------------------|--------------------------------|
| Itaucard         | 30,5213%                       |
| Itaú Leasing     | 50,3873%                       |
| Dibens           | 19,0238%                       |
| Itaú Unibanco    | 0,0672%                        |
| Intrag Part      | 0,0005%                        |
| <b>Total</b>     | <b>100,0000%</b>               |

A amortização do ágio tem disciplinamento na Lei nº 9.532, de 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 nº 1.598, 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 § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, 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 § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, 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 § 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)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-

calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

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

§ 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.

§ 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.

§ 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.

§ 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.

Em 2012, quando ocorreram as aquisições das participações societárias vigia a redação original do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, que posteriormente foi alterado pela Lei nº 12.973, de 2014:

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.

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

Um aspecto fundamental sobre os referidos dispositivos legais é de que o ágio passível de ser amortizado é aquele que decorre da aquisição de participação societária (art. 20, caput, do DL nº 1.598, de 1977).

Não existe aquisição de algo que já faça parte do patrimônio de alguém. Por essa razão não se pode chamar de aquisição de participação societária aquela que ocorre dentro dos muros de um grupo econômico.

Em operação intragrupo não há aquisição de participação societária, mas apenas reorganização (ou reestruturação) societária, visto ser logicamente impossível adquirir algo que já pertence ao grupo societário.

Nessa linha foi a manifestação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), quando publicou o Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2007:

#### 20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas

A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de “ágio”.

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utiliza-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.

Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico contábil é preciso esclarecer que **o ágio surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo.** Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.

**Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios.** Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), **do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio,** livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como “arm’s length”.

Portanto, é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade. (g.n.)

Assim, em que pese não concluir integralmente com o resultado do julgamento de primeira instância, que entendeu como não ser passível de amortização a integralidade do ágio registrado em razão de inexistir composição de interesses opostos, tal argumento é válido apenas em parte.

Equivocadamente, entendeu a autoridade julgadora de primeira instância por invalidar todo ágio registrado em razão de que as operações de aquisições de ações, por terem sido suportadas com os R\$ 12,5 bilhões originados no Grupo Itaú e que, após as operações de aquisição das ações, a participação acionária da Redecard ter permanecido no próprio grupo, não teria havido circulação de riqueza.

Em precedentes da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) é possível identificar a diferença entre empresa veículo ou *conduit companie*, cuja característica é ser tão-somente um CNPJ sem capacidade operacional, que figura formalmente como adquirente, na qual o real adquirente aporta os recursos financeiros destinados a liquidar investimento para, no passo seguinte, ser incorporada pela empresa objeto, que passa a ser controlada pelo real adquirente, ainda que de forma indireta, isto é, não essas pessoas jurídicas não se confundem com o real adquirente, pois, para dar aparência de subsunção à hipótese legal de amortização do ágio, buscam, por servirem de canal de passagem dos recursos apresentarem perante ao Fisco, e apenas a essa, como adquirente.

Nessa linha, cita-se os seguintes julgados da CSRF em que ficou evidenciado que a adquirente nada mais era do que uma *conduit companie*, destinada, de forma artificial, a criar hipótese para fruição do ágio:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

ÁGIO. INVESTIDA. REAIS INVESTIDAS. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. INDEDUTIBILIDADE. IRPJ. CSLL.

Nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidas.

(Acórdão nº 9101-002.213, relator Marcos Aurélio Pereira Valadão, sessão de 03.02.2016)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

O conceito do ágio é disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, e trata-se de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

APROVEITAMENTO DO ÁGIO. INVESTIDORA E INVESTIDA. EVENTOS. SEPARAÇÃO. UNIÃO.

São dois os eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

A amortização, a qual se submete o ágio para o seu aproveitamento, constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99, submetendo-se aos testes de necessidade, usualidade e normalidade.

