



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

**Processo n°** 16561.720194/2013-71  
**Recurso n°** De Ofício  
**Acórdão n°** 1402-002.428 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 22 de março de 2017  
**Matéria** IRPJ  
**Recorrente** FAZENDA NACIONAL  
**Interessado** BANCO SANTANDER BRASIL S.A.

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

Ano-calendário: 2008

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. INDEDUTIBILIDADE.

É indedutível a amortização do ágio que não satisfaça os critérios estabelecidos nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, bem como os artigos 385 e 386 do RIR/99. Não tendo sido amortizado pela investidora, real pessoa jurídica que pretendeu a mais valia, ou seja, não havendo confusão patrimonial entre investida e investidora, inviável a amortização.

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - AUSENCIA DE MANIFESTAÇÃO - TEMAS NÃO ENFRENTADOS - NECESSIDADE.

Uma vez reformada a decisão da DRJ, que analisou apenas as questões de mérito, impõe-se o retorno dos autos ao colegiado *a quo* para decisão complementar relativa aos temas não enfrentados, sob pena de supressão de instância.

REFLEXOS. CSLL.

Aplica-se à CSLL no que couber, o regramento do IRPJ.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso de ofício, nos termos do relatório e votos que passam a integrar o presente julgado e determinar o retorno dos autos à instância a quo para apreciação das demais razões de defesa não analisadas em função do provimento da impugnação. Vencidos os Conselheiros Leonardo Luis Pagano Gonçalves e Caio Cesar Nader Quintella que votaram por negar provimento ao recurso. Designado o Conselheiro Demetrius Nichele Macei para redigir o voto vencedor. Ausente justificadamente o Conselheiro Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira.

*(assinado digitalmente)*

Leonardo de Andrade Couto - Presidente.

*(assinado digitalmente)*

Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator.

*(assinado digitalmente)*

Demetrius Nichele Macei - Redator Designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Paulo Mateus Ciccone, Caio Cesar Nader Quintella, Luiz Augusto de Souza Goncalves, Demetrius Nichele Macei, e Leonardo de Andrade Couto.

## Relatório

Trata-se de julgamento de Recurso de Ofício interposto face v. acórdão da DRJ que julgou totalmente improcedente o Auto de Infração.

O Auto de Infração exige da contribuinte Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica, (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, (CSLL), ambos com multa de 75% e juros calculados até dezembro de 2013, devido a glosa de amortização de ágio na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL relativos ao ano-base de 2008.

Resumidamente, o Termo de Verificação Fiscal descreve a glosa de amortização de ágio, em razão da falta de motivação extra-tributária, nas operações societárias, com utilização de empresas veículo, sem nenhum propósito negocial.

Devido a tais fatos, o Agente Fiscal interpretou que mesmo que lícitos e formalmente revestidos de legalidade, tais atos não são oponíveis ao Fisco quando o único efeito é a redução de tributos.

Importante ressaltar que, a autuação se baseou em esclarecimentos e documentos extraídos do Processo Administrativo Fiscal (PAF) nº 16561000222/2008-72, os quais instruíram auto de infração anteriormente lavrado, com a mesma matéria, porém referente a anos-calendário anteriores, que guardam conexão e cronologia com a infração ora imputado pela Fiscalização neste processo.

Para melhor apresentar os fatos e o contexto das operações societárias, adoto a parte do relatório do v. acórdão recorrido, que nos interessa:

*Consoante Termo de Verificação Fiscal, às fls. 1049-1076, a Fiscalização constatou que:*

*“(…) 2. DO SUJEITO PASSIVO*

*Segundo o Estatuto Social Consolidado em 07/02/2012 (fls. 35 a 61), o **Banco Santander (Brasil) S/A** é uma sociedade anônima de capital aberto que tem por objeto social a prática de operações ativas, passivas e acessórias, inerentes às respectivas Carteiras autorizadas (Comercial, de Investimento, de Crédito, Financiamento e Investimento, de Crédito Imobiliário e de Arrendamento Mercantil), bem como operações de Câmbio e de Administração de Carteiras de Títulos e Valores Mobiliários, além de quaisquer outras operações que venham a ser permitidas às sociedades da espécie, de acordo com as disposições legais e regulamentares, podendo participar do capital de outras sociedades, como sócia ou acionista.*

*Originalmente denominado Banco Meridional do Brasil S/A, foi constituído em 1985 sob a forma de sociedade anônima de*

*capital fechado, tendo a União Federal como sua única acionista. Fez parte do processo de desestatização, tendo sido adquirido pelo Banco Bozano e Simonsen em 1997, o qual alterou sua razão social para Banco Meridional S/A no ano seguinte.*

*Com a compra do Banco Meridional S/A pelo grupo Santander em 19/01/2000, o qual adquiriu também o Banco Bozano e Simonsen nessa mesma data, teve sua razão social novamente alterada em 13/07/2000, para Banco Santander Meridional S/A. Ainda teve sua razão social alterada para Banco Santander Banespa S/A, em 2006, e para Banco Santander S/A, em 2007, antes de assumir a atual Banco Santander (Brasil) S/A.*

*Com o capital social de R\$ 47.152.201.161,58 em 31/12/2008, o sujeito passivo tinha à época como principal acionista o Grupo Empresarial Santander S. L., pessoa jurídica domiciliada na Espanha, com participação de 98,12% sobre o capital total, conforme informou na Ficha 50 da sua DIPJ 2009, ano-calendário de 2008 (fls. 477 a 603).*

### **3. DA INFRAÇÃO APURADA - GLOSA DA AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO**

#### **3.1. DA DESCRIÇÃO DOS FATOS**

*Com fundamento nos esclarecimentos e documentos apresentados durante a presente fiscalização, bem como em documentos extraídos do Processo Administrativo Fiscal (PAF) nº 16561000222/2008-72 - os quais instruíram auto de infração previamente lavrado referente a anos-calendário anteriores -, os fatos que guardam conexão com a infração ora apurada serão cronologicamente expostos a seguir.*

***Em 04/10/2000 foi publicado no Diário Oficial o Edital PND nº 3, de 03/10/2000 (fls. 62 a 71), por meio do qual o Banco Central do Brasil tornou públicas as condições de desestatização do Banco do Estado de São Paulo S/A - Banespa, CNPJ nº 61.411.633/0001-87, mediante a alienação de ações ordinárias do seu capital social de propriedade da União.***

***Segundo o item 3.3.2.1 do mencionado edital, foram ofertadas no leilão ocorrido em 20/11/2000, em bloco único e indivisível, 11.232.000.000 de ações ordinárias representativas de aproximadamente 60% do capital votante do Banespa e de cerca de 30% de seu capital social.***

***Conforme Instrumento Particular de Constituição de Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada (fls. 72 a 77), em 25/10/2000 foi constituída a Santander Holding Ltda, CNPJ nº 04.154.302/0001-75, com capital social de R\$ 1.000,00, dividido em 1.000 quotas, no valor nominal unitário de R\$ 1,00, assim distribuídas entre os sócios: Banco Santander Brasil S.A., CNPJ nº 61.472.676/0001-72, com 999 quotas; e o Sr. Aurelio Velo Vallejo, espanhol, CPF nº 215.139.658-40, com 1 quota. A***

*referida sociedade tinha por objeto social a participação e administração de bens próprios ou de terceiros e a participação em outras sociedades, qualquer que fosse o respectivo objetivo social, na qualidade de sócia minoritária ou controladora.*

*Em 20/11/2000, o Banco Santander Central Hispano S.A., instituição financeira constituída de acordo com as leis da Espanha, com sede em Santander, Espanha, adquiriu pelo leilão previsto no já citado Edital PND nº 3, de 03/10/2000, o controle acionário do Banco do Estado de São Paulo S/A - Banespa, pelo valor de R\$ 7.050.000.000,00, conforme Contrato de Compra e Venda de Ações do Banco do Estado de São Paulo S/A - Banespa, celebrado entre a União e o Banco Santander Central Hispano S.A. e datado de 27 de novembro de 2000 (fls. 78 a 84).*

*Em conformidade com o Fato Relevante datado de 28/12/2000 (fl. 85), tornou-se então pública a pretensão do Banco Santander Central Hispano S.A. de realizar uma oferta pública de compra de até a totalidade das ações ordinárias e preferenciais do Banespa então em circulação no mercado, representativas de aproximadamente 67% de seu capital social total.*

*Em 29/05/2001 procedeu-se à Primeira Alteração do Contrato Social da Santander Holding Ltda (fls. 86 e 87) tendo sido aumentado seu capital para R\$ 9.574.901.000,00 (nove bilhões, quinhentos e setenta e quatro milhões e novecentos e um mil Reais), com a criação de 9.574.900.000 novas quotas, totalmente subscritas e integralizadas pelo Banco Santander Central Hispano S.A., mediante a conferência de 36.394.636.404 ações representativas do capital social do Banespa, conferência essa efetivada pelo valor total de R\$ 9.574.900.000,00, equivalente ao montante que teria sido investido pelo subscritor na aquisição das ações de emissão do Banespa.*

*Ainda segundo a citada alteração contratual, o valor atribuído às ações do Banespa foi respaldado pelo Laudo de Avaliação elaborado pela KPMG Corporate Finance, CNPJ nº 48.883.938/0001-23 (fls. 88 a 99). Ademais, ainda por meio de tal alteração contratual, o quotista Aurelio Velo Valejo transferiu sua única quota ao Banco Santander Brasil S.A., CNPJ nº 61.472.676/0001-72, pelo valor de R\$ 1,00, retirando-se, portanto, da sociedade.*

*Em 30/05/2001, ou seja, no dia seguinte à primeira alteração contratual anteriormente descrita, o Banco Santander Central Hispano S.A. transferiu à Meridional Holding Ltda, CNPJ nº 03.116.561/0001-49, conforme Segunda Alteração de Contrato Social (fls. 100 a 106), as quotas de sua propriedade na Santander Holding Ltda, representadas pelas ações do Banespa, no valor de R\$ 9.574.900.000,00.*

*Conforme dispõe o Instrumento Particular da Terceira Alteração do Contrato Social da Santander Holding Ltda (fls.*

107 a 111), em 29/06/2001 o Banco Santander S/A, CNPJ nº 33.517.640/0001-22, incorporou a Meridional Holding Ltda, assumindo todos os seus direitos e obrigações, mormente as quotas de titularidade desta última, no valor de R\$ 9.574.900.000,00. Além disso, nessa mesma data o Banco Santander Brasil S/A transferiu as 1.000 quotas de sua propriedade ao Banco Santander S/A, passando esse último a ser detentor de 100% das quotas da Santander Holding Ltda. Cabe salientar que no referido instrumento há menção à observância de dispositivos das Instruções CVM nº 319/99 e nº 349/01.

Por meio do Ofício Deorf/GTSP2-2002/1065, de 23/08/2002 (fls. 112 a 114), o Banco Central do Brasil comunicou a aprovação da incorporação pelo Banespa de sua então controladora Santander Holding Ltda, conforme deliberado na AGE de 30/07/2001, mediante a versão da totalidade de seu patrimônio e conseqüente extinção.

A partir da incorporação da Santander Holding Ltda, o Banespa passou a amortizar o ágio anteriormente contabilizado na empresa então incorporada, de modo a reduzir suas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Posteriormente, com a incorporação do Banespa pelo Banco Santander (Brasil) S/A em 31/08/2006, conforme Atas das Assembleias dos acionistas do Banco do Estado de São Paulo S/A -Banespa e do sujeito passivo, ambas realizadas na referida data (fls. 115 a 119), o aludido ágio passou a ser amortizado Banco Santander (Brasil) S/A, reduzindo suas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Saliente-se, ainda, que o Banco Santander S/A, CNPJ nº 33.517.640/0001-22, cuja razão social era originalmente Banco Bozano Simonsen S/A, foi adquirido pelo Banco Santander Central Hispano em 19/01/2000, mesma data em que adquiriu também o Banco Meridional S/A, atual Banco Santander (Brasil) S/A. O Banco Santander S/A também foi incorporado pelo sujeito passivo em 31/08/2006, mesma data em que incorporou o Banespa, conforme descrito acima.

### **3.2. SÍNTESE DOS EVENTOS DE REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA**

Nos quadros seguintes, descrevemos esquemática e sinteticamente o conjunto das principais operações societárias engendradas pelas pessoas jurídicas acima citadas que resultaram na internalização do ágio pago pelo Banco Santander Central Hispano S/A na aquisição das ações do Banespa, seguida da sua "projeção" para dentro da própria empresa então adquirida, e subseqüente absorção desse ágio pelo Banco Santander (Brasil) S/A, decorrente do evento em que o sujeito passivo incorporou o Banespa.

(...)

