



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

Processo n° 16643.000142/2010-21
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1101-000.961 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de outubro de 2013
Matéria IRPJ e CSLL - Amortização de Ágio
Recorrente BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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 a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa SELIC.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em: 1) por unanimidade de votos, REJEITAR a arguição de nulidade da decisão recorrida; 2) por unanimidade de votos, REJEITAR a arguição de nulidade do lançamento; 3) por voto de qualidade, REJEITAR a preliminar de conexão suscitada pela Relatora Conselheira Edeli Pereira Bessa, que restou vencida, acompanhada pelos Conselheiros José Sérgio Gomes e Benedicto Celso Benício Júnior, este votando pelas conclusões, e sendo designado para redigir o voto vencedor o

Conselheiro José Ricardo da Silva; 4) por maioria de votos, REJEITAR a arguição de decadência, divergindo os Conselheiros José Ricardo da Silva e Marcelo de Assis Guerra; 5) por voto de qualidade, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário relativamente às glosas de amortização de ágio, divergindo os Conselheiros José Ricardo da Silva, Marcelo de Assis Guerra e Benedicto Celso Benício Júnior; 6) por unanimidade de votos, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário relativamente às compensações de prejuízos fiscais e bases negativas; 7) por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente à imputação de multa de ofício à sucessora; 8) por maioria de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente aos juros de mora sobre a multa de ofício, divergindo os Conselheiros José Ricardo da Silva e Benedicto Celso Benício Júnior, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(documento assinado digitalmente)

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Presidente

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora

(documento assinado digitalmente)

JOSÉ RICARDO DA SILVA – Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão (presidente da turma), José Ricardo da Silva (vice-presidente), Edeli Pereira Bessa, Benedicto Celso Benício Júnior, José Sérgio Gomes e Marcelo de Assis Guerra.

Relatório

BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, já qualificado nos autos, recorre de decisão proferida pela 10ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo/SP-I que, por unanimidade de votos, julgou IMPROCEDENTE a impugnação interposta contra lançamento formalizado em 29/03/2010, exigindo crédito tributário no valor total de R\$ 980.901.048,84.

O lançamento em debate deu continuidade ao veiculado nos autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72, já apreciado pela 2ª Turma da Quarta Câmara desta 1ª Seção de Julgamento, em julgamento retratado no Acórdão nº 1402-00.802. Naqueles autos, a Fiscalização reverteu os efeitos, na apuração do IRPJ e da CSLL, da amortização de ágio promovida pelo Banco do Estado de São Paulo S/A (BANESPA), de 2002 a 2004, ao passo que nestes autos a glosa alcança as deduções de mesma natureza promovidas em 2005 e de 01/01/2006 a 31/08/2006, data na qual o Banco do Estado de São Paulo S/A (BANESPA) foi incorporado pelo autuado, Banco Santander (Brasil) S/A. Após tal incorporação, o Banco Santander (Brasil) S/A continuou promovendo amortizações do mesmo ágio, glosadas por meio de lançamento formalizado nos autos do processo administrativo nº 16643.000144/2010-11.

O relatório da decisão recorrida pouco difere do conteúdo do Termo de Verificação, motivo pelo qual é aqui adotado. Demais disto, na medida em que seu conteúdo também se assemelha, em sua maior parte, aos fatos relatados nos autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72, as diferenças relevantes identificadas serão destacadas ao longo da reprodução do relatório da decisão recorrida.

A referida decisão principia com relato específico deste procedimento fiscal, realizado em continuidade a verificações no âmbito da Tributação em Bases Universais:

Conforme o Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 376-407, em fiscalização empreendida junto à contribuinte supramencionada, o auditor-fiscal constatou os fatos a seguir relacionados:

1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O procedimento foi iniciado a partir das determinações contidas no Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) nº 08.1.71.00-2009-00012-0, relativo ao sujeito passivo Banco Santander (Brasil) S/A (“fiscalizado”), cuja razão social no início da ação fiscal era Banco Santander S/A, CNPJ 90.400.888/0001-42, abrangendo verificações quanto ao IRPJ dos anos-calendário 2005, 2006 e 2007.

O fiscalizado foi cientificado do início da ação fiscal em 29/01/2009, conforme Termo de Início de Fiscalização de fls.03-06, nos termos do art.23, inciso I, do Decreto nº 70.235/72, com redação dada pela Lei nº 9.532/97. No mesmo termo, o fiscalizado foi instado a apresentar elementos para o início do exame de suas obrigações tributárias.

Em 29/03/2010, o fiscalizado foi cientificado de autos de infração constituindo créditos tributários de IRPJ e CSLL, haja vista ter sido apurada no curso do procedimento violação de dispositivos da Legislação de Tributação em Bases Universais. Esses autos de infração foram formalizados sob o nº

16643.000055/2010-74, prosseguindo-se a ação fiscal, porquanto com a lavratura daqueles autos de infração ocorreu apenas seu encerramento parcial.

2. DOS AUTOS DE INFRAÇÃO ANTERIORMENTE LAVRADOS EM FUNÇÃO DA MESMA INFRAÇÃO ABORDADA NESTE TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL

Impende mencionar que o fiscalizado, como sucessor por incorporação do Banco do Estado de São Paulo S/A – Banespa, CNPJ 61.411.633/0001-87, já havia sido autuado na ação fiscal instaurada em função do MPF nº 08.1.71.00-2007-00186-3, visando a constituição de créditos tributários de IRPJ e CSLL por ter sido constatada a mesma infração adiante descrita, para os anos-calendário 2002, 2003 e 2004. Tais autos de infração foram formalizados sob nº 16561.000222/2008-72.

3. DA INFRAÇÃO APURADA

3.1. DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

3.1.1. DO PERÍODO OBJETO DA PRESENTE AUTUAÇÃO

Inicialmente, destaque-se que os autos de infração anexos, dos quais é parte integrante e inseparável este Termo de Verificação Fiscal, se referem apenas a fatos geradores relativos aos anos-calendário 2005 e 2006. Para o ano de 2006, o período ora abordado alcança desde o início desse ano até a incorporação do Banespa pelo fiscalizado em 31/08/2006.

O período posterior à incorporação do Banespa será objeto de outras autuações lavradas também no curso deste procedimento fiscal, porquanto compreenderá obrigações tributárias próprias do Banco Santander (Brasil) S/A, e não de sua sociedade incorporada.

Conforme os atos societários de fls. 41-45, o Banespa foi incorporado ao fiscalizado em 31/08/2006. Em face da sucessão universal e diante da responsabilidade deste último em relação a obrigações tributárias do primeiro (conforme discorrido adiante no item 5), este Termo de Verificação Fiscal e os correspondentes autos de infração foram lavrados em nome do incorporador Banco Santander (Brasil) S/A. Repise-se os créditos tributários ora constituídos referem-se exclusivamente a obrigações tributárias originárias do Banespa.

A partir daí, a descrição feita pela autoridade julgadora passa a apresentar os mesmos contornos daquela que orientou a edição do Acórdão nº 1402-00.802:

3.1.2. DAS SOCIEDADES ENVOLVIDAS

Tendo em vista o número e a similaridade dos nomes das sociedades envolvidas nas operações tratadas neste Termo de Verificação Fiscal, cabe relacioná-las abaixo, para facilitar a compreensão dos fatos adiante narrados:

1. Banco Santander (Brasil) S/A (denominações anteriores: Banco Santander S/A, Banco Santander Banespa S/A, Banco Meridional S/A e Banco Meridional do Brasil S/A) (SANTANDER S/A), CNPJ nº 90.400.888/0001-42;

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

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

4. Banco Santander S/A (BANCO SANTANDER), CNPJ nº 33.517.640/0001-72;

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

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

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

3.1.3. DA DESCRIÇÃO DOS FATOS

Inicialmente cabe fazer uma exposição cronológica dos fatos que guardam correlação com a infração adiante apontada.

Em 04/10/2000, foi publicado o edital do Programa Nacional de Desestatização – PND nº 03/2000, do Banco Central do Brasil - Bacen, com a finalidade de alienar as ações do Banespa por leilão em 20/11/2000 (fls.46-55).

Em 25/10/2000, foi constituída a SANTANDER HOLDING, com capital de R\$1.000,00, dividido em 1000 quotas, sendo os quotistas: (i) SANTANDER BRASIL, com 999 quotas e (ii) AURÉLIO VELO VALLEJO, espanhol, CPF nº 215.139.658-40, com uma quota. A referida sociedade tinha como objeto social a participação e administração de bens próprios ou de terceiros, e participação em outras sociedades, qualquer que fosse o respectivo objeto social, na qualidade de sócia minoritária ou controladora (fls.66-71).

Em 20/11/2000, o SANTANDER HISPANO, instituição financeira constituída de acordo com as leis da Espanha, com sede em Santander, Espanha, adquiriu, no leilão previsto no citado edital PND nº 03/2000, o controle acionário do BANESPA, por 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 SANTANDER HISPANO (fls.57-63).

Com a publicação de Fato Relevante em 28/12/2000 (fls.65), tornou-se pública a pretensão do SANTANDER HISPANO de realizar uma oferta pública de compra de até a totalidade das ações ordinárias e preferenciais do BANESPA em circulação no mercado, representativas de aproximadamente 67% de seu capital social.

Destaque-se, neste ponto, que o parágrafo anterior não constou do Termo de Verificação Fiscal lavrado nos autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72.

Prosseguindo na reprodução do relatório da decisão proferida nos autos do presente processo, tem-se:

Em 29/05/2001, foi efetuada a Primeira Alteração do Contrato Social da SANTANDER HOLDING (fls.728-731), tendo sido aumentado seu capital social de R\$1.000,00 para R\$9.574.901.000,00, criando-se 9.574.900.000 novas quotas, todas subscritas e integralizadas pelo quotista então admitido, SANTANDER HISPANO, mediante a conferência à sociedade de 36.394.636.404 ações representativas do capital social do BANESPA, cujo valor atribuído foi de R\$9.574.900.000,00, equivalente ao montante investido pelo subscritor na aquisição das ações de emissão do BANESPA então contribuídas. O valor atribuído às ações de emissão do BANESPA para fins de sua contribuição ao capital social foi fundamentado em laudo de avaliação elaborado pela empresa KPMG CORPORATE FINANCE, CNPJ nº 48.883.938/0001-23 (fls.74-85). O quotista AURÉLIO VELO VALLEJO transferiu sua única quota da SANTANDER HOLDING para o SANTANDER BRASIL, pelo valor de R\$1,00, retirando-se, assim, da sociedade.

Frisou a autoridade lançadora, nos autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72, que o valor em questão incluía um ágio de R\$ 7.462.067.630,07 e um patrimônio líquido de R\$ 2.173.519.280,48.

Retomando o relatório da decisão recorrida nestes autos:

Em 30/05/2001, o SANTANDER HISPANO transferiu, conforme a Segunda Alteração do Contrato Social da SANTANDER HOLDING (fls.86-92), as quotas de sua

propriedade na SANTANDER HOLDING, representadas pelas ações do BANESPA, no valor de R\$9.574.900.000,00, para a MERIDIONAL HOLDING.

Conforme o Instrumento Particular da Terceira Alteração do Contrato Social da SANTANDER HOLDING (fls.93-97), em 29/06/2001 o BANCO SANTANDER (hoje incorporado pelo SANTANDER S/A), incorporou a MERIDIONAL HOLDING, além de receber as 1.000 quotas da SANTANDER HOLDING pertencentes ao SANTANDER BRASIL, passando a deter a totalidade das quotas da SANTANDER HOLDING. Cabe salientar que no referido instrumento há menção à observância de dispositivos das Instruções CVM nº 319/99 e 349/2001. Assim, o BANCO SANTANDER assumiu todos os direitos e obrigações da MERIDIONAL HOLDING, inclusive as quotas de titularidade desta última, no valor de R\$9.574.900.000,00.

Por meio do ofício Deorf/GTSP2-2002/1065, de 23/08/2002, o Banco Central do Brasil comunicou a aprovação da incorporação pelo BANESPA de sua então controladora, SANTANDER HOLDING, segundo deliberado em AGE de 30/07/2001, mediante versão da totalidade de seu patrimônio e consequente extinção (fls.110-111). A partir da incorporação da SANTANDER HOLDING, o BANESPA iniciou a amortização do ágio antes nela contabilizado, diminuindo as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Saliente-se, por fim, que o BANCO SANTANDER, hoje incorporado pelo SANTANDER S/A, fazia parte do conglomerado financeiro espanhol.

Esclareça-se que as referências às Instruções CVM nº 319/99 e 349/2001, bem como ao ofício Deorf/GTSP2-2002/1065, não constaram do Termo de Verificação Fiscal que instrui os autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72. De outro lado, aquele Termo indica, neste ponto, os valores do ágio amortizado pelo BANESPA: (i) R\$1.492.413.525,96, no ano-calendário de 2002; (ii) R\$895.942.350,64, no ano-calendário de 2003; e (iii) R\$1.426.929.732,13, no ano-calendário de 2004.