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

Não há norma de despesa que recepcione uma situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica. Não há como estender os atributos de normalidade, ou usualidade, para despesas derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO

A cognição para verificar se a amortização do ágio passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência dos arts. 385 e 386 do RIR/99,

segundo, se requisitos de ordem formal estabelecidos encontram-se atendidos, como arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes e reorganizações societárias com substância econômica.

**AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE.**

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente.

Compartilhando do mesmo patrimônio a controladora e a controlada ou coligada, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável.

(Acórdão nº 9101-002.304, relator André Mendes Moura, sessão de 06.04.2016)

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ**

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

**ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.**

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma "empresa-veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

(Acórdão nº 9101002.428, relator Rafael Vidal de Araújo, sessão de 18.08.2016)

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ**

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011

ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS  
FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma "empresa-veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

(Acórdão nº 9101-002.962, relatora Adriana Gomes Rego, sessão de 04.07.2017)

O pronto comum desses julgados é a existência apenas formal da empresa adquirente, não raras vezes, sem capacidade operacional, ainda que pudesse se revestir de uma holding, que exigiria ao menos o registro contábil de algumas operações típicas dessas sociedades, em alguns casos a efemeridade. O ponto comum, no entanto, é a ausência de recursos e sua inexistência efetiva antes e depois da operação que gerou o ágio.

Sobre essa diferenciação, em especial sobre a impossibilidade de a empresa veículo se revestir da condição de real adquirente e, por conseguinte, haver subsunção à hipótese do art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997, pois inexistente o requisito subjetivo da lei, que é a confusão entre os patrimônios entre a investidora e investida, transcreve-se excerto do voto do Acórdão CSRF nº 9101-002.962:

Por diversas oportunidades esta 1ª Turma da CSRF vem se defrontando com casos em que operações societárias e movimentação de recursos precedem a incorporação de empresa adquirida com ágio junto à terceiros, incorporação essa que enseja a amortização do ágio pelo permissivo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. Em todas elas, a averiguação da correção da dedução do ágio amortizado nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL não se restringe à legitimidade de origem do ágio e aos aspectos formais das operações. A confusão patrimonial entre a real investidora e a investida é requisito indispensável para a dedutibilidade da amortização do ágio, afastando-se situações artificiais em que a incorporação não envolve a real investidora.

(...)

No presente caso não é preciso muito esforço para se verificar que a confusão patrimonial entre investidora e investida é apenas aparente. Isso porque a investidora (KORCULA) cujo patrimônio se encontrou com o da investida (ATACADÃO) por ocasião de sua incorporação reversa não foi quem, de fato, efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com ágio. Não é ela (KORCULA) a investidora real (ou originária), mas sim empresa efêmera pela qual recursos e ágio apenas transitaram ("empresa veículo", para se usar a expressão corrente na doutrina e na jurisprudência).

Diversos elementos fáticos destacados no TVF (item VII, "Análise das Operações Efetuadas pelo Grupo Carrefour") apontam nesse sentido, como se vê a seguir.

Em primeiro lugar, os recursos para aquisição de ATACADÃO por KORCULA vieram da controladora do Grupo sediada no exterior (CARREFOUR BV). Parte através de integralização em aumento de capital em duas etapas (de CARREFOUR BV para BREPA e de BREPA para KORCULA, como mostra o descritivo ao início do voto) e parte em empréstimo de CARREFOUR BV diretamente para KORCULA, empréstimo para o qual não foram cobrados juros. Confira-se:

(...)

Mas há também outros elementos indicativos da artificialidade da amortização pretendida.

Tome-se, por exemplo, o curto espaço de tempo entre a passagem da KORCULA pelo Grupo Carrefour e a efetuação da aquisição do ATACADÃO, bem como a inexistência de estrutura operativa nessa empresa, consideradas a magnitude e a complexidade do negócio, que envolvia avaliação de ativos e ágio por rentabilidade futura. Veja-se:

(...)