### 3.3. DA INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO EXTRATRIBUTÁRIA

*Conforme a Descrição do Fatos, o Banco Santander Central Hispano S/A desembolsou o total de R\$ 9.574.900.000,00 nas duas etapas de aquisição das 36.394.636.404 ações do Banespa (leilão público realizado em 20/11/2000 e Oferta Pública de Ações - OPA, divulgada em Fato Relevante datado de 28/12/2000), as quais representavam 97,208% do capital da empresa então privatizada.*

*Considerando que o valor patrimonial das 36.394.636.404 ações adquiridas era de R\$ 2.112.832.369,93 (97,208% do Patrimônio Líquido do Banespa em 30/04/2001), conclui-se que, do desembolso total de R\$ 9.574.900.000,00, a diferença no montante de R\$ 7.462.067.630,07 representava o ágio pago pelo Banco Santander Central Hispano S/A na aquisição do controle do Banespa.*

*Concluídas as etapas de aquisição das ações do Banespa, o Banco Santander Central Hispano S/A subscreveu o aumento de capital da Santander Holding Ltda no montante de R\$ 9.574.900.000,00 e integralizou unicamente com as ações do Banespa, cujo valor pago quando de sua aquisição pela sociedade domiciliada na Espanha corresponde exatamente ao montante do aludido aumento de capital.*

*Em decorrência desse evento de aumento de capital, ocorrido em 29/05/2001, o Banco Santander Central Hispano S/A logrou internalizar o ágio pago na aquisição das ações do Banespa, de modo a "projetar" contabilmente o ágio originalmente gerado e reconhecido na sociedade espanhola para a brasileira Santander Holding Ltda.*

*O reconhecimento do ágio na holding brasileira quando do registro contábil do investimento no Banespa, recebido por ocasião do aumento de seu capital social, decorre das regras emanadas do art. 385 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR, Decreto nº 3.000/99), o qual determina o desdobramento do registro contábil do investimento em duas parcelas: (i) valor do patrimônio líquido da investida e (ii) ágio, fundamentado em rentabilidade futura, obtido pela diferença entre o valor total do investimento conferido no aumento de capital e a parcela indicada no item (i).*

*Em 30/07/2001, ou seja, decorridos apenas dois meses do evento de aumento de capital da Santander Holding Ltda, o qual "recebeu" o investimento no Banespa, esta empresa investida, em operação de incorporação reversa, absorveu o patrimônio de sua investidora, inclusive o ágio gerado por ocasião de sua própria negociação para o Banco Santander Central Hispano S/A, a partir de quando o Banespa passou a apropriar os encargos da amortização desse ágio recebido.*

*Essa operação de incorporação reversa, na qual a empresa adquirida com ágio (Banespa) incorpora a empresa veículo (Santander Holding Ltda) - interposta entre a investidora*

*original (Banco Santander Central Hispano S/A) e a investida que deu causa ao ágio (Banespa) -, bem como a posterior incorporação do Banespa pelo Banco Santander (Brasil) S/A, teriam resultado, na interpretação do sujeito passivo, no cumprimento da condição de dedutibilidade do intangível disposta no art. 386 do RIR, segundo a qual a pessoa jurídica que absorver o patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, poderá amortizar o ágio por rentabilidade à razão máxima de 1/60 por mês.*

*Entretanto, relatadas operações se revelaram etapas de uma engenharia societária abusiva e desprovida de qualquer propósito comercial ou motivação extratributária, engendrada com o evidente intuito de puramente forjar a ocorrência de fatos que, no entender do sujeito passivo, gerariam as condições estabelecidas pela legislação vigente para o aproveitamento fiscal dos encargos de amortização do ágio.*

*O Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação da incorporadora Banespa e da incorporada Santander Holding Ltda, celebrado em 12/07/2001 (fls. 120 a 124) - ou seja, pouco mais de um mês após o aumento de capital da Santander Holding Ltda com as ações do Banespa -, explicita o motivo da operação:*

*(...)*

*De acordo com as respostas acima transcritas, quando questionado especificamente quanto à necessidade do investimento no Banespa ser "recebido" por uma empresa brasileira do Grupo Santander, independentemente de ser uma holding ou não, o sujeito passivo alegou tratar-se da forma mais "direta e correta" para se alcançar os objetivos de aquisição do Banespa, reestruturação societária das empresas no Brasil, para a integração das atividades bancárias, e preservação dos direitos dos acionistas minoritários do Banespa garantindo a manutenção do fluxo de dividendos e a transparência dos resultados operacionais divulgados nas demonstrações conta.*

*No entanto, referidas alegações não resistem a uma reflexão mais atenta, a começar pelo objetivo de aquisição do Banespa. Em resposta ao Termo de Intimação nº 3, o sujeito passivo declarou que a Santander Holding Ltda não participou diretamente do leilão de privatização, porque, para o sucesso da estratégia, era necessário total sigilo do lance inicial secreto a ser feito pelo Grupo Santander.*

*Não é preciso aprofundar muito para se concluir que a Santander Holding Ltda era totalmente desnecessária para o propósito de aquisição do Banespa. Afinal, o Banco Santander Central Hispano S/A, por si só, participou do leilão público e da oferta pública de ações - OPA para adquirir as ações do Banespa, na qual manteve controle direto desde a data da realização do leilão, em 20/11/2000, até conferi-las no aumento de capital da Santander Holding Ltda, em 29/05/2001, ou seja,*

*participou diretamente do Banespa como sócia controladora por mais de 6 meses.*

*Ao ser indagado se existia alguma vedação pelas leis espanholas e brasileiras ao controle direto do Banespa pelo Banco Santander Central Hispano S/A e se havia alguma imposição legal, contratual ou prevista em edital para que o Banespa saísse do controle direto do Banco Santander Central Hispano S/A, para ser controlada indiretamente por meio da interposta Santander Holding Ltda ou quaisquer outras empresas brasileiras do Grupo Santander, as respostas foram negativas.*

*Ora, se a Santander Holding Ltda não teve participação direta ou indireta em nenhuma das etapas de aquisição das ações do Banespa (leilão público e OPA), se não havia nenhuma vedação legal, nem pela legislação espanhola e tampouco pela legislação brasileira, para que o Banco Santander Central Hispano S/A detivesse o controle direto do Banespa, e se inexistia quaisquer imposição de ordem legal, obrigação contratual ou previsão expressa no edital do leilão de privatização de que a empresa adquirida (Banespa) tivesse que ser controlada por uma holding brasileira, a conclusão óbvia a que se chega é a de que a Santander Holding Ltda foi totalmente desnecessária no processo de aquisição do Banespa.*

*Quanto à alegada necessidade de uma entidade "holding" para receber o investimento no Banespa, em face da vedação prevista nos artigos 26, 27 e 28 da Lei nº 4.595/64 para realização de aumentos de capital em instituições financeiras mediante a conferência de ações, trata-se de um argumento falacioso, elaborado com o claro objetivo de distorcer os fatos e tentar passar uma idéia de necessidade, quando não passou de uma mera decisão tomada pelo Grupo Santander para perseguir benefícios exclusivamente tributários, até porque não se verificou nenhum benefício ou ganho de natureza extratributária, como veremos mais adiante.*

*Apenas a título de curiosidade, posto que foge à alçada desta RFB, observe-se que a incorporação da Meridional Holding Ltda, CNPJ nº 03.116.561/0001-49, em 29/06/2001, teve como resultado prático o aumento do capital social da incorporadora, a instituição financeira Banco Santander S/A, CNPJ nº 33.517.640/0001-22, mediante recebimento, da participação societária no Santander Holding Ltda, e - após sua incorporação um mês depois, em 30/07/2001 - das ações do Banespa, numa confessa burla à aludida vedação da Lei nº 4.595/64, o que só vem a revelar a capacidade do grupo Santander de premeditar e concretizar reestruturações societárias em busca de objetivos escusos, seja o de contornar vedações legais, seja o de obter economia de tributos que de outra maneira não alcançaria.*

*Na realidade, não foi a vedação de aumento de capital de instituições financeiras mediante conferência de ativos não financeiros que motivou a constituição e a desnecessária interposição da Santander Holding Ltda. Pelo contrário, foi a*

*decisão de se interpor uma empresa brasileira do Grupo Santander que motivou a utilização de uma empresa holding, no lugar de uma empresa financeira ou de qualquer outra natureza.*

*Portanto, diante da decisão de se interpor uma empresa brasileira do Grupo Santander para "receber" o investimento no Banespa, a necessidade de se valer de uma entidade holding ou operacional, seja financeira ou não, se apresenta como totalmente irrelevante para o exame da existência de motivação extratributária. O que deve ser avaliado, nessa busca pelo real propósito subjacente a essa "reestruturação societária", é a necessidade de o investimento no Banespa ser "recebido" por uma empresa brasileira qualquer do Grupo Santander, independentemente de sua natureza!*

*Se desnecessária e, sobretudo, alheia à aquisição do Banespa, a interposição da Santander Holding Ltda - a qual assumiu o papel de controladora direta por apenas 2 meses, entre a data do aumento de seu capital social em 29/05/2001 e sua incorporação reversa pelo Banespa em 30/07/2001 - só poderia ter tido motivações outras que não a de participar do processo de privatização do Banespa, tanto que inexistia impedimentos de qualquer ordem para que esse investimento permanecesse indefinidamente sob o controle direto do Banco Santander Central Hispano S/A ou fosse diretamente incorporada pelo sujeito passivo, se assim se quisesse.*

*Por conseguinte, cumpre examinar detidamente as alegadas motivações empresariais ou econômicas, notadamente a de promover a reestruturação societária das empresas no Brasil e de buscar a integração das atividades bancárias, bem como a integração tecnológica e operacional, os quais se mostram justificativas vagas e que não encontram correspondência com os fatos constatados, como veremos a seguir.*

*Indagado se a Santander Holding Ltda exerceu alguma atividade econômica, se teve funcionários contratados, se efetuou contratos de qualquer ordem, ou negociou, intermediou negócios, adquiriu participações em outras sociedades, geriu ou comercializou bens próprios ou alheios, o sujeito passivo limitou-se a afirmar que a sociedade holding teve por finalidade gerir investimentos, não produziu e nem comercializou mercadorias, não prestou serviços, não industrializou bens, e que não havia atividade que demandasse ou justificasse a existência de um elevado capital social, "nem mesmo a contratação de empregados, sendo uma sociedade que meramente contém investimentos".*

*Como comprovação, - ou não comprovação, já que o próprio sujeito passivo confessa não ter a Santander Holding Ltda exercido quaisquer atividades que não a de gestão -, nada apresentou, com exceção de cópias das DIPJ's dos anos-calendário de 2000 e 2001 (fls. 604 a 666), disponíveis e acessíveis nos sistemas internos da RFB, e cópias do Lalur do ano-calendário de 2000 (fls. 125 a 129) e do Laudo de Avaliação*

*Contábil dessa empresa holding, datado de 11/07/2001 (fls. 130 a 134), cujos dados apenas confirmam aqueles já consignados nas aludidas declarações.*

*De fato, constituída em 25/10/2000, a Santander Holding Ltda possuía apenas duas contas contábeis, a de Caixa e de Capital Social, ambas registradas pelo valor de R\$ 1.000,00 no balanço patrimonial levantado em 31/12/2000, conforme Fichas 38B e 39B de sua DIPJ 2001/AC 2000.*

*Por sua vez, o balanço patrimonial levantado em 30/07/2001 e a demonstração de resultado do período de 01/01/2001 a 30/07/2001, respectivamente às Fichas 38A e 39A e Ficha 06A da DIPJ 2001/AC 2001, demonstram que os únicos fatos contábeis ocorridos na Santander Holding Ltda durante o referido período foram o aumento de seu capital social, totalmente integralizado com a participação societária no Banespa, seguido do reconhecimento do resultado de equivalência patrimonial desse investimento e da constituição da provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido da incorporadora (PMIPL).*

*Nada mais eloqüente do que os números registrados nas aludidas DIPJ's para contradizer o argumento falacioso de que a reestruturação societária envolvendo a Santander Holding Ltda e o Banespa teve por finalidade a integração tecnológica e operacional e a consolidação das atividades bancárias.*

*Não há que se falar em obtenção de sinergia e/ou outros benefícios - ou nas palavras do sujeito passivo, integração tecnológica e operacional - se a Santander Holding Ltda era uma mera "carcaça jurídica", a qual possuía como único ativo um caixa registrado de R\$ 1.000,00, antes do aumento do seu capital social integralizado com a participação societária no Banespa.*

*A Santander Holding Ltda não possuía, pois, um único item no seu ativo permanente (hardware, software, mobiliário, máquina de escrever, calculadora, etc), e muito menos funcionários da área de tecnologia da informação - TI, de modo que não havia nenhuma tecnologia a ser integrada. Toda a estrutura tecnológica do Banespa após essa seqüência de eventos societários (aumento de capital seguido de incorporação reversa) era a mesma que já possuía anteriormente.*

*Analogamente, considerando que a Santander Holding Ltda nunca possuiu funcionários, nunca registrou uma despesa sequer para o seu funcionamento - quanto mais de aluguel, já que nem imóvel havia em seu ativo permanente -, e, sobretudo, nunca realizou atividade empresarial de nenhuma natureza, chega-se à idêntica conclusão de que não haviam operações ou estruturas operacionais as serem integradas.*

*Vale lembrar que o próprio sujeito passivo declarou que a Santander Holding Ltda foi criada para gerir investimentos, motivo pelo qual não há "atividade que demande ou que*

*justifique a existência de um elevado capital social, nem mesmo a contratação de empregados, sendo uma sociedade que meramente contém investimentos".*

*Ora, se a Santander Holding Ltda não era uma empresa financeira (aliás, nem operacional era!), não possuía ativos imobilizados e nem funcionários, a alegação segundo a qual a reestruturação societária envolvendo a Santander Holding Ltda e o Banespa teve por objetivo a integração das atividades bancárias não só não encontra correspondência com os fatos constatados, como também se mostra contraditória.*

*Afinal, os únicos ativos agregados ao patrimônio do Banespa após essa seqüência de eventos societários (aumento de capital da Santander Holding Ltda, seguido de incorporação reversa pelo Banespa) foram o caixa de R\$ 1.000,00 e o ágio gerado pela sua própria negociação de R\$ 7.462.067.630,07, descontado da aludida PMIPL.*

*Ademais, se a Santander Holding Ltda de fato exerceu alguma atividade de gestão, caberia questionar com quais recursos materiais e, principalmente, humanos teria contado para esse fim, posto que não possuía funcionários, não houve registro de despesa de pro-labore ou de quaisquer outras despesas administrativas em sua contabilidade. Não se aventa aqui a hipótese de trabalho escravo ou simplesmente não remunerado.*

*O único benefício de natureza não tributária que poderíamos apontar seria a insignificante economia de custos burocráticos para se manter uma "carcaça jurídica" ativa, que sequer foram suportados pela própria Santander Holding Ltda, haja vista, reiterar-se, não ter havido registros contábeis de despesas (exceto despesa com a constituição da referida PMIPL), quanto mais de despesas operacionais com salários e/ou com assessorias contábil, tributária e/ou jurídica, etc. Custos estes, convém observar, desnecessariamente impingidos pelo próprio Grupo Santander ao optar pela interposição da Santander Holding Ltda entre a investidora espanhola e o investimento no Banespa.*

*Assim, uma vez demonstrado que a Santander Holding Ltda era desnecessária, como de fato não teve participação direta ou indireta em nenhuma das etapas de aquisição das ações do Banespa (leilão público e OPA), e que não se verificou nenhum benefício advindo dessa pretensa "reestruturação societária" que culminou com a incorporação da Santander Holding Ltda pelo Banespa, cumpre prosseguir na busca da real motivação por trás do "recebimento" do investimento no Banespa pela Santander Holding Ltda, a qual figurou como sua controladora pelo efêmero período de 2 meses.*

*Relembrando, o único resultado prático advindo do evento de aumento do capital social da Santander Holding Ltda, seguida de sua incorporação reversa pelo Banespa, foi a agregação ao patrimônio da incorporadora dos ativos caixa, no valor de R\$ 1.000,00, e do potencial direito à amortização do ágio, de R\$ 7.462.067.630,07, oriundos da empresa incorporada.*

*Obviamente o Grupo Santander não estava interessado na transferência desse caixa, mas na internalização do ágio, o qual havia sido gerado na sociedade espanhola por ocasião da aquisição das ações do Banespa e que, por conta da relatada seqüência de operações societárias, foi contabilmente projetado para dentro da própria empresa que deu causa ao seu surgimento.*