Dando continuidade à reprodução do relatório da decisão recorrida, consta ali a acusação de que *os fatos anteriormente narrados e relacionados às operações societárias empreendidas, as quais culminaram com a incorporação da SANTANDER HOLDING pelo BANESPA, conduzem à conclusão da ilicitude da diminuição do lucro real e da base de cálculo da CSLL deste, por meio da dedução dos encargos de amortização do ágio então contabilizado na SANTANDER HOLDING.* Na seqüência, constam apontamentos que não estavam presentes, nesta mesma seqüência, na motivação exposta no processo administrativo nº 16561.000222/2008-72, bem como não apresentaram a mesma constatação veiculada naqueles autos, como se verá mais adiante:

Cabe tecer algumas considerações sobre o ágio então contabilizado na SANTANDER HOLDING. Para tanto, há que se detalhar o valor total que teria sido pago pelo SANTANDER HISPANO pelos 36.394.636.404 ações (97,208% do capital do BANESPA), considerando o valor pago no leilão mencionado e também os montantes desembolsados na Oferta Pública de Ações (OPA), bem como demais custos. Tais valores são evidenciados no demonstrativo a seguir, que reproduz dados apresentados à fiscalização pela interessada (fls.84):

Custo total das ações do BANESPA adquiridas pelo SANTANDER HISPANO

<i>Total</i>	<i>Ações</i>		<i>Valor pago (R\$)</i>
	<i>37.440.000.000</i>	<i>100 %</i>	
<i>Leilão</i>	<i>11.232.000.000</i>	<i>30,00 %</i>	<i>7.050.000.000,00</i>
<i>Funcionários</i>	<i>1.197.760.392</i>	<i>3,20 %</i>	<i>197.740.376,17</i>
<i>Sobra Tesouro</i>	<i>24.630.756</i>	<i>0,07 %</i>	<i>15.460.009,78</i>
<i>OPA</i>	<i>23.896.653.212</i>	<i>63,83 %</i>	<i>2.275.439.318,85</i>
<i>Corretora</i>	<i>12.433.382</i>	<i>0,03 %</i>	<i>1.187.387,98</i>
<i>BSB</i>	<i>31.158.662</i>	<i>0,083 %</i>	<i>2.975.652,26</i>
<i>Subtotal</i>	<i>36.394.636.404</i>	<i>97,208 %</i>	<i>9.542.802.745,04</i>
<i>CPMF</i>			<i>21.803.912,68</i>
<i>Emolumentos</i>			<i>5.334.978,76</i>
<i>Comissões OPA</i>			<i>4.583.925,26</i>
<i>Outras ações BSB</i>			<i>374.438,07</i>
<i>Custo Total</i>			<i>9.574.900.000,00</i>

Portanto, o valor total pago pelo SANTANDER HISPANO pelas 36.394.636.404 ações do BANESPA, considerando todos os custos envolvidos, alcançou R\$9.574.900.000,00. Note-se que esse valor foi exatamente o aporte de capital realizado pelo SANTANDER HISPANO na SANTANDER HOLDING, por meio das ações do BANESPA. A despeito do laudo de avaliação do valor de mercado das 36.394.636.404 ações do BANESPA ter concluído que tal valor importava em R\$10.078.626.000,00 (item 13 do laudo de fls.74-85), o montante atribuído pelo SANTANDER HISPANO para fins de subscrição e integralização do capital social da SANTANDER HOLDING alcançou exatamente o valor total que a empresa pagou pelas referidas ações.

Considerando-se o patrimônio líquido do BANESPA e a participação do SANTANDER HISPANO em seu capital, obtém-se, por diferença, o valor total do ágio envolvido na aquisição, com base nas informações prestadas (fls.85):

Valor total do ágio pago pelo SANTANDER HISPANO na aquisição do BANESPA

<i>Custo total (a)</i>	<i>R\$9.574.900.000,00</i>
<i>PL do BANESPA em 30/04/2001 (b)</i>	<i>R\$2.173.519.280,48</i>
<i>Porcentagem de participação do SANTANDER HISPANO (c)</i>	<i>97,208%</i>
<i>Valor do investimento (d) = (b)x(c)</i>	<i>R\$2.112.832.369,93</i>
<i>Ágio (a)-(d)</i>	<i>R\$7.462.067.630,07</i>

Como o aporte de capital na SANTANDER HOLDING se deu exatamente no montante de R\$9.574.900.000,00, e apenas com ações do BANESPA, o ágio contabilizado na SANTANDER HOLDING, quando de seu aumento de capital, é exatamente o ágio pago pela sociedade espanhola na aquisição das ações do BANESPA.

Assim, não há como desvencilhar o ágio pago pela sociedade domiciliada na Espanha pelas ações do BANESPA, do ágio contabilizado na SANTANDER HOLDING quando do aumento de seu capital pelo mesmo subscritor espanhol. Trata-se do mesmo fato econômico refletido contabilmente nas demonstrações da SANTANDER HOLDING.

Os encargos de amortização do ágio pago pela sociedade estrangeira não poderiam reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL do próprio BANESPA, conforme os dispositivos legais que tratam da dedutibilidade dos encargos de amortização do ágio.

Deste ponto em diante, a decisão recorrida volta a apresentar relatório semelhante à acusação veiculada no processo administrativo nº 16561.000222/2008-72:

Com a Lei nº 9.532/97 o legislador definiu os contornos das situações em que os encargos de amortização poderiam ser deduzidos para a apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. O parágrafo 11 da Exposição de Motivos nº 644/MF, relacionada à Medida Provisória nº 1.602/97 (convertida na Lei nº 9.532/97), transcrito a seguir, corrobora esse raciocínio:

11. O art.8º estabelece o tratamento do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos “planejamentos tributários”, vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.

Portanto, a Lei nº 9.532/97 passou a estabelecer condições para a dedutibilidade dos encargos de amortização do ágio pago, cujo descumprimento implica a impossibilidade de o sujeito passivo deduzi-los na apuração de seu lucro real e da base de cálculo da CSLL.

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

Lei nº 9.532/97

[...]

Decreto-Lei nº 1.598/77

Desdobramento do Custo de Aquisição

[...]

RIR/99

Desdobramento do Custo de Aquisição

[...]

Tratamento Tributário do Ágio ou Deságio nos Casos de Incorporação, Fusão ou Cisão

[...]

A dedutibilidade dos encargos de depreciação [amortização] condiciona-se, portanto, ao estrito cumprimento das regras impostas pelos dispositivos referidos. Caso não sejam cumpridas tais regras, eventuais encargos de amortização são indedutíveis.

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

Os documentos apresentados pelo fiscalizado mencionam que o ágio pago pelo SANTANDER HISPANO teve por fundamento econômico o valor de rentabilidade do BANESPA com base em previsão de resultados de exercícios futuros (fls. 74-83 e 728-731).

Não se questiona a existência do ágio pago pelo SANTANDER HISPANO pelas ações do BANESPA, porém não é concebível que todo o ágio efetivamente pago pela sociedade espanhola tivesse fundamento econômico nas expectativas de rentabilidade futura, uma vez que tal conclusão implicaria desprezar todo o fundo de comércio do BANESPA.

Na definição do Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações (7ª ed., pág.172):

O fundo de comércio representa uma gama de fatores, como nome e tradição da empresa no mercado, imagem e qualidade de seus produtos, clientela já formada, qualidade e treinamento de seus funcionários, processos técnicos de fabricação, cartas-patentes, licenças, etc., todos, por natureza, intangíveis que economicamente podem existir, mas não são registrados na contabilidade como ativos. Assim, para efeitos de fundamentação do ágio, fundo de comércio e intangível, não podem ser considerados duas, mas uma mesma razão.

A carteira de cerca de 3 milhões de clientes do BANESPA certamente influiu no sobrepreço pago por suas ações, pois constituía um ativo de grande valor para a instituição adquirente. O item 6.7.1.3 do edital PND nº 03/2000 (fls.52) evidencia que a maioria dos clientes pessoas físicas recebiam seus vencimentos por meio do Banespa (“clientes vinculados”).

A grande capilaridade do BANESPA, especialmente em SP, era um ativo importante para os planos de expansão do conglomerado financeiro espanhol no Brasil. O nome e a marca também são ativos que influenciaram o ágio pago.

A referência ao item 6.7.1.3 do edital de licitação não constou do Termo de Verificação lavrado nos autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72. De outro lado, naqueles autos mencionou-se que verdadeiras “batalhas” por clientes já vinham sendo travadas entre instituições financeiras (o que se verifica até hoje) de modo a aumentar suas participações no mercado, bem como destacou-se que o ágio pago pelo Santander Central Hispano S.A. no leilão do Banespa superou em muito aquele oferecido pelos demais concorrentes (conforme reportagens da época, ao passo que o Santander Central Hispano S.A. pagou um ágio da ordem de 280% sobre o preço mínimo, o lance do segundo colocado

embutia um ágio da ordem de 13%). Daí a conclusão de que o fundo de comércio do Banespa também influenciou o valor oferecido no leilão de suas ações.

Na seqüência, a motivação do presente lançamento volta a apresentar os mesmos argumentos antes expressos no processo administrativo nº 16561.000222/2008-72:

Ao ostentar que todo o suposto ágio teria fundamento em expectativas de rentabilidade futura, o grupo econômico SANTANDER ilicitamente aspirou ao benefício fiscal de amortizar todo esse ágio, a despeito de a legislação vedar tal benefício em relação àquele suportado em outros fundamentos econômicos.

As demais condições legalmente impostas também não foram cumpridas para a dedutibilidade dos encargos de amortização deste ágio.

As operações societárias realizadas pelo grupo econômico SANTANDER tiveram como objetivo econômico internalizar para o Brasil um ágio pago pela sociedade estrangeira domiciliada na Espanha (SANTANDER HISPANO) e gerado quando da aquisição de ações da pessoa jurídica brasileira (BANESPA). O ponto de partida para tal internalização deu-se com o aumento de capital da SANTANDER HOLDING com ações do BANESPA, então detidas pela sociedade espanhola.

É patente o intuito do grupo econômico SANTANDER de utilizar a SANTANDER HOLDING para carrear o referido ágio para o Brasil visando o benefício fiscal. A existência legal da SANTANDER HOLDING foi efêmera (constituída em 10/2000, fls.66-71, e incorporada em 07/2001, fls.93-101), tendo apresentado no período declarações de rendimentos que evidenciavam como operação apenas o aumento de seu capital social de R\$1.000,00 para R\$9.574.901.000,00, sem revelar quaisquer outras operações (fls. 631-637). A sociedade sequer possuía funcionários no período em que existiu.

O grupo econômico SANTANDER constituiu a SANTANDER HOLDING com o único fim de internalizar e transferir o ágio para posteriormente amortizá-lo. Trata-se de um caso típico de "empresa veículo", criada com este exclusivo intuito. A recente jurisprudência administrativa vem sendo firmada no sentido de se exigir um propósito negocial em operações societárias que visem apenas a alcançar benefícios fiscais, tal como o caso em comento.

Registre-se que no Termo de Verificação Fiscal destes autos foi citado, como exemplo de jurisprudência administrativa favorável, acórdão cuja ementa está a seguir transcrita:

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE AGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE "EMPRESA VEÍCULO". Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade negocial ou societária, especialmente quando a incorporada teve o seu capital integralizado com o investimento originário de aquisição de participação societária da incorporadora (ágio) e, ato contínuo, o evento da incorporação ocorreu no dia seguinte. Nestes casos, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera "empresa veículo" para transferência do ágio à incorporadora. (Acórdão no 103-23290, publicado no DOU de 08/05/2008)

Destaque-se, também, que, ao lavrar o Termo de Verificação Fiscal nos autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-77, o Auditor fiscal se estendeu um pouco mais ao abordar os aspectos acima, expressando constatações relativamente distintas daquelas expostas nestes autos, e antes relatadas:

Cumpra aqui tecer uma primeira observação acerca do valor capitalizado na Santander Holding Ltda pelo Santander Central Hispano S.A.. Apesar de o custo de aquisição das ações do Banespa (entendido como o valor patrimonial das ações acrescido do ágio pago) ter alcançado R\$ 7.050.000.000,00, o montante capitalizado na sociedade domiciliada no Brasil foi de R\$ 9.574.900.000,00, neste computado o valor de investimento de R\$ 2.112.832.369,93 e um ágio de R\$ 7.462.067.630,07. E foi este último valor de ágio que foi objeto de amortização. Conclui-se, por conseguinte, que o ágio inicialmente pago pela sociedade estrangeira domiciliada na Espanha (Santander Central Hispano S.A.) sofreu verdadeira reavaliação quando da tentativa de internalizá-lo no Brasil.

Ainda que todas as condições para a dedutibilidade dos encargos de amortização tivessem sido plenamente atendidas - o que aqui se refuta peremptoriamente, como a seguir demonstrado, mas que se assume apenas para efeito de argumentação -, para fim de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, caberia adicionar ao lucro líquido os valores da diferença entre o ágio que fora supostamente internalizado e aquele efetivamente pago, nos momentos em que a legislação os considera realizados. Como tais valores tampouco foram espontaneamente adicionados, restaria justificado o procedimento de ofício de oferecê-los à tributação. Repise-se que tal procedimento não foi aqui adotado, visto que nem mesmo os encargos de amortização do ágio pago pela sociedade espanhola eram passíveis de dedução para a apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, justificando a glosa integral dos encargos deduzidos.

E, retomando o relatório da decisão recorrida, tem-se:

Conforme evidencia o item 1.1 do “Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação” de 12/07/2001 (fls.98), a seguir transcrito, a subsequente incorporação da SANTANDER HOLDING (“SH”) pelo BANESPA também denota o intuito de desfrutar estritamente de um benefício fiscal derivado da amortização do ágio:

1. JUSTIFICAÇÃO

1.1 Tendo em vista que a SH é detentora de ações do Banespa, que inclui o ágio pago na aquisição dessa participação acionária, as administrações das partes entendem que a incorporação, pelo Banespa, da SH, com sua consequente extinção, se justifica na medida em que permitirá a melhoria do fluxo de caixa do Banespa resultante do benefício fiscal gerado pela amortização do ágio pago quando da aquisição de ações de emissão do Banespa registrado na SH, sendo que a operação de incorporação da SH, objeto deste Protocolo, será estruturada de modo a não acarretar a transferência de endividamento da SH ao Banespa. Ainda, os dividendos atribuídos às ações detidas pelos acionistas não controladores não serão diminuídos pelo montante do ágio amortizável em cada exercício, conforme disposto na Cláusula 4.3 deste Protocolo.