A destacar também a rapidez com que os recursos chegaram a KORCULA e passaram para os alienantes de ATACADÃO e a existência efêmera da KORCULA:

(...)

E ainda a inconsistência e a incapacidade de a Fiscalizada justificar a existência da KORCULA:

(...)

Não se trata de ignorar a existência da KORCULA ou de desconsiderar sua personalidade jurídica e regular constituição, ao arremetimento do direito civil brasileiro e da legislação societária, como alega a Recorrente. Não se trata, também, de interferir na condução dos negócios de empresa privada por obrigar o investidor a adquirir a empresa alvo diretamente. Se trata, sim, de negar os efeitos fiscais pretendidos pelo grupo econômico pela simples razão de que as regras tributárias aplicáveis não foram satisfeitas.

Como bem assinalou o acórdão recorrido, "a atuação baseia-se exclusivamente no passo intermediário da reorganização societária e dos seus efeitos tributários", não se contestando "os objetivos negociais finais da reorganização", nem se fundando o lançamento fiscal no art. 116, § único do Código Tributário Nacional.

Se a aquisição pelo Grupo Carrefour de ATACADÃO da maneira pretendida (mantendo a holding BREPA como controladora no país das empresas operacionais, inclusive ATACADÃO) não iria conformar situação que permitisse a dedução da amortização do ágio pago na aquisição, a interposição de empresa no processo não tem o condão de reconfigurar as regras para permitir os efeitos

fiscais pretendidos. O acórdão recorrido, aliás, enfrentou com muita propriedade esse aspecto, não assistindo razão à ora Recorrente quando tenta contrapor tais argumentos. Confira-se:

Nesse sentido, compulsando os autos, percebe-se claramente que o investimento realizado (aquisição das ações da RECORRENTE), e adquirido com ágio, comporia o ativo da então adquirente, provavelmente, por tempo indeterminado, haja vista a continuidade das operações, em seu próprio nome, por parte da RECORRENTE.

Assim, caso a aquisição fosse realizada pela holding que efetivamente atuava (BREPA), ou qualquer outra empresa operacional do grupo Carrefour no Brasil, não haveria qualquer extinção do investimento, haja vista a continuidade das operações da RECORRENTE.

A artificialidade da operação foi justamente buscar o contorno de tais normas imperativas, que impunham a ativação do ágio, buscando posicionar a RECORRENTE diante de normas de contorno, quais sejam, o art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99, transcritas a seguir, mediante operações societárias meramente com fins fiscais:

(...)

Isso porque o fato de a formação do ágio ter cumprido os requisitos legais estabelecidos, em especial aqueles em que essa turma firmou entendimento necessários (o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; a realização das operações originais entre partes não ligadas; seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura), não possui o condão de permitir que a regra geral seja desrespeitada, qual seja, o ágio deverá compor o custo do investimento para fins de apuração de ganho de capital em eventual alienação (inteligência do art. 391 c/c art. 426, II, ambos do RIR/99).

A meu ver, independentemente do desenho das operações e dos eventuais propósitos negociais na utilização de empresas veículo, não havendo extinção do investimento adquirido com ágio mediante confusão patrimonial entre investida e investidora, não há que se falar em dedutibilidade do ágio.

Retomando-se ao caso concreto. Entendeu a r. decisão que Banestado se revestiria de empresa veículo de Itaú Leasing e Itaucard em razão destas terem aportado recursos para fazer frente a aquisição das ações da Redecard.

Tal argumento é equivocado por dois fatos determinantes. O primeiro aspecto que mostra o equívoco das conclusões da autoridade julgadora é o de confundir a origem dos recursos com o real adquirente.