*Seria no mínimo intrigante que um evento de incorporação tenha resultado na agregação de apenas dois itens patrimoniais, um caixa insignificante e um volumoso ágio, não fosse tão óbvio o propósito de projetar contabilmente o ágio concebido na sociedade espanhola para empresas brasileiras do Grupo Santander, ainda mais por se tratar a empresa incorporada Santander Holding Ltda de mera "empresa de prateleira", verdadeira "carcaça jurídica" utilizada como veículo para alcançar esse intento.*

*De sorte que resta evidenciado que a Santander Holding Ltda foi criada com o único propósito de "receber" o investimento no Banespa e ser por ela incorporada para alcançar o inconfesso objetivo único de projetar o ágio para dentro dessa empresa investida que deu causa ao seu surgimento, mesmo porque, como mero "container de investimentos" - conforme sugere a resposta do próprio sujeito passivo -, nada havia para ser integrado, de modo que de forma alguma se sustenta a alegada integração tecnológica e operacional.*

*Finalmente, no que se refere à proteção dos direitos dos acionistas minoritários do Banespa contra eventuais prejuízos nos dividendos que poderiam ser causados pela apropriação dos encargos de depreciação do ágio, apontada como outra das justificativas para a interporsição da Santander Holding Ltda entre o Banco Santander Central Hispano S/A e o Banespa, trata-se também de argumento falacioso, construído com evidente distorção dos fatos que obscurece o entendimento.*

*Nada mais distorcido e falacioso, pois, do que invocar a Instrução CVM 319/99 para justificar a conferência das ações do Banespa no aumento do capital social da Santander Holding Ltda. Afinal, não foi a necessidade de se constituir uma provisão para salvaguardar o interesse dos acionistas minoritários que motivou a constituição da Santander Holding Ltda. Pelo contrário, foi a conferência da participação societária no Banespa no aumento de capital da Santander Holding Ltda, seguida da incorporação reversa da investidora pela investida, que motivaram a constituição da provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido da incorporadora (PMIPL).*

*(...)*

*É evidente que o Banco Santander Central Hispano S/A tinha a opção de manter o investimento no Banespa sob seu controle direto - até porque a transferência do investimento para a Santander Holding Ltda, seguida da incorporação reversa, não decorreu de imposição legal ou contratual e não trouxe nenhum*

*benefício de natureza não tributária, como vimos -, porém, ao decidir pela transferência do Banespa para o controle direto da Santander Holding Ltda, esta se viu obrigada a constituir a referida provisão previamente a sua incorporação pela controlada Banespa, nos termos do dispositivo normativo ora transcrito.*

*Em outras palavras, não fosse a desnecessária e deliberada seqüência de eventos societários -constituição da Santander Holding Ltda, aumento de seu capital social com a conferência das ações do Banespa, seguida da incorporação reversa - , cujo único resultado concreto foi a projeção contábil do ágio para dentro do Banespa, os lucros desta e, por conseguinte, os dividendos deles decorrentes, não estariam sequer ameaçados pelos efeitos deletérios da apropriação (indevida) dos encargos de amortização desse ágio, de modo que seria totalmente dispensável a constituição da provisão.*

*Portanto, conforme exposto anteriormente, não foi a obrigatoriedade de se proteger os interesses dos acionistas minoritários que motivou a interposição da Santander Holding Ltda, mas, ao contrário, foi a relatada seqüência desnecessária de eventos societários que gerou a obrigação de se constituir a referida provisão para a proteção dos acionistas minoritários.*

*Assim, demonstrada a ausência de substância econômica ou de uma motivação extratributária na questionada "reestruturação societária" - amplamente condenada pela doutrina e pela jurisprudência -, de modo a evidenciar que o único objetivo perseguido foi a indevida transferência do potencial direito à dedução das despesas do ágio pertencente à sociedade investidora espanhola para a empresa investida Banespa, e posteriormente ao sujeito passivo, tem-se que o ágio ilegalmente projetado para dentro das referidas empresas brasileiras não pode gerar efeitos tributários oponíveis ao Fisco, não se admitindo o aproveitamento fiscal dos encargos de amortização desse ágio desde o momento de sua internalização artificiosa e ilícita.*

*Ainda que desnecessário, vale observar que não existe tratamento desigual entre investidores locais e estrangeiros. As regras de aproveitamento fiscal de ágio advêm de normas positivadas no nosso ordenamento jurídico e devem ser indistintamente obedecidas por quaisquer contribuintes, sem exceção. E público e notório que a falta de observância aos requisitos legais para a amortização do ágio vem sendo incessantemente combatida por meio de autos de infração lavrados contra quaisquer infratores, haja ou não o envolvimento de empresas estrangeiras no surgimento do ágio.*

### **3.4. DO FUNDAMENTO LEGAL E DA INDEDUTIBILIDADE DOS ENCARGOS DE AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO**

*Uma vez demonstrada de forma cabal a ausência de motivação extratributária na interposição da empresa veículo Santander Holding Ltda na aquisição do Banespa pelo Banco Santander*

*Central Hispano S/A, cujo único e evidente propósito foi o de pretensamente tornar o ágio dedutível quando da apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL - o que por si só seria suficiente para tornar os efeitos decorrentes dessas operações societárias inoponíveis ao Fisco -, passamos a examinar a falta de atendimento aos requisitos exigidos pela legislação que rege a matéria para o aproveitamento fiscal dos encargos de amortização desse ágio.*

*Aludidas operações societárias maculadas pelo "vácuo negocial", além de condenáveis sob o enfoque fiscal, em nada contribuíram para o surgimento das condições legais de dedutibilidade fiscal do ágio transferido da sociedade espanhola para outras empresas brasileiras do grupo Santander (atualmente registrado no sujeito passivo), como de fato não se verificou a observância às regras para o aproveitamento fiscal do ágio, conforme ficará ainda mais evidente ao final do presente termo.*

*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 T e 8º da Lei nº 9.532/1997.*

*(...)*

*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 T 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, imnõe 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.*

*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).*

*Na situação fática examinada na presente fiscalização, a Santander Holding Ltda foi constituída com o único propósito de servir de "veículo" para carrear o ágio pago pelo Banco Santander Central Hispano S/A para dentro do Banespa, por meio de manobras contábeis que redundaram na "projeção" do ágio pago pela investidora espanhola no ativo da investida brasileira, e assim permitir (indevidamente) o aproveitamento fiscal dos encargos de amortização desse ágio **artificialmente internalizado**, de modo a reduzir o resultado tributável da empresa investida.*

*Reitere-se que a **Santander Holding Ltda** foi constituída em 25/10/2000 e não apresentou qualquer fato contábil relevante até 29/05/2001, quando recebeu do Banco Santander Central Hispano S/A a participação societária no **Banespa** e respectivo ágio pago, conferidos no aumento de capital ocorrido nessa data, para logo em seguida ser incorporada pela sua então recente investida Banespa, em 30/07/2001.*

*Verifica-se nesse curto tempo de existência, entre sua constituição e sua incorporação, que a Santander Holding Ltda foi interposta como empresa veículo para unicamente internalizar o **ágio gerado no exterior**, posto que efetivamente suportado pelo Banco Santander Central Hispano S/A, de forma a projetar artificialmente esse ágio para dentro do ativo das empresas brasileiras que pretenderam tirar proveito fiscal imediato (em 60 parcelas mensais) de sua amortização, quais sejam o **Banespa** e, posteriormente, o **Banco Santander (Brasil) S/A**, numa sucessão de eventos que não encerram qualquer propósito negocial ou substância econômica.*

*Assim, pode-se dizer que a única alteração relevante após essa seqüência de eventos é a transferência do ágio pago pelo **Banco Santander Central Hispano S/A** para o **Banespa**, posteriormente absorvido por incorporação pelo sujeito passivo, os quais passaram a "exibir" em seus ativos permanentes a projeção desse ágio gerado no exterior, diminuído da provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido da incorporadora (PMIPL) Fica evidenciado, portanto, que toda essa engenharia societária efetivada num curto intervalo de tempo, a qual consistiu em **meras providências formais (alterações jurídicas e lançamentos contábeis) sem maiores repercussões no mundo fático**, pretendeu apenas "construir" uma situação jurídica que lhes aparentasse permitir o aproveitamento da dedutibilidade fiscal dos encargos de amortização do ágio, previsto no art. 386 do RIR/99.*

*No entanto, reitere-se, **não se verificou a requerida unificação patrimonial!***

*Apenas se fez surgir no Banespa o ágio que havia sido pago na sua própria aquisição pela investidora espanhola, posteriormente absorvido por incorporação pelo sujeito passivo.*

*Houve, na realidade, apenas uma 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), por serem as hipóteses que provocam a necessária "confusão patrimonial", a qual vem sendo enfatizada e explicada à exaustão, para que não restem dúvidas quanto a sua essencialidade.*

*Portanto, diferentemente do que o sujeito passivo quer fazer crer, 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, que serão abordados mais adiante.*

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

*(...)*

*O parágrafo Iº do artigo 247 do RIR/99 explicita com muita propriedade tal entendimento: "A determinação do lucro real será precedida da apuração do lucro líquido de cada período de apuração com observância das disposições das leis comerciais", (grifo nosso)*

*A amortização contábil do ágio deve observar a realização daquilo que fundamentou o ágio, em consonância, pois, com o já referido 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 negociação do Banespa para o Banco Santander Central Hispano S/A, registrado na contabilidade do próprio Banespa, posteriormente absorvido pelo sujeito passivo, 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 da investidora, pois tal despesa de ágio contribuiu (efetiva ou potencialmente) para o lucro auferido pela investidora, por meio do resultado de equivalência patrimonial. O lucro da investida não é maior nem menor em razão do ágio pago quando de sua aquisição. O lucro da investidora, 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, nos termos do caput e parágrafo Iº do artigo 299 do RIR/99, 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 da investidora 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.*

*Conclui-se, logo, que 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 da investidora original 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 inadmissibilidade do aproveitamento fiscal desses encargos de amortização.*

*Apenas para que não pare nenhuma dúvida a respeito de sua natureza, o ágio cuja dedutibilidade ora se questiona surge da aquisição das ações do Banespa pelo Banco Santander Central Hispano S/A, o qual teve sua gênese na contabilidade da sociedade espanhola. Portanto, o ágio registrado na Santander Holding Ltda, e posteriormente no Banespa e no Banco Santander (Brasil) S/A, nada mais é do que a "projeção" daquele*

*ágio surgido no exterior por ocasião da participação da sociedade espanhola no leilão de privatização e da oferta pública de aquisição das ações do Banespa, sistematicamente transferido para as empresas citadas por meio de uma sucessão de eventos societários.*

*Não há que se falar em novo ágio, até porque o valor do investimento conferido no aumento de capital da Santander Holding Ltda é **exatamente igual** ao valor desembolsado pelo Banco Santander Central Hispano S/A na aquisição do Banespa, de modo que inexistente novo sobre-preço.*

*E preciso se ter em mente, pois, que, simultaneamente ao surgimento de um ágio na contabilidade da investidora que adquire um investimento por valor superior ao seu valor patrimonial, é gerado no alienante desse investimento uma correspondente contrapartida **em valor idêntico** a esse sobre-preço, a qual representa o **ganho de capital da alienação**.*

*(...)*

*Não existe ganho de capital na operação de conferência das ações do Banespa na operação de aumento de capital da Santander Holding Ltda, e nem poderia, haja vista que o Banco Santander Central Hispano S/A "entregou" as ações do Banespa **pelo exato montante que pagou na sua aquisição**.*

*Ora, se não há ganho de capital no Banco Santander Central Hispano S/A no evento de aumento de capital, ilógico entender que tenha surgido novo ágio na Santander Holding Ltda. Trata-se, portanto, de **mera transferência do mesmo ágio gerado na sociedade espanhola** quando de sua participação no processo de desestatização do Banespa.*

*Ainda que se quisesse inutilmente forçar o entendimento de que se trata de novo ágio aquele contabilizado na Santander Holding Ltda em decorrência da conferência das ações do Banespa no evento de aumento do seu capital social, o que se admite somente para argumentar, o aproveitamento fiscal desse "novo" ágio restaria condenada já no nascedouro, posto que ficaria inevitavelmente caracterizado como **ágio interno**, cuja dedutibilidade já se mostrou proscrita na jurisprudência e na doutrina.*

*Esse "novo" ágio - examinado do seu surgimento, como não poderia deixar de ser -, teria o seu nascedouro, pois, no evento societário de aumento de capital da Santander Holding Ltda, subscrito pelo Banco Santander Central Hispano S/A e totalmente integralizado com ações do Banespa.*

*Dessa forma, surgido de operações entre partes vinculadas (Banco Santander Central Hispano S/A e Santander Holding Ltda), sem o envolvimento de transação financeira (conferência de ações do Banespa), esse pretensão "novo" ágio não passaria nos dois primeiros critérios de legitimação do ágio, quais sejam:*

*1o) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive do ágio;*

*2o) a realização das operações entre partes não ligadas; e 3o) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura.*

*Por outro lado, se o exame do surgimento do ágio se assentar sobre a negociação entre a União e o Banco Santander Central Hispano S/A (partes não ligadas) - como não poderia deixar de ser -, com o efetivo pagamento do custo de aquisição, inclusive do ágio (pagamento pelas ações adquiridas em leilão e OPA), de modo a legitimar o ágio, chegaríamos inevitavelmente à conclusão de que o ágio contabilizado na Santander Holding Ltda, e posteriormente no Banespa e no Banco Santander (Brasil) S/A, nada mais é do que a projeção do mesmo ágio surgido na sociedade espanhola, e não de "novo" ágio.*

*E assim, tratando-se do mesmo ágio gerado pela aquisição do Banespa pelo Banco Santander Central Hispano S/A, o qual foi internalizado de forma artificiosa e ilícita, mediante um conjunto de operações societárias totalmente desprovidas de substância econômica e propósito negocial, com a única finalidade de reduzir a carga tributária, **não podem os negócios jurídicos questionados gerar direitos oponíveis ao Fisco, ainda que resultassem numa situação que aparentasse atender aos critérios legais para o aproveitamento fiscal do ágio, o que não foi o caso.***

*Afinal, o que determina a abusividade de um planejamento tributário e, portanto, a sua ilicitude, é, sobretudo, a inexistência de motivação extratributária ou propósito negocial, quando se evidencia que a economia tributária é a única motivação existente, que foi o que restou demonstrado no presente termo de verificação fiscal.*

*Dessa forma, cumpre descortinar a aparência emprestada pelo expediente artificioso e desqualificar, **para efeitos fiscais**, os negócios jurídicos desprovidos de substância econômica, para que se revele a situação encoberta, com toda sua repercussão econômica e tributária, qual seja a não internalização do ágio, cujo registro ainda deveria estar no exterior.*