Cabe aqui consignar que, no lançamento anterior, a autoridade fiscal também destacou, como evidência semelhante à acima referida, *os itens 11 e 12 da “Instrumento Particular da Terceira Alteração do Contrato Social” da SANTANDER HOLDING (fls.54), os quais estabelecem que “(...) a sociedade constituiu uma provisão para manter a integralidade do patrimônio do Incorporador. A reversão desta provisão no Incorporador permitirá a neutralização dos efeitos adversos da amortização do ágio em seu balanço. Dessa forma, os dividendos atribuídos às ações do Incorporador não serão diminuídos pelo montante do ágio amortizável em cada exercício”. Entendeu, assim, ter ficado claro o intento eminentemente fiscal da operação societária, um vez que foi utilizado um mecanismo para aplacar o efeito da amortização do ágio na distribuição de dividendos.*

Ainda, naquele lançamento, o Auditor responsável denominou a operação como *internalização do ágio pago pelo Santander Central Hispano S.A.*, para depois prosseguir em sua análise de forma semelhante à veiculada nestes autos, a seguir apresentada a partir do relatório da decisão recorrida nestes autos:

O ágio foi efetivamente pago pela sociedade domiciliada na Espanha e não por uma domiciliada no Brasil. Portanto, o 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, porque a dedutibilidade dos encargos de amortização do ágio pressupõe que este tenha sido contabilizado em uma sociedade domiciliada no Brasil.

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, do RIR/99. A norma prevista no art.385 do RIR/99 é dirigida ao contribuinte, conceito cujo alcance está delimitado nos artigos 146 e 147 do RIR/99, a seguir transcritos:

[...]

Portanto, o previsto no art.385, do RIR/99, não é aplicável ao SANTANDER HISPANO, porque se trata de sociedade domiciliada no exterior, que como tal não se enquadra no conceito de contribuinte, na acepção técnica empregada no caput do aludido dispositivo (saliente-se que tal sociedade tampouco se enquadra no art.147, II, do RIR/99).

A contabilização desse ágio na sociedade adquirente deve se pautar nas regras do país de seu domicílio, a Espanha, cuja legislação eventualmente poderia também conceder benefícios fiscais em decorrência do pagamento acima do valor patrimonial de ações. Trata-se de contabilização em sociedade estrangeira, em relação à qual a legislação brasileira não pode ser impingida.

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

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

O exame da devida contabilização das operações societárias empreendidas (fls.395-398) também torna indiscutível que o escopo único destas foi internalizar e carrear para o próprio BANESPA o ágio pago pela sociedade estrangeira, possibilitando que o BANESPA deduzisse os encargos de amortização do ágio gerado na aquisição de suas próprias ações (salientando que o início da amortização deu-se após o BANESPA incorporar sua controladora, a qual seria supostamente detentora do ágio pago pela sociedade estrangeira na aquisição das ações do próprio BANESPA).

*Como o SANTANDER HISPANO é controlador do SANTANDER S/A, conclui-se que o investimento no BANESPA (incluindo o ágio pago) permaneceu por via indireta, **mesmo após todas as operações societárias já decorridas, sob o controle da empresa espanhola que arrematou as ações com ágio.** Assim, o ágio permanece*

indiretamente como um ativo da sociedade espanhola, por meio de sua participação na sua controlada brasileira.

No lançamento anterior, ressaltou-se ser *ilógica a situação de uma pessoa jurídica deduzir de seus próprios resultados a amortização de um ágio gerado na aquisição de suas próprias ações, notadamente se este tinha como fundamento uma rentabilidade futura destes mesmos resultados.* Já aqui, passou-se diretamente à conclusão da motivação do lançamento, sob fundamentos semelhantes aos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72:

Do ponto de vista contábil, o “efeito líquido” das operações societárias consistiu basicamente num lançamento artificial de ágio a débito do ativo do BANESPA e a crédito de seu passivo (exigível ou não exigível), no valor de R\$7.462.067.630,07. Como demonstrado, apesar das operações societárias aparentarem uma licitude formal quando individualmente analisadas, o resultado final do conjunto teve por objetivo burlar a legislação tributária, deduzindo ilegalmente encargos de amortização, em prejuízo da Fazenda Nacional.

Por consequência, impõe-se o lançamento de ofício dos créditos tributários do IRPJ e da CSLL, decorrentes da ilícita dedução dos encargos de amortização do ágio do lucro real e da base de cálculo da CSLL efetuados pelo BANESPA (fls. 121).

Na seqüência, a quantificação da exigência é específica para estes autos:

Encargos de amortização de ágio

<i>Período de apuração</i>	<i>Encargos de amortização do ágio</i>
<i>2005 (01/01 a 31/12)</i>	<i>R\$870.574.556,81</i>
<i>2006 (01/01 a 31/08) (*)</i>	<i>R\$248.735.587,66</i>

() Até a incorporação do BANESPA pelo SANTANDER S/A.*

3.2. Das compensações indevidas em função dos saldos insuficientes de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL

Em face da infração apurada, e considerando os saldos de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativas da CSLL do Banespa, apuraram-se compensações indevidas de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL no ano de 2006, conforme o demonstrativo a seguir, sendo também objeto desta autuação fiscal:

Compensações indevidas de prejuízos e de base de cálculo de CSLL

<i>Infração</i>	<i>Valor</i>
<i>Saldo insuficiente de prejuízos fiscais compensados</i>	<i>R\$69.027.562,93</i>
<i>Saldo insuficiente de bases de cálculo negativas da CSLL compensadas</i>	<i>R\$72.011.096,20</i>

Para qualificar a penalidade, a autoridade lançadora, nestes autos, fez referência a argumentos um pouco diferentes daqueles que motivaram o lançamento anterior:

4. Da multa qualificada

A situação descrita se subsume à hipótese prevista no art.72, da Lei nº 4.502/64, o que impõe a aplicação da multa no percentual de 150% prevista no §1º, do art.44,

da Lei nº 9.430/96, tendo em vista a inexistência de sentido econômico da operação. Transcreve-se os referidos dispositivos:

Lei nº 4.502/64

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

Lei nº 9.430/96

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

A redação anterior do art.44 da Lei nº 9.430/96 também previa o agravamento de multa:

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

(...)

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

A operação planejada entre as empresas de um mesmo grupo (uma controlada pela outra e ambas sob o controle da mesma pessoa jurídica sediada no exterior, o Santander Hispano) foi engendrada com o intuito único de “criar” despesas de amortização em uma das empresas, diminuindo ilegalmente a base tributável.

Diversos aspectos relevantes comprovam a ilicitude das operações:

a) A Santander Holding foi constituída em 25/10/2000, permanecendo sem atividade desde a sua constituição até sua capitalização pelo Santander Hispano, em 28/04/2001. Seu capital social permaneceu, durante todo esse período, inalterado em R\$1.000,00, e a empresa não realizou nenhuma movimentação financeira, incluindo pagamentos a funcionários ou diretoria. Além disso, não consta nas DIPJ apresentadas nenhuma informação relativa a empregados. Constata-se que a Santander Holding foi constituída apenas como “empresa veículo” para ilicitamente carrear o ágio gerado em empresa estrangeira para o Brasil, de forma que fosse posteriormente utilizado para redução do lucro apurado na própria empresa em que o mesmo ágio foi gerado, qual seja, o Banespa.

b) Conforme documentos apresentados, o ágio amortizado lastreou-se apenas em expectativa de rentabilidade de exercícios futuros, ignorando o fundo de comércio da empresa, porquanto o ágio neste fundado não geraria amortizações dedutíveis das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Os valores relativos à marca “Banespa”, sua penetração e notoriedade no mercado, sua carteira de clientes, a rede de

agências no Brasil e exterior, sua reputação, enfim, o valor de seu fundo de comércio, foi total e convenientemente substituído pela rentabilidade de exercícios futuros. Prova cabal da relevância do fundo de comércio foi o tempo decorrido entre a aquisição do Banespa e sua incorporação pelo Santander S/A, a qual se deu apenas em 2006, cinco anos depois, período esse em que o grupo Santander dele se beneficiou.

c) A incorporação da Santander Holding por sua controlada, o Banespa, e o início da amortização do ágio gerado na aquisição de suas ações por empresa domiciliada no exterior.

Os fatos descritos evidenciam a simulação de uma operação envolvendo o Santander Hispano e empresas do grupo Santander sediadas no Brasil, com a finalidade de iludir o Fisco, cujo único resultado foi a redução ilícita das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL do Banespa. É incabível a internalização do ágio pago, porque ele permaneceu indiretamente sob o controle da sociedade espanhola.

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

Já no lançamento anterior, a acusação fiscal foi assim erigida, após a citação dos dispositivos da Lei nº 9.430/96 e 4.502/64:

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

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

Um dos aspectos importantes é o fato da Santander Holding Ltda., constituída em 25 de outubro de 2000, permanecer desde sua constituição até sua capitalização por parte do Banco Santander Central Hispano, em 28 de maio de 2001, sem qualquer atividade, como já explanado no item anterior. Seu capital social permaneceu, durante todo esse período, inalterado em R\$ 1.000,00.

*Além disso, não empreendeu qualquer movimentação financeira, incluindo pagamentos a funcionários ou diretoria. Ademais, não consta, inclusive, nenhuma informação de empregados na empresa, conforme as DIPJ apresentadas. Pelo que foi exposto acima, constata-se que a Santander Holding Ltda. foi constituída apenas como "empresa veículo" para esdríxula e ilicitamente **carrear o ágio gerado em empresa estrangeira para o Brasil**, de forma que fosse posteriormente utilizado para redução do lucro apurado na própria empresa em que o mesmo ágio foi gerado, qual seja, o Banespa.*

*Embora o Banco Santander Central Hispano tenha pago pelas ações do Banespa um montante de R\$ 7.050.000.000,00 (sete bilhões e cinquenta milhões de Reais), quando da capitalização da Santander Holding Ltda., o capital representante das ações passou a R\$ 9.574.900.000,00, conforme Laudo de Avaliação da KPMG, ampliando o ágio para R\$ 7.462.067.630,07, sem que houvesse qualquer **contrapartida com fundamento econômico para tanto.***

A natureza única do ágio alegada no laudo é de rentabilidade de exercícios futuros, ignorando totalmente a inescapável parcela derivada do fundo de comércio da empresa (pois a parcela do ágio neste fundada não geraria amortizações dedutíveis das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL).

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

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

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

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

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

Nos autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72, a autoridade lançadora expôs seu entendimento acerca da contagem do prazo decadencial, e, na seqüência, passou a abordar a responsabilidade do sujeito passivo atuado, adotando os mesmos fundamentos expostos no Termo de Verificação Fiscal que instrui estes autos, assim relatados na decisão recorrida.

5. Da responsabilidade da sucessora

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

CTN

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

RIR/99

RESPONSABILIDADE DOS SUCESSORES

Art.207. Respondem pelo imposto devido pelas pessoas jurídicas transformadas, extintas ou cindidas (Lei nº 5.172, de 1966, art. 132, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 5º):

(...)

III-a pessoa jurídica que incorporar outra ou parcela do patrimônio de sociedade cindida;

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

Também o art.129 do CTN, transcrito a seguir, estabelece o delineamento geral aplicável à responsabilidade dos sucessores:

Art. 129. O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde *que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.* (destacou-se)

O dispositivo aludido dirige a responsabilidade tributária aos créditos tributários, que abarcam não apenas os tributos, mas também as multas aplicadas ao sujeito passivo. Ademais, embora o art.132 do CTN se refira apenas a tributos, sem alusão a penalidades aplicáveis, a interpretação sistemática do dispositivo à luz do ordenamento jurídico conduz à conclusão de que a responsabilidade dos sucessores também alcança as sanções impositivas aos sucedidos.

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

Acrescente-se que, nestes autos, em reforço aos seus argumentos para imputação de responsabilidade ao autuado, a autoridade lançadora faz referência aos seguintes acórdãos dos Conselhos de Contribuintes: 203-09.645, 107-08.562, 103-22.932, 203-10.074, 201-78.499, 201-77.517 e 201-77.143.

Por fim, a decisão recorrida assim demonstra as exigências tributárias aqui veiculadas:

Em decorrência das constatações feitas pela fiscalização, em 28/06/2010, foram lavrados autos de infração de IRPJ (fls.355-361) e CSLL (fls.364-370), com os valores a seguir discriminados:

Demonstrativo do IRPJ

<i>Crédito Tributário</i>	<i>Enquadramento Legal</i>	<i>Valor em R\$</i>
<i>Imposto</i>	<i>Artigos 146, 147, 249, 385 e 386 do RIR/99; art. 44 da Lei nº 9.430/96; art.72 da Lei nº 4.502/64; artigos 129, 132, 150 §§1º e 4º, e art.173, inciso I, do CTN.</i>	<i>241.134.784,15</i>
<i>Juros de Mora (até 31/05/2010)</i>	<i>Art.6º, §2º, e art.61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.</i>	<i>109.806.324,26</i>
<i>Multa de Ofício</i>	<i>Art.44, II, da Lei nº 9.430/96.</i>	<i>361.702.176,22</i>
	<i>TOTAL</i>	<i>712.643.284,63</i>

Demonstrativo da CSLL

Crédito Tributário	Enquadramento Legal	Valor em R\$
Contribuição	Art.2º, e §§, da Lei nº 7.689/88; art.1º da Lei nº 9.316/96; art.28 da Lei nº 9.430/96; art.37 da Lei nº 10.637/2002; artigos 57 e 58 da Lei nº 8.981/95, com redação dada pela Lei nº 9.065/95; art.16, da Lei nº 9.065/95.	90.736.195,37
Juros de Mora (até 31/05/2010)	Art.28 c/c art.6º, §2º, e art.61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.	41.417.275,79
Multa de Ofício	Art.44, II, da Lei nº 9.430/96.	136.104.293,05
TOTAL		268.257.764,21

Os argumentos deduzidos pela interessada em impugnação estão relatados nos seguintes termos, na decisão recorrida:

Inconformada, a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 427-537, acompanhada dos documentos de fls. 538-1213, em síntese alegando que:

1. Dos fatos

A Fiscalização concluiu que a Santander Holding seria uma “empresa veículo” com base em presunções, tais como: (i) a efêmera duração da Santander Holding e (ii) a inexistência de funcionários e operações realizadas no período, com exceção do aumento de seu capital social.