Como referido, há um critério claro nos precedentes citados da CSRF que diferenciam uma empresa veículo com a real adquirente, que não se resume apenas a descaracterização de aporte financeiro, via subscrição de capital ou empréstimo. É preciso, pois, verificar a existência e o papel desenvolvido pela adquirente antes e depois da operação de

confusão patrimonial, condição jurídica necessária para amortização do ágio com base nos art. 7 e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Não é atribuição ou competência da Administração Tributária se imiscuir sobre atos legítimos de gestão dos contribuintes. Dessa forma, é absolutamente irrelevante se a origem dos R\$ 12,5 bilhões para aquisições das ações decorre de disponibilidades dentro do grupo econômico, via integralização de capital, ou obtida via empréstimo junto a terceiros, fato que tornaria a operação mais onerosa em razão dos juros necessários para remuneração do capital necessário à operação.

Como bem aduzido pela Recorrente, seria ilógico imaginar que uma empresa ficaria *durante anos guardando dinheiro no cofre apenas à vista da possibilidade de surgir uma oportunidade de comprar um investimento societário*.

No caso sob, análise, a adquirente Banestado, era empresa que desempenhava atividades operacionais antes da operação, possuía ativos financeiros decorrentes das suas operações e, ainda, havia um claro propósito negocial (motivo extratributário) para que fosse eleito pelo grupo econômico para adquirir a participação societária, na medida que era a empresa no grupo que detinha a maior participação no capital da ora Recorrente.

O segundo fato determinante e não observado de forma adequada na r. decisão é o de que a maior parte das ações foram adquiridas de partes independentes.

Observe-se que, em 17.12.2012, a participação final do Banestado na Redecard passou a ser de 80,9762%. Por conseguinte, a operação resultou para o Banestado na aquisição de 57,7655% novas ações da Redecard (Mercado - 49,9697%, Itaú Unibanco - 7,7609%, Itaú Holding - 0,0349%), das quais 86,5044% foram adquiridas de terceiros independentes, via OPA.

O raciocínio de glosa de ágio passível de amortização é válido exclusivamente para o ágio cuja origem se deu pela “aquisição” de participações societárias intragrupo, isto é, aquelas que anteriormente já pertenciam ao Grupo Itaú, mais precisamente as que eram detidas pelo Itaú Unibanco (7,7609%) e pela Itaú Holding (0,0349%).

Em suma, deve ser glosado, por ter sido gerado internamente no grupo econômico, 13,4956% do ágio registrado na operação, visto que o restante, por consectário da OPA, ter sido adquirido de partes independentes, no mercado.

Definido que apenas 13,4956% do ágio registrado se refere à ágio interno, portanto não passível de amortização, passa-se a análise do parcela restante, isto é, a aquisição das ações de terceiros e não controladores da Redecard.

A Coordenadoria Técnica do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) aprovou em 03.06.2011, o Pronunciamento Técnico CPC nº 15, que versa sobre a cominação de negócios<sup>1</sup> determina a forma em que deve ocorrer o reconhecimento e a mensuração do ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) ou do ganho proveniente de compra vantajosa:

32. O adquirente deve reconhecer o ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*), na data da aquisição, mensurado pelo montante que (a) exceder (b) abaixo:

(a) a soma:

(i) **da contraprestação transferida em troca do controle da adquirida**, mensurada de acordo com este Pronunciamento, para a qual geralmente se exige o valor justo na data da aquisição (ver item 37);

(ii) do montante de quaisquer participações de não controladores na adquirida, mensuradas de acordo com este Pronunciamento; e

(iii) no caso de combinação de negócios realizada em estágios (ver itens 41 e 42), o valor justo, na data da aquisição, da participação do adquirente na adquirida imediatamente antes da combinação;

(b) o valor líquido, na data da aquisição, dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos, mensurados de acordo com este Pronunciamento. (g.n.)

Conforme apêndice ao CPC nº 15, combinação de negócios é **uma operação ou outro evento por meio do qual um adquirente obtém o controle de um ou mais negócios**, independentemente da forma jurídica da operação.