*De sorte que, mesmo tendo o sujeito passivo incorporado o Banespa em **31/08/2006**, não pode o ágio indevidamente internalizado gerar efeitos tributários.*

*Esse ágio, com a extinção do Banespa -quando muito, a depender da legislação espanhola -, traria conseqüências tributárias na Espanha, e não no Brasil.*

*Portanto, como o Fisco não está jungido aos efeitos jurídicos que o planejamento tributário abusivo tentou produzir, mas à verdadeira repercussão econômica dos fatos subjacentes, não se admite o aproveitamento fiscal dos encargos de amortização do ágio, **desde o momento de sua internalização artificiosa e***

*ilícita, como de fato já foram objeto de glosas as despesas desse ágio nos autos de infração lavrados contra o sujeito passivo - relativos aos anos-calendário de 2002 a 2004 e de 2005 a 2007, na condição de responsável tributário pela incorporada Banespa, e ao ano-calendário de 2007, na condição de contribuinte.*

*Em face de todo o exposto, conclui-se estar-se diante de uma seqüência de operações societárias abusivas e desprovidas de motivação extratributária, cujas características não atendem aos requisitos legais para o aproveitamento fiscal dos encargos de amortização do ágio, **de modo que se reputam indedutíveis as despesas de amortização do ágio computadas na apuração do IRPJ e da CSLL do sujeito passivo, referente ao ano-calendário de 2008.***

#### **4. DA FALTA DE ADIÇÃO DA DESPESA INDEDUTÍVEL DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL E DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL**

*No ano-calendário de 2008, objeto desta fiscalização, o sujeito passivo reconheceu despesas de amortização de ágio, lançadas na sua contabilidade na conta "946125 - AMORTIZAÇÃO ÁGIO INCORPORAÇÃO", no valor total de R\$ 823.233.548,06, bem como receitas de reversão da provisão de ágio, lançadas na conta "876300 - REVERSÃO PROVISÃO MANUTENÇÃO INTEGRIDADE PATRIMONIO" pelo mesmo montante, conforme se verifica dos demonstrativos de lançamentos contábeis (fls. 135 a 140) e das planilhas de controle da amortização do ágio (fls. 141a 143), apresentados pelo sujeito passivo*

*Os aludidos lançamentos contábeis se anulam, de modo que não produzem efeitos na apuração do resultado contábil do ano-calendário de 2008. No entanto, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL o sujeito passivo procedeu apenas à exclusão da reversão da provisão de ágio, no valor de R\$ 823.233.548,06, a título de "3.18 - PROVISÃO MANUTENÇÃO INTEGR.*

*PATRIMÔNIO - BNP", e não à adição da despesa de amortização desse ágio, conforme se verifica do Lalur (fls. 144 a 243) e das Ficha 09B - Demonstração do Lucro Real e Ficha 17 - Cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da DIPJ 2009/AC 2008 (fls. 477 a 603).*

*Em virtude da origem do ágio se assentar em operações societárias abusivas, desprovidas de motivação extratributária, bem como verificado o não atendimento aos requisitos legais para o aproveitamento fiscal dos encargos de sua amortização, aludida falta de adição do ágio amortizado deve ser lançada de ofício, sob o argumento de que as despesas de amortização são desprovidas da necessidade requerida para admiti-las como dedutíveis no cômputo da base de cálculo do imposto de renda, conforme disposto no art. 299 (cuja base legal é o art. 47 da Lei n. 4.506, de 1964) do Regulamento do Imposto de Renda.*

*Vale destacar que o lançamento de ofício deve ser procedido também para a falta de adição da despesa indedutível de amortização do ágio na apuração da CSLL, como dispõem o art. 13, inciso III, da Lei n. 9.249/95 e o art. 57 da Lei n. 8.981/95.*

(...)

*Logo, a falta de adição das despesas de amortização do ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL do sujeito passivo no ano-calendário de 2008, correspondente ao montante total de R\$ 823.233.548,06, será tributada de ofício por esta fiscalização com a constituição do respectivo crédito tributário de IRPJ e CSLL, mediante lavratura de auto de infração, da qual o presente Termo de Verificação Fiscal é parte integrante.*

#### **5. DA MULTA DE OFÍCIO**

*O art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, com nova redação dada pela Lei nº 11.488, de 15/06/2007, assim trata a falta de recolhimento:*

(...)

*Portanto, cabe a exigência dos valores de IRPJ e reflexos (CSLL) apurados a menor, acrescidos da multa de ofício a que se refere o dispositivo legal transcrito, por meio do presente lançamento de ofício.*

#### **6. DA RETIFICAÇÃO DO LALUR**

*Tendo em vista as infrações tributárias aqui apontadas, **FICA** o sujeito passivo **INTIMADO** a empreender as devidas retificações em seu Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e controles do saldo de Base de Cálculo Negativa da CSLL.*

(...)

Devidamente notificada, a Recorrida oferece impugnação de fls. 1101/1201, clamando pelo cancelamento do Auto de Infração.

Em seguida a DRJ decide afastar as preliminares e no mérito cancelar o AI, por entender que o presente litígio é decorrente dos mesmos fatos e operações do Auto de Infração analisado no processo 16561.000222/2008-72, onde a C. 2 Turma Ordinária, da 4 Câmara, da 1 Seção, decidiu por dar provimento ao Recurso Voluntário, registrando a seguinte ementa:

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

*Ano-calendário: 2002, 2003, 2004*

*AUDITORIA FISCAL. PERÍODO DE APURAÇÃO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA PARA CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VERIFICAÇÃO DE FATOS, OPERAÇÕES, REGISTROS E ELEMENTOS PATRIMONIAIS COM REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA FUTURA. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÕES. O fisco pode verificar fatos, operações e documentos, passíveis de registros contábeis e fiscais, devidamente escriturados ou não, em períodos de apuração atingidos pela decadência, em face de comprovada repercussão no futuro, qual seja: na apuração de lucro líquido ou real de períodos não atingidos pela decadência.*

*Essa possibilidade delimita-se pelos seus próprios fins, pois, os ajustes decorrentes desse procedimento não podem implicar em alterações nos resultados tributáveis daqueles períodos decaídos, mas sim nos posteriores. Em relação a situações jurídicas, definitivamente constituídas, o Código Tributário Nacional estabelece que a contagem do prazo decadencial para constituição das obrigações tributárias, porventura delas inerentes, somente se inicia após 5 anos, contados do período seguinte ao que o lançamento do correspondente crédito tributário poderia ter sido efetuado (art. 173 do CTN).*

*MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE FRAUDE.*

*Nos lançamentos de ofício para constituição de diferenças de tributos devidos, não pagos e não declarados, via de regra, é aplicada a multa proporcional de 75%, nos termos do art. 44, inciso I, da Lei 9.430/1996. A qualificação da multa para o percentual de 150% depende não só da intenção do agente, como também da prova fiscal da ocorrência da fraude ou do evidente intuito desta, caracterizada pela prática de ação ou omissão dolosa com esse fim.*

*Na situação versada nos autos não houve dolo por parte do contribuinte, logo incabível a aplicação da multa qualificada.*

*DECADÊNCIA. CONSTITUIÇÃO DE CREDITO TRIBUTÁRIO MEDIANTE AUTO DE INFRAÇÃO. IRPJ E CSLL.*

*Desqualificada a multa de ofício, 'a luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestado em recurso repetitivo, havendo antecipação do pagamento dos tributos, o transcurso do prazo decadencial ocorrerá em 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, na forma do artigo 150, § 4º, do CTN.*

*AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO EFETIVAMENTE PAGO NA AQUISIÇÃO SOCIETÁRIA. PREMISSAS.*

*As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7º, inciso III, e 8º da Lei 9.532 de 1997, são: i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; iii) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida,*

*bem como a expectativa de rentabilidade futura. Nesse contexto não há espaço para a dedutibilidade do chamado “ágio de si mesmo”, cuja amortização é vedada para fins fiscais, sendo que no caso em questão essa prática não ocorreu.*

**INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO - INOCORRÊNCIA.**

*No contexto do programa de privatização das empresas de telecomunicações, regrado pelas Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto nº 2.546/97, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.*

*Preliminar de Preclusão Rejeitada. Preliminar de Decadência Acolhida.*

*Recurso Provido no Mérito.*

*Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.*

*Acordam os membros do colegiado: i) Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de impossibilidade do fisco efetuar em 2008 a auditoria dos elementos contábeis e fiscais do ano-calendário de 2001, para glosar valores com repercussão em períodos posteriores (ágio passível de amortização), vencido o Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira, que acolhia a preliminar, cancelando integralmente o lançamento. O Conselheiro Moises Giacomelli Nunes da Silva votou pelas conclusões. ii) Por unanimidade de votos, desqualificar a multa de ofício e acolher a preliminar de decadência relativa ao IRPJ e CSLL do ano-calendário de 2002. iii) No mérito, por unanimidade de votos, restabelecer a dedutibilidade da amortização do ágio efetivamente pago na aquisição do Banespa pelo Santander e, por conseguinte, cancelar as exigências do IRPJ e da CSLL. Tudo nos termo do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.*

Por fim, decidi que ao presente processo, será aplicado o que for decidido pela Câmara Superior ao processo 16561.000222/2008-72, que aguarda julgamento definitivo dos Recursos Especiais de ambas as partes.

Apenas para esclarecer, o Recurso Especial do Contribuinte não foi conhecido e o julgamento do Recurso Especial da Fazenda foi convertido em diligência para analisar matérias não relacionadas ao mérito daquele processo.

Vejamos a decisão do acórdão da Câmara Superior que converteu o julgamento em diligência:

*Revolvem os membros do Colegiado, Em relação ao Recurso Especial do Contribuinte: Recurso conhecido e negado provimento por unanimidade de votos.*

*Em relação ao Recurso Especial da Fazenda Nacional: Preliminares suscitadas pelo contribuinte:*

*a) de intempestividade dos embargos de declaração (Inexistência de interrupção do Prazo para Interposição do Recurso Especial):*

*rejeitada por unanimidade. Afastada a proposta de converter o julgamento em diligência para que fossem juntados aos autos as certidões e demais documentos trazidos pela PGFN por ocasião das sustentações orais, formulada pelos Conselheiros Rafael Vidal de Araújo e Daniele Souto Rodrigues Amadio.*

*b) de intempestividade do recurso especial: após discussão, o Colegiado resolveu, por maioria de votos, converter o julgamento em diligência para que o CARF adote as seguintes providências:*

*i) anexe as certidões e demais documentos trazidos pela PGFN por ocasião da sustentação oral;*

*ii) explique o funcionamento do sistema que, à época, controlava a movimentação de processos entre a PGFN e o CARF, informando quem fazia os registros e o grau de hígidez desse sistema quanto à inalterabilidade das informações nele registradas; e*

*iii) informe qual a data efetiva do registro do sistema e da entrada física do processo no CARF, tanto em relação aos embargos de declaração, quanto em relação ao recurso especial da Procuradoria.*

É o relatório.

## Voto Vencido

Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator

### Mérito:

Afastando as preliminares de decadência, em relação ao mérito, como muito bem apontado no v. acórdão Recorrido, o processo principal 16561.000222/2008-72, julgou Auto de Infração com operações societárias idênticas.

O presente Auto de Infração, além de tratar de operações idênticas é decorrente daquele Auto de Infração.

Os únicos fatores que diferenciam este processo do outro, são o ano-calendário e a multa qualificada.

Neste processo, a multa não foi qualificada e trata do ano-calendário de 2008, posterior aos anos-calendário do outro, que são de 2002 á 2004. (Apenas para esclarecer, no outro processo a multa qualificada no importe de 150%, foi reduzida para análise da decadência/preclusão, mas como a Turma decidiu cancelar o AI no mérito, as demais matérias restaram superadas).

Pois bem.

Como tanto a acusação, como os fatos e direitos são idênticos nos dois processos, utilizo como fundamento de decidir, o entendimento que prevaleceu no v. acórdão do processo análogo de final 72 e colaciono abaixo a parte do mérito do voto vencedor, que foi acolhida pelos outros Conselheiros, para cancelar a exigência fiscal.

Importante ressaltar, que não estou aqui, aplicando o princípio da decorrência como fez a DRJ, mas devido a forte relação e identidade entre os dois processos, estou utilizando os argumentos do v. acórdão proferido no outro processo, como fundamento do meu voto, visando pacificar a jurisprudência em relação a estas operações abrangidas neste e no outro Auto de Infração do processo de numero 16561.000222/2008-72.

Segue o voto vencedor do Relator Antônio José Praga de Souza no processo de final 72.

*IV MÉRITO*

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

*A matéria foi enfrentada recentemente por este Colegiado no julgamento do processo 10882.001031/200495, acórdão 140200.342 de 15/12/2010, assim ementado:*

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

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

*(Os Grifos não são do original).*

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

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

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

*(...)*

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

*respectiva demonstração que deverá ser arquivada como comprovação.*

*A legislação fiscal não definiu o que seja valor da rentabilidade com base em previsão dos resultados dos exercícios futuros.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- a) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas;*
- b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros*

*(...)*

*(Os Grifos não são do original).*

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

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

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

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

- i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio;*

ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas;

iii) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida,

bem como a expectativa de rentabilidade futura.

No presente caso, essas premissas básicas foram cumpridas.

Não há dúvida que o Banco Santander Hispano efetivamente desembolsou os 9,457 Bilhões de Reais da operação. De igual forma inexistente qualquer ligação entre o grupo Santander e os alienantes, especialmente na operação principal (compra das ações da União).

Também não repousa qualquer questionamento quanto ao fato de que o Banespa sofreu detalhada avaliação, refletida em suas demonstrações contábeis antes do leilão estatal.