O ágio objeto de amortização não foi gerado na compra das ações do Banespa pelo Santander Hispano, e sim na conferência da ações do Banespa em aumento de capital na Santander Holding.

Os autos de infração devem ser cancelados, pelas razões expostas a seguir.

2. Da incompetência da Demac como sucessora da Deain

A Delegacia Especial de Maiores Contribuintes em São Paulo (Demac/SP) não tem competência para fiscalizar a impugnante no que tange à dedutibilidade da amortização do ágio, padecendo de nulidade a autuação.

O MPF 08.1.71.00-2009-00012-0 foi instaurado pela Delegacia Especial de Assuntos Internacionais em São Paulo (Deain/SP) em 29/01/2009 para fiscalização de assuntos de sua competência (tributação de lucros no exterior), conforme fls.02 do Termo de Verificação Fiscal. Porém, a competência da Deain, definida no art.208 da Portaria MF nº 125/2009, não engloba a verificação da dedutibilidade do ágio em território nacional pela impugnante, conforme dispositivo transcrito a seguir:

Art. 208. À Delegacia Especial de Assuntos Internacionais - Deain compete, no âmbito de sua jurisdição e de forma concorrente em todo território nacional, desenvolver as atividades de fiscalização e as concernentes às operações de preços de transferência entre pessoas vinculadas, tributação em bases universais, valoração aduaneira, movimentação de recursos no exterior, operações de remessas internacionais consubstanciadas em operações de câmbio e de transferências internacionais em moeda nacional, e demais transações de conexão com o exterior com impacto tributário,(...)

Verifica-se que a competência da Deain (sucudida pela Demac) restringia-se apenas à fiscalização de operações internacionais envolvendo preço de transferência,

câmbio e transferência internacional de moeda. A dedutibilidade do ágio pela impugnante no território brasileiro não está englobada nessas atividades.

A Deain deixou de solicitar ao impugnante esclarecimentos essenciais ao deslinde do caso.

Além disso, a impugnante, na condição de Banco Múltiplo, está sujeita à fiscalização da Delegacia Especial de Instituições Financeiras em São Paulo (Deinf/SP), nos termos do art.207 da Portaria MF nº 125/2009, com alteração da Portaria MF nº 206/2010, e art.1º da Portaria RFB nº 598/2010. Corrobora tal entendimento a notificação recebida pela impugnante informando que a empresa estaria sujeita a acompanhamento econômico-tributário diferenciado sob responsabilidade da Deinf/SP (fls. 615).

Logo, padece de nulidade a autuação, nos termos do art.59, inciso I, do Decreto nº 70.235/72.

3. Preclusão da possibilidade do Fisco questionar a legalidade dos atos societários que originaram o ágio

Em 20/11/2000 o Santander Hispano arrematou em leilão as ações do Banespa, liquidando a operação em 27/11/2000. A oferta pública para adquirir as demais participações societárias do Banespa foi concluída em 06/04/2001. Em 29/05/2001 a sociedade espanhola aumentou o capital da Santander Holding, sendo o ágio gerado pelo investimento contabilizado pela empresa conforme balanço de 30/06/2001 (fls.623).

Verifica-se que o ágio surgiu em 29/05/2001, com o aumento de capital da Santander Holding, sendo transferido ao Banespa em 30/07/2001, com a incorporação daquela sociedade pelo Banespa.

Como o fato contábil-societário que originou o ágio ocorreu no ano-base de 2001, não poderia a fiscalização questionar a legalidade dos atos que originaram o direito ao aproveitamento desse ágio, eis que transcorrido o prazo decadencial de cinco anos quando da ciência da autuação (29/06/2010). Anexos acórdãos do Conselho de Contribuintes nesse sentido (fls.638-716).

O ágio contabilizado em 2001 é dado contábil e societário, representando parte do custo de aquisição do ativo respectivo. Por disposição legal específica, autoriza-se a antecipação do aproveitamento desse custo em data anterior a uma eventual alienação do ativo, por intermédio da amortização, desde que a motivação do referido ágio seja a rentabilidade futura da companhia.

Não pode a autoridade fiscal desconsiderar em 2010 fato jurídico relativo à contabilização de um ágio em 2001, desconsiderando os efeitos tributários ocorridos em anos subsequentes, pois já transcorrido o prazo de cinco anos entre o surgimento do ágio e a lavratura dos autos de infração. Assim, deve ser cancelada a autuação.

4. Da inexistência de fraude e simulação

Não pode prevalecer a multa agravada de 150% pois não houve, no presente caso, fraude ou simulação nas operações que culminaram com a amortização do ágio pelo Banespa. Para se exigir tal multa, é necessário que exista uma conduta contrária à lei, intencionalmente praticada pela contribuinte e comprovada pelo Fisco, o que não ocorreu neste caso.

4.1. Da inexistência de fraude

A fiscalização não comprovou, por meio de provas diretas, e não presuntivas, que as operações societárias que resultaram no aproveitamento de ágio pelo Banespa

abrigo da lei e tinham por finalidade integrar as atividades bancárias do grupo Santander no País.

4.2. Da não-ocorrência da “simulação de uma complexa operação”

A simulação não está descrita em nenhum dos artigos da Lei nº 4.502/64 que autorizam a aplicação da multa agravada (artigos 71, 72 e 73).

Não obstante a inexistência de previsão legal para aplicação da multa agravada nos casos de simulação, é fato que não ocorreram atos simulados tendentes a transmitir direitos diversos daqueles realizados. A suposta “empresa veículo” não foi constituída com único fim de obter benefícios fiscais, mas sim para viabilizar a aquisição das ações do Banespa por meio de leilão público, sem que fosse deflagrado o valor do lance, o que impediria o êxito na arrematação.

A constituição da Santander Holding e todas as etapas que se sucederam foram realizadas e efetivadas com o propósito negocial evidente do grupo Santander de aquisição do Banespa e integração das atividades bancárias do grupo no País.

As eficiências fiscais existentes no processo são consequências da aplicação e interpretação da legislação. As reestruturações societárias obedeceram os ditames da lei societária. As operações realizadas permitiram ao grupo Santander concorrer em condições de igualdade e neutralidade fiscal com os demais concorrentes nacionais, já que estes usufruiriam do benefícios fiscais decorrentes do pagamento de ágio em qualquer hipótese.

O grupo Santander não poderia internalizar qualquer recurso pecuniário para integralização de capital em empresas coligadas ou controladas no Brasil previamente ao leilão, pois tornaria público o valor do lance, inviabilizando a operação. Também não poderia o grupo Santander, após o leilão, integralizar em outra entidade financeira coligada ou controlada no Brasil (e não na Santander Holding) as ações do Banespa, uma vez que a legislação não permite tal operação. Por isso a necessidade da Santander Holding em toda a operação estruturada.

A reestruturação societária culminou com a incorporação pelo Banespa das demais estruturas societárias existentes, dentro de prazo razoável (cerca de 10 meses), no exercício do direito previsto na Lei nº 9.532/97, sem qualquer abuso na aplicação dessa norma, buscando-se a eficiência de fluxo de caixa para a empresa e os acionistas.

Os atos praticados, desde o leilão, passando pela integralização de capital na Santander Holding até sua incorporação pelo Banespa, não foram realizados para transmitir direitos de forma simulada, nem com base em condições falsas.

Conforme art.103 do Código Civil, o ato de simulação somente será considerado defeituoso quando houver o intuito de prejudicar terceiros, ou violar dispositivo de lei. No caso, não houve propósito de prejudicar o Fisco, nem de violar disposição legal.

A Santander Holding não necessitava ter capital inicial de grande porte ou um conjunto de funcionários, visto não ser possível ingressar com recursos pecuniários previamente ao leilão, pois tal movimento tornaria público o lance secreto para arrematação das ações do Banespa.

Nenhum dos atos societários praticados eram vedados pela legislação vigente à época. Ao contrário, os atos praticados estavam de acordo com o art.586 do RIR/99 e demais atos normativos do Bacen e CVM, ficando claro que os autos de infração foram lavrados sem nenhum fundamento legal.

Sendo assim, é incabível a imposição da multa agravada sob a alegação de que haveria simulação no presente caso, pois a Santander Holding foi legalmente constituída com o propósito de viabilizar o processo de aquisição das ações do

Banespa, por meio de leilão público, e não para obter, de forma ilícita, a redução do seu lucro.

5. Do processo fiscalizatório. Ausência de questionamento dos atos praticados. Presunção de falta de propósito negocial

No curso da ação fiscal, instaurada em 29/01/2009, a fiscalização não inquiriu a impugnante sobre os motivos que levaram o grupo Santander a estruturar as operações descritas no Termo de Verificação (termos de intimação às fls. 927-946). A fiscalização limitou-se a reproduzir a maioria dos argumentos apurados no processo 16561.000222/2008-72 (fls.947-983), concluindo de forma equivocada que as operações societárias não possuíam propósito econômico.

A fiscalização ateu-se somente à leitura dos atos societários das operações realizadas, e não analisou o contexto em que foram praticadas todas as operações descritas e por quais motivos foi indispensável a constituição da empresa Santander Holding e demais operações societárias que se sucederam, com as peculiaridades próprias de uma operação de aquisição de ações em leilão público, com a participação de pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras.

A fiscalização entendeu que seriam determinantes para a mensuração do montante pago a existência do fundo de comércio do Banespa, sua carteira de clientes e seu nome e marca. Porém, esses itens não foram quantificados ou comprovados pela fiscalização, que também não contestou o Laudo de Avaliação (fls.74-85) que fundamentou a natureza do ágio.

Há inconsistência no argumento da fiscalização quando confunde o valor pago pelo Santander Hispano pelas ações do Banespa no leilão, com o ágio contestado, qual seja, aquele gerado na integralização das ações do Banespa ao capital da Santander Holding.

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

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

A fiscalização excluiu do presente Termo de Verificação Fiscal parte das afirmações mencionadas nos autos de infração do processo 16561.000222/2008-72, sem nenhuma justificativa.

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

6. Da efetiva operação realizada. Aquisição do Banespa para a expansão das atividades do grupo Santander no Brasil

A fiscalização não inquiriu a impugnante, no curso da ação fiscal, a justificar os motivos econômicos ou jurídicos pelos quais as operações societárias foram praticadas, restando evidente que os lançamentos foram baseados em presunção de que as operações não tiveram propósito negocial.

Conforme o edital PND n° 3/2000 (fls. 986-1029), de alienação das ações do Banespa, o grupo Santander passaria a dispor de um grupo de empresas (“Sistema

Banespa”) que oferecia praticamente todos os serviços e produtos disponíveis no Sistema Financeiro Nacional. Haveria um aumento nos produtos oferecidos, o que refletiria na rentabilidade futura do grupo, conforme demonstrou o laudo de fls.1033-1170.

A integralização, pelo Santander Hispano, de suas ações representativas de 97,2% do capital social do Banespa na Santander Holding, foi uma etapa necessária dentro do propósito negocial do grupo Santander, bem como trouxe neutralidade fiscal e isonomia entre os concorrentes nacionais e estrangeiros.

Em 30/06/2001 foi realizada constituição de provisão conforme Instruções CVM nº 319/99 e 349/2001, e Circular Bacen nº 3.017/2000, para proteger o fluxo na distribuição de dividendos aos acionistas minoritários quando da incorporação da Santander Holding pelo Banespa.

Em 30/07/2001, o Banespa incorporou a Santander Holding e passou a amortizar o ágio, ato societário realizado para utilização de benefício fiscal previsto no art.386, III, e § 6º, II, do RIR/99. Posteriormente, em 31/08/2006, o Banespa foi incorporado pelo Santander S/A, pessoa jurídica ora autuada.

Todas as operações realizadas pelo grupo Santander tiveram como objetivo criar uma estrutura societária que viabilizasse a aquisição do Banespa, com o aproveitamento do benefício fiscal de dedução do ágio gerado na integralização de suas cotas na Santander Holding, nos termos do art.386, §6º, inciso II, do RIR/99.

7. Legitimidade da aquisição do investimento com ágio pela Santander Holding e posterior aproveitamento da sua dedutibilidade fiscal pelo Banespa

7.1. Natureza jurídico-contábil do ágio na aquisição de participações societárias

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

(i) Fato jurídico 1: aquisição, pelo Santander Hispano, de ações do Banespa correspondentes a 97,2% do capital social deste, mediante pagamento de R\$9,57 bilhões (custo de aquisição – valor pago em leilão e na oferta pública de ações);

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

Como consequência desses dois fatos jurídicos autônomos de aquisição de participação societária, tem-se que:

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

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

A Santander Holding passou a ser a controladora do Banespa, tendo adquirido 97,02% de suas ações pelo custo de aquisição de R\$9,57 bilhões, e estando obrigada, conforme a legislação societária e tributária (artigos 177 e 248, inciso II, da Lei nº 6.404/76; artigos 9º, inciso I, 13 e 14 da Instrução CVM nº 247/96; e art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77), a registrar esse investimento pelo valor do patrimônio líquido (método de equivalência patrimonial).