Retoma-se ao edital da OPA de 23.08.2012, quando a Itaú Unibanco Holding S/A apresentou aos **acionistas não controladores** da Redecard oferta pública para aquisição de até a totalidade das ações ordinárias de emissão da Redecard por eles detidas. Destaca-se parte do referido edital:

O BANCO ITAÚ BBA S.A., instituição financeira com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 3.400, 3º ao 8º, 11º e 12º andares, CEP 04538-132, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 17.298.092/0001-30 ("Itaú BBA" ou "Instituição Intermediária"), vem, por ordem e conta do ITAÚ UNIBANCO HOLDING S.A., sociedade por ações de capital aberto com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Praça Alfredo Egydio de Souza Aranha, nº 100, Parque Jabaquara, CEP 04344-902, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 60.872.504/0001-23 ("Itaú Unibanco" ou "Ofertante"), acionista controlador indireto da REDECARD S.A., sociedade por ações de capital aberto, com sede no município de Barueri, Estado de São Paulo, na Avenida Marcos Penteado de Ulhoa Rodrigues, nº 939, Loja 1 - 12º ao 14º andares, Sítio Tamboré, CEP 06460-040, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 01.425.787/0001-04 ("Redecard" ou "Companhia"), por meio de sua sociedade controlada BANESTADO PARTICIPAÇÕES, ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., sociedade limitada com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Praça Alfredo Egydio de Souza Aranha, nº 100, 7º andar, Parque Jabaquara, CEP 04344-902, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 75.049.098/0001-70 ("Banestado"), **apresentar aos acionistas não controladores da Redecard esta oferta pública para aquisição de até a totalidade das ações ordinárias de emissão da Redecard por eles detidas, para o cancelamento do registro de companhia aberta da Companhia ("Cancelamento de Registro"), nos termos deste Edital de Oferta Pública ("Edital" e "Oferta Pública para Cancelamento de Registro" ou "OPA") e ainda de acordo com o disposto (i) na Lei nº 6.385, de 07 de dezembro de 1976, conforme alterada ("Lei 6.385"), (ii) na Lei nº 6.404, de 15 de novembro de 1976, conforme alterada ("Lei das Sociedades por Ações"), (iii) no Estatuto Social da Redecard; e (iv) no regulamento de listagem do segmento especial de negociação**

denominado Novo Mercado da BM&FBOVESPA S.A. - Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (“Novo Mercado”, “BM&FBOVESPA” e “Regulamento do Novo Mercado”, respectivamente), observadas as regras estabelecidas pela Instrução da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) nº 361, de 05 de março de 2002, conforme alterada (“Instrução CVM 361”), nos termos e condições abaixo dispostos. (g.n.)

A nítida e relevante diferença entre os critérios contábil e tributário para amortização do ágio em razão da aquisição de participação societária avaliada pelo método de equivalência patrimonial.

O art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, determina a segregação do ágio nas hipóteses de aquisição da participação societária de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido. Por sua vez, o CPC nº 15 prevê hipótese de ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) em operações decorrentes de combinação de negócio, isto é, que resultem na aquisição de controle acionário.

Em resumo, se fossem aplicadas as regras do CPC nº 15, o ágio pago em decorrência do OPA, ou seja, em razão da aquisição de ações de terceiros independentes, que representa 86,5044% do valor registrado, não seria passível de amortização, visto que a aquisição das ações não se deu para aquisição de controle da Redecard.

Por outro lado, a regra tributária é mais abrangente, pois prevê a segregação de ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) quando ocorrer aquisição de participação societária em sociedade coligada ou controlada, quando o investimento é avaliado pelo método de equivalência patrimonial (MEP).

Assim, havendo aquisição de participação societária de coligada ou de controlada junto a terceiros independentes com pagamento de ágio, deve ser admitida a amortização dessa parcela, nos termos dos art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

No caso presente, deve ser cancelada a exigência em relação a parcela que representa 86,5044% do montante do ágio registrado pelo Banestado por ocasião das ações de terceiros.

(documento assinado digitalmente)

Iágaro Jung Martins