Por fim, ao contrário do que ocorreu no processo 10882.001031/200495 (acórdão 140200.342, acima citado), o laudo de demonstração da expectativa de rentabilidade futura do Banespa, apresentada durante a auditoria fiscal não passou por qualquer crivo da fiscalização. Quanto ao laudo, o minucioso Termo de Verificação Fiscal, traz apenas as seguintes considerações:

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

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

*(...)*

*(Os Grifos não são do original).*

*Não cabe a este Relator questionar os aspectos técnicos do aludido laudo, se isso não foi feito pela Fiscalização. É*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*o aproveitamento fiscal de dedutibilidade do ágio gerado na aquisição é mera consequência legal dos atos societários*

*praticados, sem causar efeito adverso no fluxo de dividendos futuros dos acionistas minoritários do Banespa, mantendo-se a prática de boa publicidade das demonstrações financeiras;*

*a incorporação da Santander Holding pelo Banespa também se fez necessária por força de outros entraves burocráticos. De fato, era o Banespa quem possuía todos os registros e autorizações para atuar no Brasil como instituição financeira de capital aberto. Caso a Santander Holding fosse a incorporadora, seria necessário que ela obtivesse todos esses registros e autorizações previamente à incorporação, o que geraria um custo e complexidade desnecessários à operação societária; Por mais óbvio que possa parecer, tal qual já fundamentei na exclusão da multa qualificada, o Banco Santander Hispano desde o início foi transparente e coerente em seus objetivos: adquirir o Banco Banespa para alavancar suas operações no Brasil, aproveitando-se do benefício fiscal de amortização do ágio que certamente teria que ser pago, haja vista que possuía expertise suficiente para gerar lucros com a nova empresa.*

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

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

*Vejamos a transcrição do entendimento fiscal:*

*[...]*

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

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

*As condições de dedutibilidade de encargos de amortização de ágio previstas no art. 386 do RIR/99 têm como pressuposto uma*

*anterior contabilização do custo de aquisição do investimento, nos termos do art. 385 também do RIR/99.*

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

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

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

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

*as pessoas jurídicas (Capítulo I);*

*(...)*

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

*(...)*

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

*Em sendo indiscutível a inaplicabilidade da norma contida no art. 385 do RIR/99 à operação que deu origem ao ágio pago na aquisição de ações do Banespa, também é de cristalina certeza a não subsunção dos fatos correspondentes às operações societárias subseqüentes à norma prevista no art. 386 do RIR/99, uma vez que a incidência daquela constitui pressuposto para a dedutibilidade autorizada por esta (atendidas as demais condições por ela impostas).*

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

(...)"

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

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

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

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

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

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

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

*Para se ratificar o até aqui exposto – aquisição do Banespa em razão de necessidade de expansão das atividades comerciais do grupo Santander – juntou-se ao autos a reportagem publicada na Revista Veja, Edição n.º 1677, de 29/11/2000: **‘OLÉ! OS ESPANHÓIS RECONQUISTARAM A AMÉRICA Santander compra o Banespa por 7 bilhões de reais, já é o terceiro maior banco privado do país e quer ser o número 1 até 2003.***

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

(...)

*Conforme se depreende dos atos acima descritos, todas as operações realizadas pelo grupo Santander tiveram como*

*objetivo criar uma estrutura societária que tornasse viável, como planejamento estratégico, a aquisição do Banespa, com o conseqüente aproveitamento do direito à amortização fiscal do ágio gerado na integralização das suas cotas na Santander Holding, exatamente nos termos do artigo 386, § 6º, inciso II, do RIR/99.*

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

(...)

*(grifos do original)*

*Ora, em situações semelhantes em que o contribuinte utiliza-se de operações concatenadas para evadir-se da tributação, sob o manto da formalidade, a Fiscalização analisa o “filme”, faz transparecer os verdadeiros propósitos dos contribuintes e, ao final, demonstra e conclui que tudo foi feito visando reduzir indevidamente os tributos devidos, muitas vezes mediante ações dolosas.*

***No presente caso, a análise do “filme”, conjuntamente à legislação aplicável, autoriza a conclusão de que o contribuinte não incorreu em deduções indevidas, muito menos em ilícitos fiscais.***

*Cabe aqui, novamente, buscar a coerência nos julgamentos. Não há margem para dois pesos e duas medidas, sob pena de total perda da credibilidade.*

*Vejamos alguns julgados dos quais participei no qual prevaleceu a verdade real/econômica, ou o efetivo propósito negocial, sobre a verdade formal:*

*Acórdão 10248.660 de 4/07/2007:*

***EMENTAS:***

**SIMULAÇÃO** A simulação se caracteriza pela divergência entre a exteriorização e a vontade, isto é, são praticados determinados atos formalmente, enquanto subjetivamente, os que se praticam são outros. Assim, na simulação, os atos exteriorizados são sempre desejados pelas partes, mas apenas no aspecto formal, pois, na realidade, o ato praticado é outro.

**SIMULAÇÃO E DECADÊNCIA** Configurada a presença de simulação, o prazo para constituir o crédito tributário é de 5 (cinco) anos, contados do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado nos termos do art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

**SIMULAÇÃO E ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO** Comprovado que o contribuinte realizou a operação pretendida por meio de outrem, ato simulado, não há que se falar em erro na identificação do sujeito passivo quando o crédito tributário é constituído e exigido daquele que realmente praticou o negócio.

**SIMULAÇÃO E GANHO DE CAPITAL** – Na apuração do ganho de capital, é considerada a operação que importe “alienação” a qualquer título de bens ou direitos, ou cessão, ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição. Comprovada simulação e verificada a ocorrência de ganho de capital na operação efetivamente realizada, correta a exigência do tributo efetivamente devido.

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

*Relevante na situação fática tratada no processo de que trata o Acórdão 10248.660, além da sequência de operações, é que o Fisco não fez prova direta de que os alienantes (pessoas físicas) se apropriaram dos recursos da venda da participação acionária, que foi vertida à empresa veículo (casa-separa).*

*Todavia, a magnitude das evidências autorizaram a convicção de que em realidade os recursos financeiros foram vertidos aos sócios pessoas físicas. Porém, a ferro e fogo, se analisada as “fotografias” ou se imperasse a verdade formal, a conclusão poderia ter sido outra.*

*Outro julgamento relevante deste Colegiado, no qual prevaleceu a verdade real sobre a formal ocorreu no Acórdão 140200.494 de 31/03/2011, resumido na seguinte ementa:*

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

*No processo de que trata o citado Acórdão 140200.494, aparentemente todas as formalidades foram cumpridas. Se analisados isoladamente, os atos comerciais e societários aparentemente não revelam os procedimentos dolos. Todavia, “ao analisar o filme todo”, o colegiado, por sua maioria, conclui que realmente a emissão de debêntures não teve outro propósito negocial além de propiciar a amortização do ágio pelo adquirente.*

*Cite-se também a decisão proferida pela 1a. Câmara do Antigo Primeiro Conselho de Contribuintes, 17/12/2008, de que trata o Acórdão 10197.070, assim ementado:*

## LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR POR INTERMÉDIO DE CONTROLADAS INDIRETAS

Para fins de aplicação do art. 74 da MP nº215835, os resultados de controladas indiretas consideram-se auferidos diretamente pela investidora brasileira, e sua tributação no Brasil não se submete às regras do tratado internacional firmado com o país de residência da controlada direta, mormente quando esses resultados não foram produzidos em operações realizadas no país de residência da controlada evidenciando o planejamento fiscal para não tributá-los no Brasil.

*No processo em comento, restou evidenciado que a contribuinte transferiu para sua controlada na Espanha, os resultados obtidos em outros países, no intuito de obter a isenção desses lucros ao serem remetidos para o Brasil em face do tratado Brasil-Espanha.*

*Vejamus a transcrição de um trecho do voto condutor do ilustre conselheiro Valmir Sandri que redigiu o voto vencedor daquele acórdão:*

“(…)

### *O LIMITE DO TRATADO BRASIL-ESPANHA*

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

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

*Não se trata, portanto, como pode parecer num primeiro momento, no afastamento do tratado Brasil — Espanha, para tributar o lucro aderido por parte destes Estados contratantes, o que entendo inviável, mas sim, de dar efetividade aos preceitos*

*definidos no referido convênio, eliminando a dupla tributação dos lucros neles auferidos e tributando os lucros alienígenas, decorrentes de estratégias utilizadas pelas empresas com o fito de eximir-se e/ou reduzir os tributos devidos, que, embora*

*possam ser consideradas lícitas, seus resultados não se encontram contemplados nos tratados.*

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

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

*(...)”*

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

***Do ágio de si mesma.***

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

*Inexistência de efetivo desembolsos de recursos, neutralidade nesses desembolsos, ou até pagamentos fictícios (não comprovados). Não há materialidade nos pagamentos.*

*Inexistência de efetiva mudança de controle acionário. Nos casos de “ágio de si mesmo” a participação acionária é adquirida por outra empresa do mesmo grupo ou por interpostas pessoas.*

*Na situação versada nos autos, a efetividade dos desembolsos de recursos por parte do Banco Santander Hispano é incontestada. De igual forma, se visto o filme todo, verifica-se que antes das operações o Banespa era controlado pela União e possuía centenas de acionistas minoritários. No momento da incorporação do Banespa por seu controlador Santander Holding, o controle acionário de ambos era do Banco Santander Hispano.*

*Portanto, a amortização não se deu do “ágio de si mesma”, gerado artificialmente, seja no próprio Banespa, seja no Grupo Santander, e sim do ágio efetivamente pago pelo Banco Santander Hispano na aquisição do Banespa junto a União e demais acionistas minoritários.*

*A 1a. Turma da 3a. Câmara desta Seção do CARF julgou concomitantemente a este o processo 18471.000999/200529, tendo proferido o acórdão 130100.711, em 19/11/2011, que recebeu as seguintes ementas e decisão:*

*Acórdão 130100.711 de 19/10/2011*

*Ementas:*

SIMULAÇÃO Configura-se como simulação, o comportamento do contribuinte em que se detecta uma inadequação ou inequivalência entre a forma jurídica sob a qual o negócio se apresenta e a substância ou natureza do fato gerador efetivamente realizado, ou seja, dá-se pela discrepância entre a vontade querida pelo agente e o ato por ele praticado para exteriorização dessa vontade.

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO – ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO – INOCORRÊNCIA. No contexto do programa de privatização das empresas de telecomunicações, regrado pelas Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto nº 2.546/97, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.

ABUSO DE DIREITO

A figura de “abuso de direito” pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los.

Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio.

(...)

*Dispositivo:*

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

*(Grifei.)*

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

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

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

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

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

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

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

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

*Inclusive, a forma de contabilização atualmente prevista no inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, representou um incentivo para que as empresas privadas participassem dos programas de desestatização.*

*Neste sentido, podemos até dizer que um dos principais incentivos apresentados pelos processos de privatização está inserido na seara fiscal, eis a razão pela qual o benefício fiscal*

do inciso III do Art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, se faz necessário.

*A amortização do ágio efetivamente pago, com o fundamento na rentabilidade futura da empresa adquirida, é perfeitamente justa. O ágio consiste num “plus” no valor da empresa negociada, podendo ser bastante subjetivo, devendo, portanto, ser amortizado ao longo do tempo. O ágio, muitas vezes, representa um substancial valor no preço total de negociação de uma empresa. A amortização a longo prazo permite que a empresa adquirente consiga “digerir” o investimento efetuado de uma forma equilibrada, o que incentiva as reorganizações societárias. As demonstrações financeiras da empresa adquirida, por meio de privatização ou não, registram apenas o valor contábil da própria empresa. O eventual ágio a ser pago, que pode ser bastante relevante, não integra o patrimônio líquido da empresa adquirida; na verdade, podemos dizer que representa uma despesa necessária (do ponto de vista da empresa adquirente) para a aquisição ou reorganização. Na categoria de despesa, deve ter o tratamento apropriado para tanto.*

*Importantíssimo ressaltar que a amortização do ágio não traz qualquer lesão ao patrimônio público, até porque o assunto faz parte das normas contábeis e dos princípios geralmente aceitos. Ora, não se pode dizer que a aplicação de um princípio contábil, qual seja, amortização do ágio, traz lesão ao poder público, pois muitos desses princípios são legalmente previstos.*

*Além disso, não há que se falar em prejuízo, porque prejuízo pressupõe a necessária apuração de perda, o que não é o caso.*

*A amortização de ágio é uma tradição contábil e fiscal e representa a verdadeira harmonização entre as normas contábeis e o tratamento tributário. A supressão do referido inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, representará um desastroso descasamento com relação a esses aspectos e terá conseqüências negativas, porque a proposta representa um desincentivo às reorganizações societárias (inclusive às privatizações), o que culminará com o enfraquecimento da economia nacional e, aí sim, o patrimônio público será lesado.*

*Também é importante lembrar que a aprovação do dispositivo prejudica enormemente todas as reorganizações societárias praticadas por empresas privadas, e não só as vencedoras dos leilões de privatização. A aprovação do dispositivo seria um retrocesso na tentativa de reerguer o país, já que representa a imposição de mais um ônus injusto e desnecessário às empresas, e por conseqüência, à população em geral.*

*O Brasil precisa de medidas construtivas, bem estudadas, para que finalmente consiga atingir o desejado equilíbrio econômico.*

*Ante a todo o exposto, o mais correto é suprimir o referido art. 1º do Projeto de Lei nº 2.922, de 2000, que revoga o inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, fazendo*

*justiça ao próprio projeto de desenvolvimento econômico do país.*

*Sala das Comissões, 22 de agosto de 2003.”*

*Posteriormente, o Relator da questão junto à Comissão de Finanças e Tributação, em seu voto, acolheu integralmente as ponderações apresentadas quando da apresentação da emenda supressiva, asseverando, quanto ao mérito, em seu voto que:*

*“No tocante ao mérito, julgamos conveniente e oportuna a atual sistemática de amortização do valor do ágio, a qual guarda perfeita harmonia com as normas contábeis e com o tratamento tributário. Como o ágio, decorrente da expectativa de rentabilidade positiva do investimento, pode representar um significativo acréscimo no preço total de negociação da empresa, a sua amortização permite que investimento feito nessa empresa seja diluído em determinado período. Estimula-se, assim, o investimento em outras empresas e a reorganização societária, tão importantes num contexto de baixo crescimento econômico do país. O investimento em outras empresas e a reorganização societária contribuem para o fortalecimento das bases da economia nacional.*

*Acrescente-se ainda que o número de privatizações das empresas estatais a que se referem os autores dos projetos de lei em epígrafe diminuiu significativamente nos últimos anos. Não se deve alterar a legislação tributária vigente com base em argumentos tidos como válidos em outra realidade.”*

*Aqui, aliás, com a devida vênia, cabe uma crítica à decisão recorrida, que menciona o Projeto de Lei nº 2.922, mas apenas na parte que lhe interessa, que foi a motivação que levou o Deputado Waldemar da Costa Neto a apresentar o projeto. Nada diz que esta justificativa foi inteiramente rejeitada pela unanimidade dos membros da Comissão de Finanças e Tributação, tendo sido, posteriormente arquivada. Isso demonstra a paixão que o debate acerca do tema pode trazer, mas que deve ser rejeitado pelo aplicador do direito.*

*Na verdade, o Programa Nacional de Desestatização, juntamente com as regras atinentes à dedutibilidade do ágio fizeram parte de todo um contexto para a formulação dos preços ofertados nos leilões de privatização e para as sucessivas reorganizações societárias realizadas pelas empresas objeto da desestatização, servindo como atrativo e motivo para o aumento substancial dos valores auferidos pelo Governo com a privatização.*