Assim, a Santander Holding desdobrou o valor total do custo de aquisição das ações do Banespa (R\$9,57 bilhões) em valor do investimento pela equivalência patrimonial (R\$2,11 bilhões) e ágio (R\$7,46 bilhões).

As práticas contábeis descritas foram referendadas por auditores externos (item 4 das notas explicativas, fls.627), estando em conformidade com os princípios contábeis geralmente aceitos. Portanto, no presente caso todos os atos societários foram lícitos e atenderam às normas emitidas pelo Bacen. Destaque-se que o ágio em questão possuía fundamento na expectativa de rentabilidade futura do Banespa, comprovada por laudo de avaliação (fls.1034-1170 e 1179-1190).

7.2. Da licitude da aquisição de participação societária com ágio conferida em integralização de ações

A fiscalização se manifestou expressamente sobre a conferência de ações do Banespa em integralização de capital na Santander Holding, concluindo que todas as operações consideradas isoladamente foram lícitas.

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

O valor atribuído pelo subscritor na integralização, quando da conferência dos 97,02% das ações do Banespa, foi de R\$9,57 bilhões, equivalente ao valor do custo de aquisição pago pelo Santander Hispano, e é o mesmo valor do custo de aquisição pela Santander Holding. A diferença entre o valor do patrimônio líquido e o valor de integralização, R\$7,46 bilhões, decorre da expectativa de rentabilidade futura do Banespa, conforme comprovado pelos laudos de avaliação (fls.1034-1170 e 1179-1190).

O valor do ágio deve ser contabilizado na pessoa jurídica detentora do investimento, possibilitando a amortização desse ágio contra os lucros futuros que o justificaram.

A legislação tributária não impõe restrição à conferência de bens na integralização de capital, nem à avaliação desse bem pelo valor de patrimônio líquido somado ao valor de expectativa de rentabilidade futura, com base em laudo de avaliação de empresa especializada.

7.3. Tratamento tributário do ágio - dedução fiscal da amortização

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

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

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

A importância do sigilo no lance para o leilão consistia no fato de que o Santander Hispano somente poderia arrematar o Banespa, sem a necessidade de realizar lances a viva voz, caso não houvesse nenhum lance igual ou superior a 80% do valor de seu lance, conforme previsto no Edital PND nº 03/2000.

Caso o Santander Hispano capitalizasse uma sociedade nacional anteriormente à participação no leilão, sinalizaria aos demais participantes qual o preço que pretendia pagar, impedindo o sigilo da oferta. Além de ser custoso e irrazoável trazer ao País, antes do leilão, o valor do lance sem a certeza de vitória no processo licitatório.

Portanto, somente por meio da estrutura societária montada pelo grupo Santander, utilizando-se da Santander Holding, é que se pôde atingir a aquisição do Banespa em condições de igualdade com os demais concorrentes e com a garantia de sigilo da oferta.

10. Da necessidade da Santander Holding – fundamento econômico para o presente caso concreto

Nos termos dos artigos 26, 27 e 28, da Lei nº 4.595/64, o capital inicial de uma instituição financeira deve ser integralizado exclusivamente em moeda corrente nacional e o aumento de capital pode ser feito em moeda corrente ou por incorporação de reservas ou reavaliação de parcela dos bens do ativo imobilizado. Logo, não existe a possibilidade legal de se aumentar o capital social de uma empresa financeira por meio da integralização de participação societária, motivo pelo qual houve a necessidade da empresa Santander Holding, entidade não-financeira, na operação em questão, para poder receber as ações adquiridas do Banespa, em integralização de capital.

A empresa Santander Holding foi criada para receber como integralização de capital as ações do Banespa inicialmente adquiridas pelo Santander Hispano. Tal aquisição por parte da Santander Holding se deu por meio da referida operação societária. Tais fatos é que justificam a sua criação. Portanto, ela era imprescindível para a consecução do propósito negocial do grupo Santander.

A forma mais direta, correta e adequada de se implementar a operação pretendida pelo grupo Santander foi a realizada no presente caso, reiterar-se, em razão da vedação de aumento de capital em instituições financeiras por intermédio de integralização de quotas de outras sociedades. De fato, seria necessária a integralização das quotas adquiridas em uma empresa não financeira (Santander Holding), para sua posterior incorporação pelo Banespa.

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

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

O caso em tela trata de ágio gerado em um contexto de privatização distinto de casos que tratam de operações em que o ágio é gerado para a capitalização de uma empresa e posterior cisão, e distinto também do acórdão nº 103-23290 do Conselho de Contribuintes, citado pela fiscalização no Termo de Verificação Fiscal (fls.391), que trata de operação realizada entre particulares, e de aquisição de empresa do setor comercial. No presente caso, trata-se de operação realizada por instituições

financeiras, submetidas às regras do Sistema Financeiro Nacional e do Bacen, o qual aprovou todas as operações em questão.

10.1. Imprescindibilidade da Santander Holding como forma de proteção dos minoritários – fundamento econômico para a operação

Antes da incorporação pelo Banespa, o Santander Holding, por exigência da CVM e do Bacen, registrou em seu passivo exigível uma provisão equivalente ao valor total do ágio que estava registrado em sua contabilidade, como forma de evitar os efeitos negativos do ágio no patrimônio líquido do Banespa, decorrentes de sua amortização após a incorporação. Com a amortização do ágio nos exercícios subsequentes pelo Banespa, em contrapartida do resultado do período, igual valor da referida provisão seria também creditado no resultado, anulando o efeito da amortização do ágio no fluxo de distribuição de dividendos, protegendo os acionistas minoritários conforme artigos 6º e 16, da Instrução CVM nº 319/99, com redação dada pela Instrução CVM nº 349/2001; e artigos 1º, 7º e 8º da Circular Bacen nº 3.017/2000.

A constituição da provisão no valor total do ágio antecipou o reconhecimento de uma despesa e gerou um prejuízo antecipado para o grupo. Esse prejuízo foi apenas societário, não gerando qualquer benefício fiscal ou redução de tributos para o grupo Santander.

A contabilização de provisão como contrapartida do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura é obrigatória quando se tratar de operação envolvendo instituição financeira, com a finalidade de se obter uma melhor governança corporativa e garantir a proteção dos direitos dos acionistas minoritários contra o efeito contábil da amortização futura do ágio na distribuição dos benefícios gerados pela sociedade, garantindo a manutenção do fluxo de dividendos e a transparência das demonstrações financeiras quanto à identificação dos seus resultados operacionais.

11. Da teoria do propósito negocial – aplicabilidade às operações praticadas

11.1. Motivo, finalidade e congruência do negócio jurídico

Como já dito, o caso em questão não se trata de planejamento tributário. Mas, mesmo admitindo-se os pressupostos da teoria do propósito negocial, encontram-se presentes nesse caso o motivo, a finalidade e a congruência dos atos pois:

i) todos os atos praticados tiveram por motivo a aquisição do Banespa em processo de privatização, para o conseqüente aproveitamento do benefício fiscal de dedução do ágio gerado nessa aquisição nos estritos termos da lei;

ii) a finalidade da operação era a aquisição de uma instituição financeira de grande porte e participação no mercado brasileiro, expandindo as atividades do grupo Santander no Brasil; e

iii) todos os atos societários praticados inserem-se congruentemente nesse contexto da aquisição de uma instituição financeira por outra: (a) a forma de participação no leilão; (b) os fluxos de caixa ocorridos; (c) a necessidade da constituição de todas as sociedades envolvidas; e (d) todas as operações realizadas para reduzir estruturas desnecessárias e obter sinergia no grupo Santander.

11.2. Coerência com o planejamento estratégico do empreendimento econômico

Há congruência entre o motivo e a finalidade da operação pretendida pelo grupo Santander, que não era predominantemente tributária.

A operação ocorrida insere-se no planejamento estratégico do grupo Santander, cujo objetivo de longo prazo é o de se tornar o maior banco privado em atividade no território nacional.

12. Resumo dos fatos

O grupo Santander não possuía sociedade residente no país em condições de preencher os requisitos exigidos para a participação no leilão sem que fosse internalizado o valor do lance a ser feito e, com isso, fosse aberto o sigilo da proposta.

A Santander Holding foi constituída 21 dias após a publicação do edital do leilão do Banespa, para receber a participação societária a ser adquirida em leilão. A constituição de uma holding foi necessária para recepcionar as ações do Banespa legalmente, adquiridas pelo Santander Hispano, em aumento de capital.

Uma sociedade holding tem por finalidade gerir investimentos; ela não produz nem comercializa mercadorias, nem presta serviços. Não há atividade que justifique a existência de elevado capital social, nem a contratação de empregados. A holding apenas contém investimentos.

A incorporação da Santander Holding pelo Banespa foi uma forma de se proteger o fluxo de dividendos dos acionistas minoritários, pois os lucros líquidos dos períodos em que houvesse a amortização do ágio no Banespa não seriam impactados. Esse procedimento é obrigatório em face das normas da CVM e Bacen aplicáveis ao Banespa, como sociedade de capital aberto e instituição financeira. O Banespa também já possuía todos os registros e autorizações para atuar no Brasil como instituição financeira de capital aberto, tornando menos custosa a operação societária.

O aproveitamento fiscal de dedutibilidade do ágio é consequência legal dos atos societários praticados, sem causar efeito adverso no fluxo de dividendos futuros dos acionistas minoritários do Banespa.

O prazo de 10 meses foi suficiente para a realização dos atos necessários à aquisição do Banespa, uma etapa do processo de integração bancária do grupo no Brasil, permitindo a sinergia decorrente da integração tecnológica e operacional, com o consequente aproveitamento legal da dedução do ágio.

Todas as operações societárias ocorridas, culminando na incorporação do Banespa pelo Banco Santander foram realizadas de forma calculada face ao planejamento estratégico do grupo Santander, para se chegar a uma adequada organização societária que permitisse a geração da sinergia entre as empresas do grupo.

13. Da impossibilidade do lançamento da multa de ofício na hipótese de responsabilidade tributária por sucessão

Conforme o art.132 do CTN, o sucessor responde apenas pelos tributos devidos até a data da sucessão. No caso em análise, a multa foi lançada em 29/06/2010, enquanto a incorporação deu-se no dia 31/08/2006. Portanto, não há que se manter a cobrança da multa punitiva em face da impugnante.

Também não se pode admitir a transferência dessa penalidade em razão do seu caráter personalíssimo, ainda que as empresas sejam do mesmo grupo econômico.

14. Do vício na apuração dos saldos de prejuízo fiscal e base negativa da CSLL

A premissa da fiscalização de que houve compensações indevidas de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL do Banespa em 31/08/2006 (incorporação) está equivocada pois não considerou os saldos de prejuízos ou de bases negativas anteriores ao ano-calendário de 2005.

Conforme se verifica da Parte B do Lalur do Banespa (fls.1208-1213), o saldo de prejuízo fiscal até 31/12/2004 era de R\$21.007.348,78; e da base de cálculo negativa da CSLL era de R\$250.982.679,35, conforme planilhas de fls. 528.

Não cumpridos os requisitos de liquidez e certeza conforme art.142 do CTN, os lançamentos tornam-se nulos, devendo ser cancelados por esta turma julgadora.

15. Da ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa

Ainda que se entenda correta a utilização da taxa Selic para cobrança dos juros de mora incidentes sobre o tributo, tais juros não poderão ser exigidos sobre a multa lançada, por ausência de previsão legal.

O art.13 da Lei nº 9.065/95, que prevê a cobrança de juros de mora com base na taxa Selic, remete ao art.84 da Lei nº 8.981/95, que estabelece a cobrança desses acréscimos apenas sobre tributos. Ora, multa é penalidade pecuniária, não é tributo. Assim, a cobrança de juros sobre multa viola o princípio da legalidade, pelo que devem ser cancelados.

16. Relação de documentos apresentados

A impugnante anexou os seguintes documentos em sua defesa:

- 1. Procuração e atos societários (fls.545-556)*
- 2. Autos de infração e termos de verificação fiscal (fls.558-611)*
- 3. Termo de intimação nº 11, de 12/05/2010 (fls.613)*
- 4. Notificação 85544399-4 – Acompanhamento econômico-tributário diferenciado da Receita Federal do Brasil (fls.615-617)*
- 5. Demonstrações Contábeis da Santander Holding, acompanhadas do parecer dos auditores independentes – 30/06/2001 (fls.621-628)*
- 6. DIPJ 2001 da Santander Holding Ltda (fls.630-637)*
- 7. Acórdão 107-06.572 (fls.639-659)*
- 8. Acórdão 108-09.501 (fls.661-676)*
- 9. Acórdão 103-14.794 (fls.678-716)*
- 10. Despachos Deorf/GTSP2-2002/1065 e Deorf/GTSP2-2002/1066, proferidos pelo Banco Central do Brasil (fls.718-720)*
- 11. Atos societários mencionados no termo de verificação fiscal (fls.722-750)*
- 12. Fato relevante – exigência da CVM (fls.752)*
- 13. Parecer dos assessores (Arthur Andersen) (fls.754-790)*
- 14. Parecer dos auditores (Arthur Andersen) (fls.792-797)*
- 15. Demonstrações contábeis, parecer dos auditores e notas explicativas do Banespa, referentes aos anos-base de 2001 a 2006 (fls.799-925)*
- 16. Termos de intimação fiscal (fls.927-946)*
- 17. Termo de verificação referente ao auto de infração que originou o processo administrativo nº 16561.000222/2008-72 (fls.948-983)*
- 18. Fato relevante 30/11/2000 – Gazeta Mercantil – Santander Hispano (fls.985)*
- 19. Edital PND nº 3/2000 (fls.987-1029)*
- 20. Laudo de avaliação econômico-financeira do conglomerado Banespa (KPMG) (fls.1033-1170)*
- 21. Reportagem revista Veja (fls.1172-1177)*
- 22. Laudo de avaliação das ações do Banespa detidas pelo Santander Espanha para fins de integralização do capital social da Santander Holding (KPMG) (fls.1179-1190)*

23. *Aquisição do Banerj e do Banestado pelo Itaú (fls.1192-1195)*

24. *Circular Bacen nº 3.017/2000 e Instrução Normativa CVM nº 319/99 (fls.1197-1207)*

25. *Parte B do Latur do Banespa (fls.1209-1213)*

É o relatório.