*Noutro giro, a dedutibilidade do ágio e a possibilidade de a empresa realizar a reorganização societária para o seu aproveitamento fez parte do pacote de condições ofertadas às empresas que participaram das privatizações, tendo, todas elas, conforme pesquisa na internet, adotado a política incentivada acima.*

*Uma questão importante que deixei para ressaltar ao final é o fato de as empresas, ao invés de realizarem a incorporação direta, no caso a TNL pela TPAR ou vice e versa, para efeito de exercer o direito à amortização do ágio, realizarem a reorganização societária por intermédio de uma outra empresa, à qual fora transferido o ágio, o que este Conselho vem denominando de empresa veículo.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Veja-se que, no caso em concreto, a TELEMAR PART assumiu uma dívida com a União instrumento de assunção, conforme se depreende dos autos.*

*Assim, se houvesse uma incorporação entre estas empresas, constituiria manifesto exercício abusivo do poder de controle, em razão da regra clara do artigo 15, inciso II, da IN 319/99, acima transcrito, com reflexo patrimonial aos acionistas minoritários. Vejamos:*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Pois bem, este é o filme que deve ser analisado, que se inicia com todas as regras do Programa Nacional de Desestatização, inclusive aquela que regulamentou a dedutibilidade do ágio e incentivou a reorganização societária de empresa, e termina, no caso, com a TNL seguindo exatamente o roteiro de promover uma reorganização societária e realizar a dedução, para efeitos fiscais a que tinha direito com o ágio pago na aquisição das ações. E é neste contexto, penso eu, que deve ser analisada a questão.*

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

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

*E a melhor forma de justificar esta conclusão é adentrar no último questionamento inicialmente posto, o de saber o que ocorreu na realidade, repita-se, na realidade vista na sua*

*inteireza, e não uma realidade parcial, como fez a r. decisão recorrida.*

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

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

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

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

*condutas repelidas;*

*condutas desejadas (induzidas); e*

*condutas positivamente autorizadas pelo ordenamento.*

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

*As condutas desejadas (induzidas) pelo ordenamento, segundo Greco, são as seguintes<sup>4</sup>:*

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

*Este conjunto engloba duas principais categorias:*

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

*Menciono separadamente estas duas figuras, pois embora tenham base conceitual comum (utilizar o instrumento jurídico para induzir comportamentos humanos), a prática mostra que, por um lado, existem situações em que o objetivo visado pela norma é alcançado por outro lado, o atingimento do objetivo depende de um maior esforço do destinatário, muitas vezes*

*consistente na realização de investimentos vultosos ou na formulação de compromissos de desempenho (exportar, incrementar produção, etc)."*

*E exemplifica o ilustre tributarista:*

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

*Em outras hipóteses, a submissão a um menor imposto sobre a renda depende da instalação de uma fábrica em determinado ponto do território nacional.*

*Nestes casos, não há dúvida de que a conduta de seguir a diretriz da norma de incentivo fiscal acarretará menor carga tributária, mas este efeito é desejado pelo ordenamento. Ele quer tributar em menor dimensão os rendimentos que decorrerem de atividades econômicas que atendem à busca da redução das desigualdades regionais ou, então, os que resultem da exploração de determinada atividade, etc.*

*Greco ressalta ainda, que5:*

*"O tema de incentivos e da extrafiscalidade é amplo e sua referência foi feita apenas para mostrar que há um conjunto de situações em que o contribuinte. pode ser induzido, instado, estimulado a adotar certa conduta cujo instrumento para sensibilizá-lo é a previsão de vantagens no campo tributário, inclusive desonerações de carga tributária.*

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

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

*Nesse diapasão, entendo que o fato inquinado de planejamento tributário, visto na sua inteireza, repito, o filme, é uma conduta desejada ou induzida pelo ordenamento jurídico, como robustamente demonstrado acima. Ora, o próprio intérprete autêntico, o legislador, reconhece isso, conforme se depreende da exposição de motivo da Comissão de Finanças e Tributação, que rejeitou a revogação do inciso III do artigo 7º da Lei nº 9.532/97, ao acolher o voto do Relator que, textualmente,*

*assevera que este dispositivo teve a função de estimular “o investimento em outras empresas e a reorganização societária, tão importantes num contexto de baixo crescimento econômico do país” sendo que “O investimento em outras empresas e a reorganização societária contribuem para o fortalecimento das bases da economia nacional.” E mais, é possível enxergar no filme todos aqueles atos praticados pela Recorrente, como sendo uma conduta “positivamente autorizada” pelo ordenamento, consoante ensina Greco6 : “Neste contexto situe-se a figura das opções fiscais, que são alternativas criadas pelo ordenamento, propositalmente formuladas e colocadas à disposição do contribuinte para que delas se utilize, conforme a sua conveniência. Estas estão fora do âmbito do planejamento, pois correspondem a escolhas que o ordenamento positivamente coloca à disposição do contribuinte, abrindo expressamente a possibilidade de escolhas. O ordenamento indica dois caminhos deixando ao contribuinte a escolha de seguir um ou outro, sendo que eventualmente um deles pode ser menos oneroso do que o outro. Nas opções estamos sempre perante hipóteses em que há uma escolha expressa que o ordenamento coloca à disposição do contribuinte, hipótese clássica de lei dispositiva. Por isso, a opção fiscal desenha uma hipótese de conduta positivamente autorizada pelo ordenamento. Não chega a ser hipótese de incentivo ou induzimento a determinada conduta, mas trata-se de uma escolha de ordenamento que expressamente cria e cujos efeitos tributários (de menor tributação) ele assegura. Trata-se de figura semelhante àquela que Hans Kelsen examina sob o nome de “conduta regulada positivamente” ou “liberdade em sentido positivo”.*

*No caso aqui discutido, além de ter sido uma forma de aumentar o preço das ofertas no leilão de privatização e estimular as reorganizações societárias (condutas induzidas), o artigo 7º da Lei nº 9.532/97, atribui ao contribuinte o termo “a quo” para o exercício do seu direito de deduzir o ágio (opção fiscal), ao condicionar a dedutibilidade do ágio a partir do evento incorporação, fusão ou cisão, consoante explicitado no dispositivo. O fato é que a decisão sobre o evento de incorporação, fusão ou cisão compete exclusivamente aos acionistas das empresas, a ninguém mais, razão pela qual não vejo como atribuir à pecha de abusividade as operações praticadas pela contribuinte com o intuito de aproveitar a parcela do preço pago à União no leilão de privatização, denominado de ágio.*

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

*e são: pesquisando sobre o motivo/vontade que levou a interessada a adotar a estratégia de incorporar a sociedade 140 PARTICIPAÇÕES S/A, será que o seu interesse foi o de observar o verdadeiro “espírito da lei”, a “vontade da lei” que atribui ao instituto da incorporação finalidade de agregação de empresas? Será que a “vontade da interessada” coincidiu com a “vontade da lei”, cujo desejo é que o instituto da incorporação apresente uma finalidade econômica? Será que as operações realizadas tiveram como objetivo essa finalidade econômica, consistente, por exemplo, em agregar o patrimônio da empresa incorporada, reunir atividades econômicas para reduzir custos, otimizar desempenho, incorporar tecnologia, conquistar fatia de mercado trazendo para si novos clientes a fim de tornar-se mais conhecida no ramo, melhorar suas condições para fazer face à concorrência, etc? O primeiro ponto é a alegada agregação de empresas como sendo uma finalidade do instituto da incorporação, que deveria ter um cunho econômico, pois “a operação de incorporação tem como fundamento a venda, por parte dos acionistas da incorporada, de parcela de seu patrimônio aos acionistas da incorporadora e a compra, com o valor da venda, de parte do patrimônio da incorporadora. (item 52 da decisão)”. Nada mais equivocado. Veja, toda a interpretação emocional da decisão recorrida, com o devido respeito, parte de uma operação em que se está incorporando em empresas com controle distintos, tal como regulado pelo artigo 227 da Lei da S/A, textualmente citado pela decisão no item 48, e que serviu de ponto de partida para todo o raciocínio. Acontece que a incorporação de empresa controlada sofreu do ordenamento jurídico uma regulação específica, prevista no artigo 264 da Lei nº 6.404/76, na medida em que se trata de um negócio consigo mesmo ou “selfdealing transaction”. Alfredo Lamy Filho, tratando desse dispositivo, afirma que “o direito brasileiro regulou, expressamente, a matéria, e ao fazê-lo afastou a discussão doutrinária sobre a eficácia da “selfdealing transaction” por isso que previu a incorporação de controlada pela controladora, isto é, de empresas sob o mesmo controle.” (in Temas de S.A., RJ, Renovar, 2007, p. 258). Aliás, a exposição justificativa do anteprojeto, sobre o artigo 264, mostra a diferença entre a incorporação realizada entre empresas com controle distintos, tal como regulado no artigo 227, e entre empresas com mesmo controle, a saber: “A incorporação de companhia controlada requer normas especiais para a proteção de acionistas minoritários, por isso que não existem, na hipótese, duas maiorias acionárias distintas, que deliberem separadamente sobre a operação, defendendo os interesses de cada companhia”.*

*Por isso que a decisão sobre a criação e a extinção de empresas controladas compete exclusivamente aos acionistas das empresas. A criação de empresas, inclusive de empresas veículos que, aliás, foram amplamente utilizadas pelo próprio Governo para formatar o sistema de privatização, bem como a sua extinção por incorporação, independe de qualquer motivação econômica ou financeira, pois está na órbita exclusiva da decisão dos sócios, como bem ressalta Renato Ventura Ribeiro, Professor Doutor da USP Largo de São Francisco, que ensina: "Os motivos para incorporação de companhia controlada são bem variados, como concentração empresarial, para ganhos de eficiência, possibilidade de maior crescimento, benefícios tributários, oportunidades de aquisição a preços baixos, integrações verticais, proteção contra ofertas hostis, entre outros. A decisão da incorporação, independente da motivação, decorre apenas de uma única vontade, a dos controladores da incorporadora. Com isso, ela diferenciase das incorporações nas quais estão envolvidas sociedades com controladores distintos, pois uma das particularidades da incorporação de companhia controlada, como já dito, é a existência de apenas uma única vontade." O mesmo raciocínio do ilustre Professor da USP vale para a incorporação da controladora pela controlada. Aliás, o artigo 8º da Lei nº 9.532/97, corrobora esta assertiva, também para efeitos fiscais, ao prescrever que a dedutibilidade do ágio está garantida, inclusive na incorporação reversa, a saber:*

*"Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando: (...) b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária."*

*Por essas razões não faz o menor sentido a motivação que levou o auto de infração considerar ter ocorrido um planejamento inoponível ao fisco, por não ter havido razão econômica "na aproximação dos interessados" relativamente à incorporação havida da empresa 140 PARTICIPAÇÕES pela TNL, de modo a possibilitar a dedução do ágio. Ademais, a criação de empresas veículos envolvendo as empresas que fizeram parte da privatização foi amplamente abordada e regulada pela CVM, por intermédio da Instrução CVM nº 349/01, para ajustar as distorções em razão da regulação anterior prevista na Instrução CVM nº 319/99, que tratava da matéria, passando a determinar o seguinte: "Art. 1º O art. 6º da Instrução CVM nº 319, de 3 de dezembro de 1999, passa a vigorar com a seguinte redação:*

*Art. 6º .....*

*§ 1º O registro do ágio referido no inciso I deste artigo terá como contrapartida reserva especial de ágio na incorporação, constante do patrimônio líquido, devendo a companhia observar,*

relativamente aos registros referidos nos incisos II e III, o seguinte tratamento:

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

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

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

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

..... (NR) A Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349/2001 explica os ajustes das distorções provocadas pela regulação anterior em razão do aproveitamento do ágio, a saber: "NOTA EXPLICATIVA À INSTRUÇÃO CVM Nº 349, DE 6 DE MARÇO DE 2001. A Instrução CVM nº 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original

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

Algumas companhias, a partir da atuação de seus auditores e com a concordância das áreas técnicas desta Comissão, constituíram uma provisão no valor integral ou parcial do valor do ágio transferido, de forma a reconhecer como ativo e como reserva especial somente o montante relativo ao benefício fiscal. A constituição dessa provisão permitiu, ainda, a essas companhias atenderem plenamente uma outra exigência da Instrução CVM nº 319 que estabelece que os dividendos dos acionistas não controladores não podem ser diminuídos pelo montante do ágio amortizado. A CVM se pronunciou formalmente a esse respeito no OFÍCIO CIRCULAR/CVM/SNC/SEP/Nº 01/2000, em que menciona que a análise quanto à recuperação do valor do ágio deve ser feita também "por ocasião da incorporação da controlada ou da controladora, por companhia aberta. Se, em função dessa análise, for verificado que o ágio pode não ser recuperável, parcial ou totalmente, a companhia deverá constituir provisão no montante do valor que espera não recuperar, devendo essa provisão ser apresentada por dedução da conta em que o ágio foi registrado". Não obstante essa manifestação, tem sido argüido que a inexistência de uma norma impositiva da CVM, determinando a obrigatoriedade da constituição dessa provisão, poderia suscitar a adoção de procedimentos não homogêneos para um mesmo evento econômico, com reflexos diferenciados no patrimônio e nos resultados das companhias abertas. Em decorrência, o art. 1º da nova Instrução veio preencher essa lacuna ao determinar, em última análise, que o ágio na incorporação da controladora, cujo fundamento tenha sido perspectiva de rentabilidade futura ou mesmo direitos de concessão, seja reconhecido nas demonstrações contábeis da incorporadora apenas pelo montante do benefício fiscal esperado. O referido artigo permite também que, para fins de divulgação, esse benefício fiscal seja classificado, de acordo com a sua natureza e prazo de realização, em conta específica do ativo circulante e do realizável a longo prazo. Essa forma de classificação, como crédito tributário, visa registrar a essência econômica do direito realizável, qual seja, a possibilidade da sua transformação em fluxo positivo de caixa em decorrência da dedutibilidade fiscal. Deve ter, portanto, o tratamento de um Ativo Fiscal Diferido sujeito às regras de reconhecimento e divulgação previstas na Deliberação CVM nº 273/98. Deve ser ressaltado que a adoção obrigatória das disposições contidas no art. 1º somente alcança as incorporações ocorridas a partir da data da publicação da nova Instrução no Diário Oficial da União. Existem, no entanto, algumas companhias que adotaram procedimentos diferentes da presente norma respaldados na Instrução CVM nº 319 e até mes

mo no vazio normativo existente antes da edição da referida Instrução. Nessas circunstâncias, é evidente que as disposições contidas no art. 1º não podem ter alcance obrigatório sobre essas companhias. No entanto, objetivando permitir um tratamento uniforme dessa matéria, facilitando a comparação entre as demonstrações contábeis das diversas companhias que adotaram esse modelo de incorporação, especialmente entre aquelas que atuam em um mesmo segmento econômico, o art. 2º veio permitir a essas companhias ajustarem as suas demonstrações contábeis, constituindo a referida provisão sem transitar diretamente pelo resultado do exercício, tendo como contrapartida o saldo da reserva especial de ágio. Essa possibilidade alcança, inclusive, as incorporações ocorridas no exercício findo em 31.12.2000. Neste caso, a Instrução prevê a possibilidade das companhias efetuarem esse ajuste a partir da data do início do exercício social, devendo, no entanto, refazer e apresentar à CVM e às Bolsas novas Informações Trimestrais (ITR) devidamente ajustadas. Foi mencionado que, concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original. Dessa forma, torna-se necessário que, na avaliação do investimento na controladora, sejam recompostos os montantes da equivalência patrimonial e do ágio remanescente. Embora a nova Instrução não trate da divulgação de fato relevante, é importante mencionar que, em havendo efeito relevante em decorrência da faculdade prevista no art. 2º, deverão ser observadas as disposições contidas na Instrução CVM nº 31/84. Finalmente, cabe ressaltar que, objetivando possibilitar às companhias abertas optarem pelo ajuste previsto no art. 2º ainda nas suas demonstrações contábeis de 31.12.2000, a CVM, em caráter excepcional, não se utilizou do processo de colocação dessa Instrução em audiência pública. O assunto, no entanto, foi objeto de análise no âmbito da Comissão Consultiva sobre Normas Contábeis – grupo de trabalho criado pela CVM, nos termos da Deliberação CVM nº 161/94, e integrada por representantes da Associação Brasileira dos Analistas do Mercado de Capitais (Abamec), da Associação Brasileira das Companhias Abertas (Abrasca), do Conselho Federal de Contabilidade (CFC), da Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras (Fipecafi) e do Instituto Brasileiro de Contadores (Ibracon).”