A decisão recorrida foi assim ementada:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2005, 31/08/2006

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.

COMPETÊNCIA MATERIAL. DEMAC. OPERAÇÃO ENVOLVENDO REMESSA INTERNACIONAL DE VALORES.

É competência da Demac desenvolver atividades de fiscalização em operação de remessa internacional de grupo estrangeiro para pagamento de ações adquiridas no Brasil, bem como processar lançamentos de ofício e imposição de multas por infração à legislação tributária.

AUDITOR-FISCAL. LANÇAMENTO. AUTORIDADE COMPETENTE.

Ainda que lavrado por servidor competente (Auditor-Fiscal) de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo, permanecem válidos o procedimento fiscal e a exigência de crédito tributário, nos termos do Decreto nº 70.235/72.

AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE.

Satisfeitos os requisitos do art. 10 do Decreto 70.235/72 e não tendo ocorrido o disposto no art. 59 do mesmo decreto, válido é o auto de infração.

DECADÊNCIA. FATOS GENÉRICOS DO MUNDO FENOMÊNICO. ACEPÇÃO TÉCNICA DE FATO GERADOR.

É incabível afirmar que tenha ocorrido a decadência em relação a um fato genérico do mundo fenomênico. Na acepção técnica definida pelo CTN, a decadência somente pode se verificar em face de fatos geradores expressamente previstos em lei.

OPERAÇÃO SOCIETÁRIA. INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL POR MEIO DE CONFERÊNCIA DE AÇÕES. VALOR REAL DAS AÇÕES. INEXISTÊNCIA DE ÁGIO.

Numa operação de integralização de capital efetivada por meio de conferência de ações deve ser considerado o valor real das ações fixado em relação ao patrimônio líquido da companhia. Cabe ressaltar que tal operação societária não possui o condão de produzir ágio, nem mesmo comporta a transferência de ágio eventualmente apurado na aquisição originária das ações.

EMPRESAS NACIONAL E ESTRANGEIRA. DIREITO INTERNACIONAL. LIMITE DE APLICAÇÃO DE ORDENS JURÍDICAS.

Toda empresa, seja nacional ou estrangeira, está sujeita ao domínio de validade da ordem jurídica do respectivo Estado soberano, que é delimitado e circunscrito ao poder territorial de cada Estado.

LEILÃO. ESPÉCIE DO GÊNERO LICITAÇÃO. ISONOMIA DE CONDIÇÕES ENTRE LICITANTES. PRINCÍPIO DE VINCULAÇÃO AO EDITAL. INAPLICABILIDADE DE NORMAS TRIBUTÁRIAS ALHEIAS AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.

O leilão, enquanto espécie do gênero licitação, é um procedimento vinculado, formalmente regulado em lei e regido pelo respectivo edital. A isonomia de condições entre licitantes é garantida pelo princípio de vinculação ao edital, o qual, todavia, não abrange a aplicação de normas tributárias alheias ao procedimento licitatório, em relação às quais não há qualquer previsão no edital.

REGISTRO DE OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS. ATRIBUIÇÕES DAS JUNTAS COMERCIAIS. COMPETÊNCIA DE EXAME FORMAL DO ATO MERCANTIL.

Ao efetuarem o registro das operações societárias, as Juntas Comerciais se limitam a realizar um exame formal dos atos mercantis, verificando o atendimento das exigências estipuladas por lei. As Juntas não analisam nem a matéria de direito, nem realizam a investigação do mérito dos atos mercantis.

FUNDAMENTO ECONÔMICO DO ÁGIO. INDICAÇÃO DO ÁGIO FUNDAMENTADO EM FUNDO DE COMÉRCIO.

Em função da expressa previsão legal do §2º, do art. 20, do Decreto-Lei nº 1.598/77, o lançamento de ágio, decorrente de desdobramento do custo de aquisição, deve necessariamente identificar o respectivo fundamento econômico, de acordo com as alíneas do dispositivo legal em comento, que preveem, entre outras hipóteses, a necessária identificação do ágio fundamentado em fundo de comércio.

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE "EMPRESA VEÍCULO".

Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo (amortização de ágio) a incorporação de pessoa jurídica adquirida com ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade comercial ou societária.

ÁGIO. PRESSUPOSTO. AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA.

Não demonstrado que houve a aquisição de participação societária, por parte da contribuinte que amortizou o ágio respectivo, não pode esta se aproveitar da amortização do referido ágio.

ÔNUS DA PROVA. DETERMINAÇÃO DO VALOR DO ÁGIO. ALEGAÇÃO DESACOMPANHADA DE PROVA.

Cabe à impugnante trazer juntamente com suas alegações impugnatórias todos os documentos que deem a elas força probante.

SIMULAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO.

O fato de os atos societários terem sido formalmente praticados, com registro nos órgãos competentes e escrituração contábil, não retira a possibilidade de que a operação em causa se enquadre como simulação, visto que faz parte da natureza da simulação o envolvimento de atos jurídicos lícitos. Afinal, simulação é a desconformidade, consciente e pactuada, entre as partes que realizam determinado negócio jurídico, entre o negócio efetivamente praticado e os atos formais (lícitos) de declaração de vontade.

SIMULAÇÃO. INTUITO FRAUDULENTO. MULTA QUALIFICADA.

A prática da simulação com evidente intuito de fraude, definida no artigo 72 da Lei nº 4.502/64, para dissimular, no todo ou em parte, a ocorrência do fato gerador do imposto caracteriza a hipótese de qualificação da multa de ofício, nos termos do §1º, do art.44, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007.

MULTA DE OFÍCIO. INCORPORAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA SUCESSORA.

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

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

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

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

DEMAIS TRIBUTOS. MESMOS EVENTOS. DECORRÊNCIA.

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

Cientificada da decisão de primeira instância em 28/01/2011 (fl. 1320), a contribuinte interpôs recurso voluntário, tempestivamente, em 10/02/2011 (fls. 1327/1464), apresentando argumentos estruturados de forma semelhante aos contidos na defesa apresentada nos autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72.

Inicialmente, sintetiza os fatos até aqui ocorridos, apontando que o lançamento foi formalizado porque a Banespa não teria preenchido as condições legais para deduzir os encargos de amortização do ágio gerado quando da aquisição de suas ações pela Santander Holding ("*internalização do ágio pago na privatização*"), ensejando a recomposição da apuração dos anos-calendário 2005 e 2006, o que também acarretou a glosa de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas compensados neste último período.

Afirmando que a visão da Fiscalização, ratificada pela Delegacia de Julgamento, não se sustenta, pois está baseada em ilações destituídas de qualquer fundamento, faz um resumo das operações societárias que culminaram com a amortização do ágio pela recorrente, em termos semelhantes aos apresentados no Termo de Verificação Fiscal, mas com um acréscimo: em 30/06/01 foi constituída provisão no Balanço da Santander Holding para proteção dos acionistas minoritários do Banespa, conforme exigência da Comissão de Valores Mobiliários — CVM e do Bacen.

Classifica de precipitada e equivocada a conclusão da Turma Julgadora no sentido de que a Santander Holding Ltda. seria apenas uma típica "empresa veículo", que foi criada, exclusivamente, para internalizar e transferir o ágio pago pela sociedade espanhola. Isto porque presuntivos seriam os argumentos que a fundamentaram, tais como: (i) a efêmera duração da Santander Holding Ltda. e (ii) a inexistência de funcionários e de operações

realizadas nesse período, com exceção do aumento do seu capital social (de R\$ 1.000,00 para R\$ 9.574.901.000,00).

Equivocado também seria o entendimento fiscal de que a amortização do ágio seria indedutível, baseado no fato de que os permissivos legais teriam como pressuposto a contabilização do ágio por sociedade aqui estabelecida, pois o ágio amortizado não foi *gerado em decorrência da compra das ações do Banespa pelo Santander Hispano*, mas sim *quando da conferência das ações do Banespa em aumento de capital na Santander Holding*. Impróprias também seriam as alegações de que outros fatores, além da rentabilidade futura, *foram determinantes para o pagamento do ágio pela sociedade espanhola*, bem como não merece prosperar a acusação de que *as operações engendradas entre as empresas do grupo econômico seriam simuladas ou com intuito fraudulento*.

Preliminarmente, aponta a existência de *indevida inovação do lançamento por parte da Turma Julgadora*, pois a Fiscalização teria reconhecido a *formal licitude* das operações societárias *quando individualmente analisadas*, embora considerando ilegal seu resultado final (dedução dos encargos de amortização, em prejuízo da Fazenda Nacional), ao passo que, ante os argumentos apresentados na impugnação, a *Turma Julgadora reconheceu, na decisão recorrida, que o propósito comercial do grupo Santander era, de fato, a aquisição do Banespa*, fragilizando a acusação fiscal e trazendo *alguns novos argumentos para tentar “salvar” as atuações fiscais*, assim destacados pela recorrente:

No caso concreto verifica-se que, ao integralizar as quotas da SANTANDER HOLDING, o SANTANDER HISPANO não utilizou o valor real das ações do BANESPA, que, na esteira da lição de Waldirio Bulgarelli, é aquele fixado em relação ao patrimônio líquido do BANESPA.

Em verdade, o SANTANDER HISPANO conferiu um valor incorreto às ações do BANESPA ao efetuar o aumento do capital social da SANTANDER HOLDING, pois, ao invés de atribuir às ações exclusivamente o valor real em relação ao patrimônio líquido do BANESPA, tal montante foi deliberadamente acrescido do ágio pago pelo SANTANDER HISPANO nas operações de aquisição das ações.

E a motivação para que o SANTANDER HISPANO tenha adotado tal prática decorre de sua condição de empresa estrangeira, como previamente exposto: sendo uma sociedade espanhola, o SANTANDER HISPANO não faria jus e tampouco poderia realizar a amortização do ágio facultada pelo ordenamento jurídico brasileiro, em particular, pelo art. 386, do RIR/99.

Assim, resta inequivocamente demonstrado o dolo do grupo SANTANDER, uma vez que, para fazer uso de um benefício fiscal facultado pela legislação brasileira a que a empresa estrangeira SANTANDER HISPANO não teria direito, criou-se uma operação societária manifestamente incorreta, por meio da qual houve um aumento fictício e indevido do capital social da SANTANDER HOLDING. (destaques da recorrente)

Tal questionamento também foi veiculado no recurso voluntário apresentado nos autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72, sob o tópico: *Da indevida inovação do lançamento por parte da Turma Julgadora*.

A interessada também se opõe ao erro apontado, pela Turma Julgadora, nas *opiniões expressadas nos pareceres elaborados pelos assessores externos, contratados pela recorrente*, reproduzindo os seguintes trechos da decisão recorrida:

"Todavia, a leitura dos referidos pareceres anexados pela impugnante demonstra que, na operação de integralização do capital social da Santander Holding, por meio de ações do Banespa conferidas pelo Santander Hispano, ambos os pareceres não consideraram o valor real das ações, fixado em relação ao patrimônio líquido do Banespa, mas sim um valor acrescido da parcela do ágio pago pelo Santander Hispano na aquisição do Banespa. (fls.1283)

[...]

*Nota-se inclusive que o trecho de fls. 763 possui uma nítida explicação do **erro que foi deliberadamente cometido**: a operação societária, que deveria ser circunscrita à conferência das ações do Banespa, teve por finalidade transferir não o valor real das ações, mas sim o "registro de investimento" no Banespa, efetuado pelo grupo econômico estrangeiro, para a empresa nacional. (fls. 1284)*

Embora entendendo que não há qualquer impedimento legal para que o valor conferido na integralização de bens seja diferente do seu valor patrimonial contábil, a recorrente alega que houve inovação do critério jurídico do lançamento. Se as operações societárias, analisadas individualmente, foram consideradas lícitas pela própria Fiscalização, não poderia a Turma Julgadora, afirmar, com base em um argumento totalmente inovador trazido na decisão recorrida, que foi criada "uma operação societária manifestamente incorreta".

Haveria inovação, também, na afirmação contida na decisão recorrida de que a reestruturação societária realizada pela Recorrente "contém as figuras clássicas de planejamento tributário", pois em momento algum foi mencionado pelo Sr. Agente Fiscal que as operações realizadas pela Recorrente enquadrar-se-iam no conceito de "planejamento". Inexistindo no Termo de Verificação Fiscal referências a expressões do tipo: (i) operações em seqüência e (ii) operações invertidas, não poderia este Conselho Administrativo ventilá-las quando o julgamento do presente recurso.

*Expressa seu entendimento acerca das lições do professor Marco Aurélio Grecco, destacando a necessidade de *exame detido em todos os aspectos (de qualquer natureza e complexidade) aplicáveis ao caso concreto e das múltiplas circunstâncias envolvidas nas operações realizadas, e não, simplesmente, à classificação genérica e abstrata, como procedeu equivocadamente a Turma Julgadora ao enumerar as referidas "operações preocupantes"*. De toda sorte, ressalta que restará demonstrado que *todas as operações objeto do presente processo administrativo são justificadas, lícitas e corretos, atendendo à motivação negocial que se propunham.**

*Outro novo argumento trazido na decisão recorrida seria a referência à operação como *ágio de si mesmo*, aspecto não suscitado pela Fiscalização, a evidenciar que houve *indevida intromissão da competência outorgada à autoridade lançadora e nítido cerceamento de defesa*. Em suas palavras:*

*Deveras, uma vez constituído o crédito tributário baseado em determinado critério jurídico, cabe à autoridade julgadora, além de determinar a realização de eventuais diligências e perícias, apenas a declaração: **(i) da total improcedência do lançamento; ou (ii) da sua procedência.***

A procedência ou a improcedência parciais somente alcançam as hipóteses de erros de fato, o que não se verifica no presente caso.