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

*E neste ponto, cabe retomar a análise dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Todos reconhecem que tais dispositivos vieram regular um benefício fiscal. Aliás, o artigo 7º da Instrução CVM 319/99, foi explícito neste ponto, vejamos: “Art. 7º O protocolo de incorporação de controladora por companhia aberta controlada poderá prever que, nos casos em que a companhia vier a auferir benefício fiscal, em decorrência da amortização do ágio referido no inciso III do art. 6º desta Instrução, a parcela da reserva especial de ágio na incorporação correspondente a tal benefício poderá ser objeto de capitalização em proveito do acionista controlador.” Mas é importante registrar que a obrigação do registro do ágio na aquisição de participação societária decorre da regra do artigo 20 do DecretoLei nº 1.598/77, ao prescrever que: “art. 20 O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em: I valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; II ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.” O ágio, a rigor, é neutro do ponto de vista fiscal, somente produzindo efeitos nesta órbita quando da alienação ou liquidação do investimento. Antes da Lei nº 9.532 tratar da questão, o ágio na baixa do investimento mediante incorporação, fusão e cisão era considerado uma perda de capital, plenamente dedutível para efeito de imposto de renda, nos termos do artigo 34 do DecretoLei nº 1.598/77: “Art. 34 Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: I somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos;” Em razão da incorporação há a liquidação do investimento, representando o ágio uma perda de capital imediata dedutível do IRPJ e da CSLL, como, alias, é a jurisprudência desse E. Conselho (Acórdãos n.ºs. 10189.158, 10188.018, 10704.213 e 10705.875). Então, até o advento da Lei nº 9.532/97, quando da liquidação do investimento, a dedutibilidade do ágio decorria de sua própria natureza de perda de capital, que afetava o lucro contábil da empresa, reduzindo, por conseguinte, imediatamente, o lucro tributário. Por sua vez, a Lei nº 9.532/97, deu um tratamento diverso ao ágio reconhecido*

*nos termos do artigo 20 do Decreto-lei n. 1598/77, e o fez apenas para efeito fiscal. Regulou o aproveitamento do ágio condicionado ao evento absorção do patrimônio e montante ao longo de determinado prazo. Com efeito, a cabeça e o inciso III do artigo 7º da Lei 9532/97, prescrevem o seguinte:*

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

*poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;” Assim, este dispositivo previu a amortização do ágio com fundamento em rentabilidade futura apenas para efeitos fiscais, tanto que a norma fala em “balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos,*

*no máximo, para cada mês do período de apuração”. Em outras palavras, estabeleceu o dispositivo uma nova regra para a utilização do ágio, diferente daquela prevista anteriormente, possibilitando o contribuinte, sob determinada condição (absorver o patrimônio) e por prazo certo, forma de reduzir a base de cálculo do IRPJ mensalmente por, ao menos, 60 meses. No presente caso, o auto de infração e a decisão recorrida suprimiram este benefício fiscal ao criarem condições inexistentes na própria legislação tributária, mais precisamente, no inciso II, do artigo 7º, da Lei nº 9.532/97. Esse dispositivo condicionou a amortização do ágio apenas e tão somente à*

*absorção do patrimônio da investida pela investidora ou vice-versa (art. 8º da*

*norma legal), absorção esta que só pode ocorrer mediante incorporação, cisão ou fusão. Vejase que o evento condicionante trazido pela norma não é, em si, a incorporação, fusão ou cisão, mas sim a absorção do patrimônio. E por que a absorção do patrimônio foi determinada como evento condicionante para o contribuinte usufruir o benefício condicional? Simples! Porque com a absorção do patrimônio este ágio simplesmente desaparece, na medida em que há uma confusão do patrimônio de uma empresa com a outra. O artigo*

*219 da Lei nº 6.404/76, é claro ao dizer que: “extingue-se a companhia: I pelo encerramento da liquidação; II pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.” Veja que o inciso III, do artigo 7º, da Lei nº 9.532/97 abarca apenas as extinções realizadas mediante incorporação, fusão ou cisão, e não abarca a regra do encerramento por liquidação, em que o ágio será consi*

*derado perda de capital. No caso dos autos ocorreu este evento, conforme se denota de todos os documentos acostados; a TNL absorveu o patrimônio da empresa 140PARTICIPAÇÕES, que foi extinta, fazendo desaparecer, pela confusão patrimonial, o ágio existente.*

*Portanto, a condição da regra fiscal foi cumprida, fazendo jus, o contribuinte, a usufruir no prazo determinado (mínimo e máximo estipulado) o benefício fiscal estabelecido, que não pode ser revogado por uma nova norma legal, e*

*muito menos por ato administrativo, como é o auto de infração.*

*Na verdade, há uma total inversão da questão no caso. Uma coisa é o contribuinte utilizar-se de negócios jurídicos para obter vantagens fiscais. Como é sabido, este Conselho vem reiteradamente rechaçando operações, como a denominada “casa e separa”, ou mesmo o “ágio interno”, quando a causa da operação societária é tão somente a criação de uma vantagem fiscal.*

*Outra coisa completamente diversa é quando a legislação tributária cria regra*

*fiscal para regular a utilização pelo contribuinte de determinadas “vantagens*

*fiscais” (dedução de despesa, amortização, etc.), trazendo e regulando em seu*

*bojo eventos, por exemplo, elementos e situações do direito societário, civil ou comercial. Nas perdas no recebimento de créditos, por exemplo, a legislação fiscal – RIR/99 criou uma série de regras para possibilitar a sua dedução, dispondo que:*

*Art. 340. As perdas no recebimento de créditos decorrentes das atividades da*

*pessoa jurídica poderão ser deduzidas como despesas, para determinação do*

*lucro real, observado o disposto neste artigo (Lei nº 9.430, de 1996, art. 9º).*

*§ 1º Poderão ser registrados como perda os créditos (Lei nº 9.430, de 1996, art. 9º, § 1º): I em relação aos quais tenha havido a declaração de insolvência do devedor, em sentença emanada do Poder Judiciário; II sem garantia, de valor: a) até cinco mil reais, por operação, vencidos há mais de seis meses, independentemente de iniciados os procedimentos judiciais para o seu recebimento; b) acima de cinco mil reais, até trinta mil reais, por operação, vencidos há mais de um ano, independentemente de iniciados os procedimentos judiciais*

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

*De fato, na maioria dos casos, por questões de mercado, os comerciantes só iniciam uma cobrança administrativa ou judicial da dívida em casos extremos. Tentam, em primeiro plano, todas as*

*formas para cobrar a dívida amigavelmente, como, aliás, faz a própria Receita Federal do Brasil para cobrar seus créditos.*

*Porém, o comportamento de ingressar com medida judicial pode ser alterado em razão de aspectos estritamente fiscais, com o intuito de o contribuinte obter a dedutibilidade da perda com o crédito. Assim, por exemplo, se o contribuinte possui um crédito de R\$ 500.000,00, vencido há mais de um ano, pode iniciar o processo judicial por motivos exclusivamente fiscais, isto é, para obter a dedução da perda como despesa. E neste caso, não cabe ao intérprete perquirir se este processo judicial é procedente ou improcedente, razoável ou não razoável, bom ou ruim. A lei fiscal não trouxe esses elementos qualificativos do evento que condiciona a dedutibilidade da perda. Na verdade, neste e noutros casos, a lei fiscal induz o comportamento, ou seja, interfere na própria vontade do contribuinte. A vontade, o impulso que leva a prática da ação é eminentemente fiscal. Realmente, não há qualquer abusividade ou ilicitude no caso de o contribuinte realizar determinado negócio jurídico motivado por vantagens fiscais instituídas pela legislação. O que é ilícito, por ser abusivo, seria a causa de o negócio jurídico ser a vantagem fiscal. Não há ilícito o fato de a motivação ser fiscal. Este é o ponto fundamental, pois causa e motivo são coisas distintas. A causa é de natureza objetiva, enquanto que o motivo é subjetivo. O motivo constitui a causa impulsiva, a causa, a causa final. MOREIRA ALVES, resume bem a questão, quando ensina que: “a causa de um negócio jurídico difere dos motivos que levaram as partes a realizá-lo. Com efeito, a causa se determina objetivamente (é a função econômico-social que o direito objetivo atribui a determinado negócio jurídico); já o motivo se apura subjetivamente (diz respeito aos fatos que induzem as partes a realizar o negócio jurídico). No contrato de compra e venda, a causa é a permuta entre a coisa e preço (essa é a função econômico-social que lhe atribui o direito objetivo; essa é a finalidade prática a que visam, necessária e objetivamente, quaisquer que sejam os vendedores e quaisquer que sejam os compradores); os motivos podem ser infinitos (assim, por exemplo, alguém pode comprar uma coisa para presentear com ela um amigo). (...) A distinção entre causa e motivo é importante porque, em regra, a ordem jurídica não leva em consideração o último.”*

*Assim, a título de síntese, enquanto a causa é a função típica de determinado negócio jurídico, o motivo é a razão metajurídica que levou a pessoa a realização do mesmo, que só influenciará na órbita jurídica se esta motivação for ilícita (art. 166 do CCv.). O problema da reorganização societária “ilícita” do ponto de vista tributário está quando a causa, isto é, a função econômico-social que o direito objetivo atribui a determinado negócio jurídico, é distorcida para criar, instituir ou estabelecer uma vantagem fiscal. Aliás, a própria decisão recor*

*ida cita casos em que o vício encontra-se na causa típica dos negócios jurídicos, como no acórdão 101 96.724, que tratou de “ágio fabricado internamente”. Neste caso, a operação societária cria um ágio artificialmente, para assim obter a vantagem fiscal. O vício está na formação do ágio e não no seu aproveitamento posterior, quando da incorporação. Entretanto, é óbvio que o vício do ágio macula o seu próprio aproveitamento. Mas se o ágio é legítimo como no caso em tela, o seu aproveitamento deve seguir a causa típica estipulada no ordenamento para a incorporação de empresas. Se na compra e venda a causa é a permuta entre a coisa e preço, como asseverou Moreira Alves, na incorporação a causa típica é a absorção de uma ou mais sociedades por outra; esta é a função econômico-social que lhe atribui o direito objetivo, como deixa patente o art. 227 da Lei nº 6.404/76, verbis: “Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.”*

*A absorção do patrimônio de uma empresa por outra é a finalidade de prática a que visam, necessária e objetivamente, quaisquer que sejam as empresas incorporadoras e incorporadas, constituindo, esta, por conseguinte, a sua causa típica. E foi exatamente esta causa típica, a pessoa jurídica absorver o patrimônio de outra, estipulada pelo artigo 7º, III, da Lei nº 9.532/97, como condição para o contribuinte usufruir da regra do benefício fiscal oneroso. Neste caso, a lei concede o benefício fiscal, e condiciona o seu aproveitamento, isto é, a vantagem fiscal estipulada em lei, à pessoa jurídica absorver o patrimônio de outra. Trata-se de indução da norma fiscal à realização de absorção de patrimônio de empresa por intermédio de incorporação, cisão ou fusão, o que não passou despercebido do Poder Legiferante, que corroborou isso ao vetar o projeto de lei que pretendia revogar a norma isencional em tela, como acima demonstrado. Assim, por tudo que foi dito acima, entendo, sem nenhuma dúvida, não ter ocorrido, quer simulação, quer abuso de direito e/ou planejamento tributário em desacordo com a lei, mas tão somente a prática de conduta abarcada e induzida pelo ordenamento jurídico, por intermédio das regras estipuladas nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, sem qualquer prejuízo para Fazenda Pública que pudesse caracterizar economia ilícita de imposto, pois a escolha de outras soluções legais e direta como a incorporação, produziria idêntica consequência tributária com relação à amortização de ágio feita por intermédio da empresa veículo. (...)*

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

*Das declarações de voto. Adoção dos fundamentos de mérito. Os ilustres conselheiros Leonardo Oliveira e Moises Giacomelli apresentaram declarações de voto, a seguir anexadas neste Acórdão.*

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

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

#### V) CONCLUSÃO

*Diante do exposto e considerando:*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Considerando, ainda, os fundamentos de direito do acórdão 130100.711 de 19/10/2011, supra transcritos, bem como as razões de mérito contidas nas declarações de voto que também compõe o presente o acórdão, que peço permissão aos já citados autores para também adotar como razão de decidir; **voto no sentido de:***

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

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

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

Processo nº 16561.720194/2013-71  
Acórdão n.º **1402-002.428**

**S1-C4T2**  
Fl. 1.679

---

Pelo exposto e por tudo que consta processado nos autos nego provimento ao Recurso de Ofício.

É o voto

*(assinado digitalmente)*

Leonardo Luis Pagano Gonçalves.