Pede, assim, que se reconheça a nulidade da decisão ora recorrida, em razão da incompetência da Turma Julgadora para inovar a fundamentação dos lançamentos originários do presente processo administrativo, mas subsidiariamente procura demonstrar, mais à frente, os equívocos existentes nesses "novos" argumentos pelo que, também, não poderão ser acolhidos.

Ainda em preliminar, reafirma a incompetência da Delegacia Especial de Maiores Contribuintes (DEMAC) como sucessora da Delegacia Especial de Assuntos Internacionais (DEAIN), para fiscalizar e autuar a recorrente no que tange à dedutibilidade fiscal da amortização do ágio, no território brasileiro.

Cita doutrina para afirmar que os agentes públicos devem exercer suas funções e praticar seus atos nos estritos limites da legislação que os definem, sob pena de nulidade destes atos, a ser reconhecida pela própria Administração Pública.

Como já mencionado na impugnação, o MPF 08.1.71.00-2009-00012-0 foi instaurado pela Delegacia Especial de Assuntos Internacionais em São Paulo (DEAIN/SP) em 29/01/2009 para fiscalização de assuntos de sua competência (tributação de lucros no exterior), entendendo a Fiscalização, equivocadamente, que teria competência para, em continuidade àquele procedimento fiscal, lavrar as presentes autuações. Todavia, a competência da DEAIN, definida no art. 208 da Portaria MF nº 125/2009, não engloba a verificação da dedutibilidade do ágio em território nacional pela recorrente.

Opõe-se à eventual cogitação de que tal procedimento não teria prejudicado a recorrente, dado que a DEAIN não teve a diligência necessária durante o processo de fiscalização, de forma que deixou de solicitar diversos esclarecimentos ao Recorrente que seriam essenciais para o deslinde do presente caso. Acrescenta, ainda, que como instituição financeira (banco múltiplo) está submetido à jurisdição da Delegacia Especial de Instituições Financeiras – DEINF, nos termos do art. 207 da Portaria MF nº 206/2010 e da Portaria RFB nº 598/2010, e também como evidenciado pela Notificação 85544399-4, juntada à impugnação.

Requer, por estas razões, o cancelamento das autuações fiscais originárias do presente processo administrativo, ante a incompetência dos Srs. Agentes Fiscais para fiscalizar e autuar o Recorrente.

Na seqüência, argüi a decadência/preclusão da possibilidade do Fisco questionar a legalidade dos atos societários que deram origem ao ágio, na medida em que este como elemento contábil e societário surgiu em 29/05/01, com o aumento de capital do Santander Holding Ltda., que foi, após sucessivas operações societárias, incorporado pelo Banespa em 30/07/01, data a partir da qual surgiu o direito de deduzir os encargos de amortização desse ágio quando da apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, de forma que em 29/06/2010 não poderia o Fisco efetuar os lançamentos de ofício sobre fatos pretéritos, já consumados no tempo em razão do decurso do prazo decadencial (fatos societários que geraram o direito à utilização do ágio, que ocorreram em 2001) para alcançar os efeitos decorrentes desses fatos, em períodos subseqüentes (amortização do ágio realizado em 2005 e 2006).

Reporta-se a julgados do antigo Conselho de Contribuintes contrários à glosa da compensação de bases de cálculo negativas de CSLL em razão de questionamentos quanto à formação desta depois do transcurso do prazo decadencial. No caso citado, refletido no Acórdão nº 107-06.572, o Fisco teria promovido lançamento em 24/06/99 para afastar a

compensação de base de cálculo negativa de CSLL em razão de em sua apuração, nos meses de fevereiro a novembro de 1993, terem sido computadas despesas indedutíveis.

Cita decisão semelhante veiculada no Acórdão nº 108-09501, bem como o Acórdão nº 103-14794, no qual foi desconstituída a glosa de despesas de depreciação de bens reavaliados, em momento no qual não era mais possível questionar as reavaliações havidas. Transcreve, ainda, ementas dos Acórdãos nº 107-06061 e 101-85155, bem como decisão proferida pelo Primeiro Conselho de Contribuintes no processo administrativo nº 16327.002113/2005-10.

Frisa ser o *ágio parte do custo de aquisição do ativo respectivo*, cuja dedução é antecipada em razão das disposições da Lei nº 9.532/97, e mesmo se tal norma não existisse, e o custo somente fosse dedutível quando da alienação do ativo, não poderia o Fisco glosá-lo em uma futura apuração de ganho de capital se já decaiu, ou precluiu, seu direito de fazê-lo. No presente caso, mesmo alegando simulação ou fraude, para glosar os efeitos fiscais decorrentes daquele ato pretérito, o lançamento deveria ter ocorrido até 2006.

A *“Preclusão” da possibilidade do Fisco questionar a legalidade dos atos societários que deram origem ao Ágio* também foi um dos tópicos da defesa apresentada nos autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72.

De toda sorte, defende que não houve fraude ou simulação, pois *seria necessário que os Srs. Agentes Fiscais e a Turma Julgadora comprovassem, por meio de provas diretas, e não presuntivas, baseadas em meras alegações, que as operações societárias, que culminaram com o aproveitamento do ágio pelo Recorrente, foram feitas com evidente intuito doloso de retardar ou impedir o surgimento da obrigação tributária. Portanto, é necessário que exista uma conduta contrária à lei, intencionalmente praticada pelo contribuinte e comprovada pelo Fisco, o que não ocorreu no presente caso, conforme jurisprudência administrativa que cita. Em seu entendimento, a Turma Julgadora se ateve à mera descrição teórica do que a doutrina entende por simulação, sem provar, efetivamente, como as operações em questão incorreriam nesse ilícito.*

Para que se caracterize a fraude *é necessário que exista uma conduta contrária à lei, intencionalmente praticada pelo contribuinte*, e que esteja presente *a figura do dolo específico caracterizado pela intenção manifesta do agente de omitir dados, informações ou procedimentos que resultam na diminuição ou retardamento no atendimento do dever tributário*. A fraude estaria presente quando operações proibidas são realizadas, sem a correspondente escrituração e declaração, e com a sua ocultação durante o procedimento fiscal, bem como mediante a adulteração de documentos, circunstâncias ausentes no presente caso, tanto que a Turma Julgadora trata o assunto *como “simulação com intuito de fraude”*.

Nega também a ocorrência de simulação, pois *nenhum ato aparentou direito diverso daquele que foi realmente levado a efeito, nem, sequer, continham quaisquer declarações ou cláusulas não verdadeiras*. Os benefícios fiscais da compra do Banespa representam apenas *um dos componentes existentes: não se estruturou a referida operação com o propósito de usufruir benefícios fiscais que outros não usufruíram*, e assim prejudicar o Fisco.

Em suas palavras:

Se tal efeito ocorreu (redução de tributos), isto se deu apenas como consequência do legítimo exercício de um direito previsto em lei, decorrente de um propósito negocial evidente e transparente, pelo que não se pode acolher o entendimento da Turma Julgadora no sentido de que "Também é elemento hábil a formar prova de simulação a conduta das partes, que deve estar em consonância com aquilo que foi acordado; havendo discrepância, há indício de que também há descompasso entre a vontade real e a vontade manifestada"— fls. 1302.

*Assim, insista-se: não foram praticados atos pelo Recorrente para acobertar situações que não poderiam ocorrer. De fato, conforme será detalhado no mérito do presente recurso, a Santander Holding Ltda. não foi criada para "aparentar" ser uma típica "empresa veículo", como afirmou o Sr. Agente Fiscal e ratificou a Turma Julgadora, ou seja, não se tratou de operação simulada: a participação da Santander Holding Ltda. foi legalmente indispensável ao processo de compra de ações do Banespa e, conseqüentemente, ao aproveitamento legítimo do ágio gerado, **não se tratando de operação indireta ou intermediária** — como afirmou a Turma Julgadora - uma vez que, pelas particularidades de todo o processo de aquisição, era a forma mais adequada de se atingir o objetivo econômico maior: a compra do Banespa.*

Adianta-se nas referências à desnecessidade de a Santander Holding possuir capital inicial relevante ou conjunto de funcionários, e ao fato de que um aporte de recursos naquela empresa prejudicaria o sigilo para arrematação das ações do Banespa. Entende que a estruturação adotada foi a mais correta, opondo-se à afirmação contida na decisão recorrida de que *a participação e a necessidade da Santander Holding para o processo de compra do Banespa não foram comprovadas pela impugnante.*

Considera os argumentos das autoridades lançadora e julgadora *retóricos e sem fundamento para sustentar a sua idéia pré-concebida de que a operação realizada tinha por escopo o aproveitamento indevido do ágio. A Santander Holding foi constituída e existiu com o verdadeiro propósito de participar do processo de aquisição do Banespa e assim foi utilizada, numa estratégia absolutamente necessária e adequada. Ela não foi constituída para figurar como uma "empresa veículo" para obtenção de benefícios fiscais ocultos ou ilícitos, e também assegurou aos minoritários que a amortização do ágio não traria nenhum impacto nos seus respectivos fluxos de dividendos.*

Na medida em que *simulação não se presume e não se prova por meio de indícios, ante a clareza com que as operações foram feitas, inclusive em conformidade com o artigo 586 [386] do RIR/99 e com os demais atos normativos do BACEN e da CVM vigentes, resta claro que os autos de infração em questão foram lavrados por parte da Autoridade Fiscalizadora e mantidos pela Turma Julgadora sem qualquer convicção, sem nenhum fundamento legal.*

Transcreve entendimentos expressos no Acórdão nº 103-11865, bem como no Acórdão CSRF nº 01-01.874, além de outras referências do Primeiro Conselho de Contribuintes, e reporta-se à própria decisão recorrida ao reconhecer *que, para a ocorrência da simulação, é imprescindível a existência de uma vontade ilícita oculta (fls. 1299), o que, conforme já mencionado, não ocorreu no presente caso. Nas palavras da recorrente:*

Utilizando-se, portanto, do próprio entendimento da Turma Julgadora, evidente a ausência de simulação no presente caso tendo em vista a inexistência de um ilícito oculto, de uma declaração de vontade irreal: todos os atos foram praticados com o

propósito de se adquirir o Banespa — não há negócio jurídico aparente, no presente caso.

Ademais, destaque-se que a Turma Julgadora limitou-se a afirmar que houve simulação no presente caso, sem, sequer, demonstrar cabalmente qual seria o "ilícito oculto". Pelo contrário, asseverou que haveria mero "indício" de simulação: "há indicio de que também há descompasso entre a vontade real e a vontade manifestada"— fls. 1302.

Diante de tudo o que foi exposto, resta comprovado que as operações societárias celebradas pelo Recorrente, foram todas lícitas, permitidas legalmente, feitas de modo a produzir os efeitos que realmente expressavam, pelo que não foram operações simuladas tendentes a ocultar eventuais atos ilícitos.

Portanto, tratando-se de operações absolutamente lícitas, deve esse E. Conselho Administrativo reformar a decisão ora recorrida para, senão determinar o cancelamento integral das presentes autuações fiscais — o que se alega a título argumentativo - ao menos cancelar a multa agravada, no percentual de 150%.

Ainda opondo-se à imputação de fraude, aborda:

- *a publicidade dos atos societários que foram devidamente registrados nos órgãos competentes (JUCESP, BACEN e CVM), além de refletidos em documentos fiscais e contábeis, que foram regularmente submetidos à apreciação da Receita Federal do Brasil, quando solicitados durante o processo fiscalizatório, argumentos não enfrentados pela Turma Julgadora, que se limitou a aduzir que as Juntas Comerciais apenas analisavam aspectos formais dos atos, enquanto a recorrente pretendia demonstrar que sua prática se desenvolveu da forma mais lícita e transparente possível, o que garantiu a ampla publicidade dos atos praticados perante terceiros. Menciona que transcreveu na impugnação trechos dos despachos proferidos pelo BACEN, que aprovaram as operações societárias realizadas pelo grupo econômico, bem como o registro, pela Jucesp, de todos os atos societários, para demonstrar que não agiu com má-fé, cumpriu com todas as obrigações acessórias, e deu a devida publicidade a todos os atos praticados, não havendo porque se cogitar de fraude, situação semelhante à tratada nos Acórdãos nº 101-94.930, 107-09.169, 107-08.837. E ressalta, ainda, que toda a reestruturação societária analisada nesse processo iniciou-se por intermédio de leilão público, com ampla divulgação nos meios de comunicação.*

- *a opinião dos Assessores, expressa em razão da contratação de especialistas para analisar a reestruturação societária pretendida sob a óptica do Projeto de Lei Complementar (PLC) nº 77/99, que visava acrescentar, à época dos fatos, o parágrafo único ao artigo 116 do CTN, a evidenciar a prudência, a cautela e a boa-fé do Recorrente, que se pautou em entendimento legítimo e corroborado por especialistas da área de que a operação era transparente, lícita e com evidente propósito comercial, tendo como consequência o aproveitamento fiscal estipulado em lei, bem como a opinião dos Auditores Externos que examinaram as demonstrações financeiras anos-base de 2001 a 2006, nos quais já estava refletido o ágio gerado em razão da integralização das ações na Santander Holding, bem como as respectivas amortizações, sem fazer qualquer ressalva, e avaliaram também os registros contábeis relativos ao processo de reestruturação societária levada a cabo pelo grupo, no Brasil e, após a análise detalhada e específica tendo como fundamento a legislação societária e a regulamentação do Bacen, concluíram pela adequação do tratamento dispensado. Aduz que a Turma Julgadora limitou-se a rejeitar estes elementos, afirmando que haveria suposto erro no trabalho elaborado pelos Auditores Externos, novamente inovando o*

lançamento, e adotando argumento que não tem qualquer relação de causa e efeito com a ocorrência de fraude.