## **Voto Vencedor**

Conselheiro Demetrius Nichele Macei - Redator Designado

Com a máxima vênia, ousou divergir do i. julgador relator, pelas razões a seguir aduzidas.

### **1 - Breve contextualização**

Primeiramente, creio ser necessário esclarecer, de forma breve e prática, o caminho do presente processo até aqui.

Em 21 de outubro de 2011, foi proferido o Acórdão nº 1402-000.802 - relativo ao processo administrativo nº 16561.000222/2008-72 - , cujo relator foi o Conselheiro Antônio José Praga de Souza. Este processo se diferencia do presente, apenas e tão somente, quanto ao ano-calendário e a qualificação da multa, que inclusive, naquele momento, foi desqualificada, quando da decisão final. Importante frisar que este foi o processo originário sobre toda a controvérsia aqui discutida. Deste modo, conheça-se a ementa de tal decisão:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004

AUDITORIA FISCAL. PERÍODO DE APURAÇÃO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA PARA CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VERIFICAÇÃO DE FATOS, OPERAÇÕES, REGISTROS E ELEMENTOS PATRIMONIAIS COM REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA FUTURA. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÕES.

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

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE FRAUDE. Nos lançamentos de ofício para

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

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

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO EFETIVAMENTE PAGO NA AQUISIÇÃO SOCIETÁRIA. PREMISSAS.

As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7º., inciso III, e 8º. da Lei 9.532 de 1997, são: i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; iii) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura. Nesse contexto não há espaço para a dedutibilidade do chamado “ágio de si mesmo”, cuja amortização é vedada para fins fiscais, sendo que no caso em questão essa prática não ocorreu.

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO INOCORRÊNCIA.

No contexto do programa de privatização das empresas de telecomunicações, regrado pelas Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto nº 2.546/97, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.

Preliminar de Preclusão Rejeitada. Preliminar de Decadência Acolhida. Recurso Provido no Mérito.

Neste momento, o processo de base final 72 aguarda decisão da CSRF, relativo aos Recursos Especiais do Contribuinte e da PGFN.

Ato contínuo, em 2013, foi lavrado novo AI (fls. 1.049-1.094) em face do mesmo sujeito passivo - a atual Recorrente - tratando exatamente da mesma matéria, com alteração apenas quanto ao ano-calendário e a qualificação da multa; trata-se do presente processo administrativo.

O contribuinte deu origem a fase litigiosa deste processo confrontando tempestivamente o lançamento mediante impugnação, a qual foi julgada procedente, com base na decisão do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72, já citado. Mais especificamente, o fundamento principal desta decisão foi a aplicação do Princípio da Decorrência. Acompanhe-se tal entendimento por meio da ementa de tal decisão:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2008

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRINCÍPIO DA DECORRÊNCIA. APLICAÇÃO.

Tratando-se de lançamento reflexo, qual seja, aquele calcado nas mesmas operações (fatos jurídico-tributários) autuadas em outro processo, dito principal, cumpre aplicar no julgamento deste o princípio da decorrência, repercutindo a mesma decisão daquele quanto ao mérito. Uma vez que a matéria de fundo em litígio neste processo, relativa amortização do ágio pago pelo Santander na aquisição do Banespa em 2001, já foi julgado em segunda instância no CARF (Acórdão 1402- 000.802), tendo sido cancelada a glosa, cumpre aqui replicá-la

A procedência total da impugnação e também o fato de o valor exonerado ter sido superior a R\$ 1.000.000,00, ensejaram o exame do Recurso de Ofício, o qual se passa a exercer daqui em diante.

## **2. Do Recurso de Ofício**

Importante destacar, neste momento, que o Relator do Acórdão nº 1402-000.802, relativo ao processo administrativo nº 16561.000222/2008-72, julgado em 2011, no CARF, por coincidência, foi, também, o relator do Acórdão de Impugnação nº 14-56.305 (fl. 1.490) do presente processo. Tal informação é relevante, pois facilita o entendimento da opção - em seu voto - pela aplicação do chamado "Princípio da Decorrência". Entendeu a autoridade administrativa julgadora, que não faria sentido modificar o que já houvera sido decidido por ela mesma no CARF, principalmente por se tratar da mesma matéria e dos mesmos fatos. Em suas palavras (fl.1.513):

Cumpra aqui aplicar o princípio da decorrência, consagrado na esfera administrativa, isso porque a matéria de fundo já foi decidida em segunda instância no CARF, sendo imprópria a existência de decisões distintas sobre os mesmos fatos e mesmo contribuinte.

Com base nisso, portanto, no presente processo, a decisão de primeira instância foi favorável ao contribuinte, o que enseja o exame do Recurso de Ofício (artigo 57, Decreto nº 70.235/72).

Assim, aqui, nesta nova apreciação da controvérsia - com todo o respeito ao entendimento proferido pela autoridade fiscal e pelo colega de turma, relator neste processo - necessito discordar de suas conclusões. Isto porque, é dever do julgador administrativo sempre sopesar os fatos constitutivos do conflito com fundamento não só pautado na legislação pertinente ao caso, mas também no posicionamento jurisprudencial que mais bem reflita a intenção da norma expressa.

Nesse sentido, destaco que atualmente a jurisprudência do CARF está pacificada no sentido de condenar a amortização do ágio da forma como foi perpetrada pela autuada. A dedutibilidade do ágio decorrente da aquisição do BANESPA pelo grupo SANTANDER, não ocorreu conforme os preceitos legais exigíveis.

Maior e melhor prova do que se afirma é a decisão proferida no Acórdão nº 1101000.961, em 08 de outubro de 2013, relativo ao processo administrativo nº 16643.000142/2010-21, que também se originou do processo com base final 72, ou seja, tratou da mesma matéria e dos mesmos fatos, decidindo, porém a controvérsia de forma diferente. Consulte-se a ementa:

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2005, 2006

**NULIDADE. INOVAÇÃO EM DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA.**

A autoridade julgadora pode expressar livremente sua percepção dos fatos reunidos nos autos, inclusive acrescentando análises não cogitadas pela Fiscalização, em resposta à defesa do impugnante. Somente não lhe é permitido manter a exigência do crédito tributário com fundamento, exclusivamente, em argumentos novos, por ela adicionados à motivação do lançamento.

**LANÇAMENTO. AUTORIDADE INCOMPETENTE. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA CONCORRENTE. DEMAC (ANTERIOR DEAIN). INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.** As competências da Delegacia Especial de Maiores Contribuintes (anterior Delegacia Especial de Assuntos Internacionais) e da Delegacia Especial de Instituições Financeiras são concorrentes para efetuar o lançamento em contribuinte do tipo instituição financeira. Ademais, são válidos os lançamentos lavrados por servidor competente (Auditor Fiscal) de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo

**AUDITORIA FISCAL. PERÍODO DE APURAÇÃO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA PARA CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VERIFICAÇÃO DE FATOS, OPERAÇÕES, REGISTROS E ELEMENTOS PATRIMONIAIS COM REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA FUTURA. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÕES.**

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

PROCESSOS DISTINTOS. ÓRGÃOS JULGADORES COMPETENTES. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA. DECISÕES ADMINISTRATIVAS DIVERGENTES. POSSIBILIDADE.

Não vinculam as decisões administrativas proferidas por órgãos julgadores distintos, exaradas no exercício de suas respectivas competências

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

**Ano-calendário: 2005, 2006**

**TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO PARA EMPRESA VEÍCULO SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL.**

**Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.**

REFLEXO NA APURAÇÃO DA BASE DE  
CÁLCULO DA CSLL.

Deve ser anulada contabilmente a amortização de ágio que, após transferência mediante a utilização de empresa veículo, surge sem substância econômica no patrimônio da investida.

GLOSA DE COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS E BASES NEGATIVAS. Deve ser afastada a glosa de compensação de base negativa oriunda de período de apuração não revisado no procedimento fiscal.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. FRAUDE. INOCORRÊNCIA. Existindo ágio pago em processo licitatório, a interpretação equivocada do sujeito passivo acerca da possibilidade de sua amortização não é suficiente para a qualificação da penalidade aplicável aos tributos que deixaram de ser recolhidos em razão da amortização daquele valor. SUCESSÃO.

EMPRESAS PERTENCENTES AO MESMO GRUPO ECONÔMICO. Cabível a imputação da multa de ofício à sucessora, por infração cometida

pela sucedida, quando provado que as sociedades estavam sob controle comum ou pertenciam ao mesmo grupo econômico (Súmula CARF nº 47).

#### JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo

#### **(Grifo meu)**

Ainda, no que toca a jurisprudência mais atual deste Conselho, há outro processo administrativo (PA nº 16643.000144/2010-11), que se encaixa na mesma situação do Acórdão nº 1101-000.961, trata-se do Acórdão nº 1101-000.962, sendo ambos julgados em 2013, pela mesma relatora e baseados nos mesmos fundamentos.

Em suma, pode-se concentrar o fundamento das recentes decisões que negam a dedutibilidade da amortização do ágio nos moldes perpetrados pelo sujeito passivo, nos artigos 7º e 8º, da Lei nº 9532/97 (equivalentes ao artigos 385 e 386, do Dec. nº 3000/99), que oferecem as premissas ou requisitos para que esta dedutibilidade se dê legitimamente ao ponto de gerar efeitos na esfera fiscal; veja-se:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

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.

Primeiramente, é preciso assentar que o ágio ora discutido teve sua origem quando o Banco Santander Central Hispano S/A adquiriu as ações do Banespa, ou seja, este "aumento" foi registrado na contabilidade da pessoa jurídica espanhola.

O artigo 7º, acima transcrito, demonstra a necessidade de se haver confusão patrimonial entre investidora e investida para a legítima amortização do ágio, porém, no presente caso, pessoa diversa daquele que efetivamente pagou o ágio, foi beneficiada pela dedutibilidade indevida da amortização do ágio, quando na verdade, a única pessoa que, por lei, pode gozar desta prerrogativa, é a investidora, aquela que acreditou na mais valia do investimento, ou seja, Banco Santander Central Hispano S/A.

Neste ponto, concordo com a fundamentação do lançamento (1.072) quando diz que, em verdade, o ágio registrado tanto na Santander Holding Ltda, quanto no Banespa e no Banco Santander (Brasil), foi uma "projeção" do ágio originado no exterior.

Valho-me, ainda, da clara descrição dos fatos trazida no TVF (1.069), que demonstram o flagrante desatendimento as regras fiscais de dedutibilidade:

Verifica-se nesse curto tempo de existência, entre sua constituição e sua incorporação, que a Santander Holding Ltda foi interposta como empresa veículo para unicamente internalizar o ágio gerado no exterior, posto que efetivamente suportado pelo Banco Santander Central Hispano S/A, de forma a projetar artificialmente esse ágio para dentro do ativo das empresas brasileiras que pretenderam tirar proveito fiscal imediato (em 60 parcelas mensais) de sua amortização, quais sejam o Banespa e, posteriormente, o Banco Santander (Brasil) S/A, numa sucessão de eventos que não encerram qualquer propósito comercial ou substância econômica.

A CSRF tem também se posicionado perante o mesmo entendimento ora aduzido. A título exemplificativo, tome-se o Acórdão nº 9101-002.188, que julgou operação societária em muito semelhante ao caso em tela, mas relacionada a outro sujeito passivo. Acompanhe-se a ementa:

#### IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

#### TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas. Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida.

#### TRIBUTAÇÃO REFLEXA - CSLL

A decisão prolatada no lançamento matriz estende-se ao lançamento decorrente, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

#### ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

#### MULTA QUALIFICADA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA NA FASE DE RECURSO VOLUNTÁRIO.

Uma vez restabelecidas as autuações fiscais, deverá haver julgamento quanto à multa qualificada, fazendo-se necessário o retorno à Turma a quo para análise dos pontos específicos suscitados em relação a essa matéria no recurso voluntário.

Recurso Especial do Procurador Provido.

**(Grifo meu)**

Inclusive, ainda no âmbito da CSRF, cito - apenas à título ilustrativo, haja vista a questão temporal, ou seja, não como cerne de minha fundamentação - o Acórdão nº 9101-002.814 (PA 16561.000222/2008-72), julgado recentemente, em 11 de maio de 2017, que no mesmo sentido do que até aqui tem sido exposto, rechaçou os moldes da operação conduzida pelo sujeito passivo Banco Santander (Brasil) S/A, reformando as razões do primeiro acórdão proferido pelo, naquele momento relator, Antônio José Praga de Souza. Observe-se a ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004

DECADÊNCIA. FATOS COM REPERCUSSÃO EM PERÍODOS FUTUROS.

É legítimo o exame de fatos ocorridos há mais de cinco anos do procedimento fiscal, para deles extrair a repercussão tributária em períodos ainda não atingidos pela caducidade. A restrição decadencial diz respeito à impossibilidade de lançamento de crédito tributário no período em que ocorreu o fato gerador.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. PLANEJAMENTO FISCAL.

Deve ser glosada a amortização do ágio deduzido em decorrência de uma operação de incorporação em que a pessoa jurídica que contabilizou o ágio não arcou com o seu ônus.

Disto, reitero: não estou utilizando o acórdão acima referido como direção para este julgamento. No entanto, creio ser importante ao menos não deixarmos de notar que o processo que originou todos os demais processos administrativos analisados por este Conselho, com referência a mesma matéria e mesma operação, sofreu uma mudança de entendimento consolidada, agora, pela CSRF, que deverá ser observada de sua publicação em diante, até que a legislação sobre a dedutibilidade da amortização do ágio seja modificada.

Após todas estas considerações, DOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, em relação a dedutibilidade da amortização do ágio.

### **3. Do retorno dos autos a 1ª instância para complementação**

Processo nº 16561.720194/2013-71  
Acórdão n.º **1402-002.428**

**S1-C4T2**  
Fl. 1.689

---

Como na folha 1.513 do Acórdão da DRJ, o relator aponta que, pelo Princípio da Decorrência, adotara a matéria de fundo no Acórdão 1402-00.802, e pelo fato de ter dado provimento ao Recurso de Ofício, entendo que, pelo respeito a não supressão de instância, bem como pela necessária garantia da ampla defesa e do contraditório, os autos devem retornar a DRJ, para complementação do voto, em relação aos demais argumentos de defesa, que não o mérito.

Pelo exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício para restabelecer a autuação no mérito e determinar o retorno dos autos para a DRJ para complementação em relação aos demais argumentos de defesa não analisados no Acórdão de 1ª instância nº 14-56.305.

É o voto.

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei

Processo nº 16561.720194/2013-71  
Acórdão n.º **1402-002.428**

**S1-C4T2**  
Fl. 1.690

---