- o *Leilão Público, ato administrativo válido* porque observadas todas as normas fixadas para sua realização, sendo origem da *reestruturação societária implementada pelo grupo Santander*, retira qualquer possibilidade de prática de qualquer ato que tivesse por objetivo "esconder" qualquer ato do Fisco. É imprópria a suposição da Fiscalização e da Turma Julgadora de que o fato de o valor pago pelo Banco Santander Central Hispano S/A, para a aquisição das ações do Banespa, ter sido superior àquele oferecido pelo segundo concorrente seria indício de fraude, especialmente porque: (i) o leilão foi público, sem qualquer questionamento; (ii) não haviam lances superiores a 80% do lance ofertado pelo Banco Santander Central Hispano; (iii) o Banco Santander Central Hispano, para fins de expansão dos negócios, não tinha intenção de perder o leilão (conforme entrevista do presidente do grupo à época que deixa clara a intenção de vencer a disputa citada em sede de impugnação) e (iv) o valor foi liquidado e o Estado recebeu efetivamente o preço. Demais disso, como o Santander Central Hispano S/A deveria concorrer em condições de igualdade com os demais interessados para a aquisição das ações do Banespa, tinha ele o direito de aproveitar-se da dedutibilidade do ágio pago pela compra do Banco Banespa, por intermédio de operações societárias que se sucederam, e, como se demonstrará adiante, inexistia qualquer irregularidade no valor adotado para integralização das ações na Santander Holding. Inadmissível o entendimento da Turma Julgadora de que o edital não fazia referência a um eventual direito de aproveitamento do ágio, pois esta matéria é abstratamente regulada por lei e confere este direito a qualquer contribuinte que adquirisse o Banespa, pagando ágio.

- a não ocorrência da "simulação de uma complexa operação, na medida em que não houve a "internalização" do ágio e, ainda, a suposta "empresa veículo" não foi constituída com único fim de obter benefícios fiscais, mas sim para tornar viável a aquisição das ações do Banespa, por meio de leilão público, sem que fosse "deflagrado" o valor do lance, o que impediria, certamente, o êxito na arrematação. O grupo Santander não poderia internalizar qualquer recurso pecuniário para integralização de capital em empresas coligadas ou controladas no Brasil, pois isto tornaria público o valor de seu lance, bem como não lhe era possível, após a vitória no leilão, integralizar em uma outra entidade financeira coligada ou controlada no Brasil (e não na Santander Holding) as ações do Banespa, uma vez que a legislação bancária brasileira não permite. Demais disso, não haveria qualquer questionamento quanto à dedutibilidade do ágio caso a aquisição direta do Banespa pela Santander Holding fosse possível (o que se admite apenas a título argumentativo), de modo que as operações realizadas apenas colocaram o grupo Santander em condições de igualdade e neutralidade fiscal para com os demais concorrentes nacionais. As demais operações de incorporação que se sucederam apenas buscaram as sinergias administrativas e burocráticas necessárias; as eventuais economias fiscais são conseqüências lógica e direta das operações societárias realizadas nos estritos termos da legislação vigente; e a reestruturação societária neste processo analisada culminou com a incorporação pelo Banespa das demais estruturas societárias existentes, dentro de um prazo razoável (aproximadamente 10 meses), no pleno exercício do direito previsto na Lei nº 9.532/97, sem qualquer abuso ou excesso na aplicação da referida norma, e buscando a melhor eficiência de fluxo de caixa para a companhia e acionistas.

Estes argumentos também integraram o recurso voluntário nos autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72, na parte em que a recorrente defendeu a

inexistência de fraude e simulação, reservando os dois últimos tópicos acima para cogitar, no máximo de *erro de proibição* e invocar a aplicação do art. 112 do CTN.

Por oportuno registre-se que, nos autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72, a recorrente também argüiu, em preliminar, a decadência do direito do Fisco lançar o IRPJ e a CSLL referentes ao ano-calendário de 2002, na medida em que o lançamento ali em debate foi cientificado à contribuinte em 30/12/2008.

Passando ao mérito da exigência principal, a recorrente aqui estrutura seus argumentos sob os seguintes tópicos:

3.1 - Do Processo Fiscalizatório - Ausência de Questionamento dos Atos Praticados - Presunção da Falta de Propósito Negocial

Aduz que a Fiscalização não buscou a verdade material para fundamentar a lavratura dos autos de infração ora contestados, pelo contrário, se ateve, tão somente, à leitura dos atos societários que descrevem as operações realizadas, mencionadas, de forma resumida, no Termo de Verificação, para presumir, com base em apressadas premissas pré-concebidas, ou seja, sem qualquer fundamento, a inexistência de propósito negocial. Sustentou a Turma Julgadora que o Fisco demonstra um conhecimento efetivo do contexto em que ocorreram as operações societárias que deram origem à amortização do ágio em questão, o que não é verdade pois o Auditor Fiscal, em nenhum momento, inquiriu o Recorrente acerca dos motivos que levaram o grupo econômico a estruturar as operações da forma como descrita no Termo de Verificação, limitando-se a reproduzir a maior parte dos argumentos já levantados no Processo Administrativo 16561.000222/2008-72, sem fazer qualquer intimação ou diligência adicional para apurar a verdade material da operação ora em análise e compreender "o propósito negocial" das reestruturações societárias efetivadas pelo Recorrente.

Os Srs. Agentes Fiscais "montaram" sua própria "estória", em uma avaliação pré-concebida da operação aludida, sem analisar o contexto no qual foram praticadas todas as operações descritas e por quais motivos foi necessária (indispensável) a constituição da Santander Holding Ltda. e todas as demais operações societárias que se sucederam, com as peculiaridades próprias de uma operação de aquisição de ações em leilão público, com a participação de pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras. Além disso, os Srs. Agentes Fiscais utilizaram argumentos retóricos, sem qualquer espécie de comprovação ou fundamentação, para justificar que o ágio objeto do presente processo administrativo não tinha como fundamento econômico as expectativas de rentabilidade futura (o que sequer foi demonstrado ou provado).

Classifica de ingênuos, desprovidos de qualquer comprovação os argumentos relativos à: (i) a existência do fundo de comércio do Banespa; (ii) a sua carteira de clientes e (iii) o nome e a sua marca, também mencionados pela Turma Julgadora sem qualquer fundamentação/quantificação, bem como sem qualquer informação acerca da forma de mensurar e segregar o ágio com fundamento (i) no fundo de comércio; e (ii) na rentabilidade futura. Acrescenta que o Laudo de Avaliação que fundamentou a natureza do ágio, elaborado pela empresa especializada de renome, não foi contestado.

Afirmando que há inconsistências na acusação fiscal que confunde (i) o valor pago pelo Santander Hispano (empresa espanhola — não residente) pelas ações do Banespa no respectivo leilão, com (ii) o ágio efetivamente contestado, qual seja, aquele gerado quando

da integralização das referidas ações do Banespa ao capital da Santander Holding, esclarece que distintas são as realidades fáticas, contábeis e societárias aí presentes: (i) uma coisa é o pagamento efetuado pelo Santander Hispano quando do leilão que teve um ágio negocial e com eventuais implicações para a referida instituição no seu País de domicílio, (ii) outra coisa, é o ágio gerado, em território nacional, por intermédio de uma operação societária legítima de integralização de capital com aquisição de participação societária, realidades ligadas por intermédio de uma finalidade maior que era a aquisição do Banespa e a integração das atividades bancárias do grupo Santander no País, buscando sinergia em todas as suas áreas operacionais.

Destaca que a Fiscalização excluiu parte das absurdas afirmações mencionadas nos autos de infração objeto do PAF nº 16561.000222/2008-72, sem qualquer justificativa, do Termo de Verificação Fiscal objeto do presente processo administrativo.

Naqueles autos, argumentava-se que as operações societárias teriam sido realizadas "com o evidente intuito único de criar despesas de amortização em uma delas", apenas porque o valor do ágio pago pelo Santander Central Hispano S/A "superou em muito aquele oferecido pelos demais concorrentes", afirmação que a recorrente reputa absurda, na medida em que houve o real pagamento dos R\$ 7.050.000.000,00 ao governo, sendo irrelevante se este valor é pouco ou muito. O lance foi estipulado com o objetivo de vencer o leilão, sem risco de ir para o pregão em "viva-voz", segunda parte do leilão, adotando-se um valor considerado justo, juntamente com a estratégia de não demonstrar interesse pela compra antes do leilão, o que fez os concorrentes ofertarem valores pouco superiores ao preço mínimo.

Também nos autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72 a Fiscalização havia mencionado a impossibilidade de a pessoa jurídica deduzir, de seus próprios resultados, a amortização de um ágio gerado na aquisição de suas ações, situação que nada tem de ilógico porque expressamente prevista no artigo 386, §6º, inciso II do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), e também regulada na Circular BACEN nº 3.017/00). Acrescenta que esse argumento, apesar de excluído do Termo de Verificação Fiscal, foi abordado pela Turma Julgadora (fls. 1292) em evidente modificação do critério jurídico adotado nos lançamentos, na tentativa de "salvar" as autuações originárias do presente processo administrativo.

Ainda, no lançamento anterior, a autoridade lançadora alegava que o ágio pago pelo Santander Espanha teria sofrido uma "reavaliação" quando de sua integralização na Santander Holding, equívoco evidente pois o valor pago no leilão de R\$ 7.050.000.000,00 correspondia apenas à aquisição de parte das cotas pertencentes à União que eram objeto da alienação, aproximadamente 30% do Capital Social (60% do Capital Votante), tendo o Santander Hispano adquirido logo após o leilão, quase a totalidade das demais ações do Banespa por meio de Oferta Pública de Ações concluída em 06/04/2001, de forma que quando da integralização das ações na Santander Holding (momento em que ocorre a aquisição das ações com ágio por esta sociedade), a sua participação no Banespa era de aproximadamente 97% do capital social.

Já no presente lançamento, a única iniciativa que foi tomada, após a lavratura dos primeiros autos de infração, foi corrigir parte dos absurdos jurídicos alegados inicialmente, mas sem, contudo, realizar qualquer diligência adicional para verificação do propósito negocial dos fatos ora em análise. Os recursos presuntivos antes utilizados foram

apenas e tão somente relatados pelos Srs. Agentes Fiscais, e mencionadas na decisão ora recorrida, na tentativa de justificar as autuações.

Enuncia perguntas que deveriam ter sido feitas pela Fiscalização *no sentido de entenderem a operação realizada pelo Recorrente*, para mais à frente respondê-las, com vistas a demonstrar que elas *levariam à verdade material dos fatos*. Prossegue, então, demonstrando que as justificativas adotadas pela Fiscalização e pela Turma Julgadora *não possuem qualquer substância, motivo pelo qual se faz necessária a reforma da decisão ora recorrida e o cancelamento das autuações originárias do presente processo administrativo.*

3.2 - Da Efetiva Operação Realizada - Aquisição do Banespa para Expansão das Atividades do Grupo Santander no Brasil

Reitera que a Fiscalização não inquiriu a contribuinte acerca dos *motivos econômicos ou jurídicos pelos quais as operações societárias foram praticadas*, em afronta ao princípio da verdade material porque baseados em *mera presunção de que as operações praticadas não tiveram propósito negocial*. Entende que tais circunstâncias seriam suficientes para desconstituição da exigência, mas subsidiariamente passa à *análise, detalhada, das operações praticadas e dos respectivos documentos que lhes suportaram o que demonstrará o evidente equívoco cometido pelo Sr. Agente Fiscal, erroneamente referendado pela decisão ora recorrida*, e adianta:

Ao final da análise das operações em questão 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.

Discordando da afirmação contida na decisão recorrida de que teria analisado a validade dos atos societários considerados isoladamente, expõe a análise histórica das operações praticadas pelo grupo, descrevendo suas atividades desde 1957, destacando outras aquisições de *instituições financeiras com a finalidade de expansão do mercado financeiro*, até a aquisição do Banespa pelo Santander Hispano em 20/11/2000, que num segundo passo alcançou 97% do capital social daquela instituição financeira, a um custo total de R\$ 9,57 bilhões, utilizando-se esta participação societária para integralização de capital na Santander Holding, *que passou a ser titular do investimento de R\$ 2,11 bilhões no Banespa com o ágio de R\$ 7,46 bilhões surgido neste evento societário.*

Aborda seus projetos de *modernização tecnológica*, que culminara em *integração tecnológica, com a migração de todos os sistemas de operação para uma única plataforma, bem como a integração jurídica de todas as entidades bancárias em um único banco: Banco Santander S/A*, mencionando a aquisição do ABN AMRO em 2007 em consórcio com RBS e Fortis e a incorporação do Banco ABN AMRO Real S/A, que elevou a instituição ao *terceiro maior conglomerado financeiro privado do País* e, ao final, em 2009, permitiu ao Banco Santander S/A *realizar a maior oferta pública de ações do ano no mundo*. Conclui do exposto que a aquisição do Banespa alterou radicalmente a atividade bancária do grupo Santander no Brasil, e representou *mais uma etapa da execução de um planejamento estratégico mundial do grupo Santander: qual seja, ser um dos maiores e mais respeitados conglomerados financeiros do mundo.*

Transcreve publicação de fato relevante na Gazeta Mercantil, em 30 de novembro de 2000, pelo Banco Santander Central Hispano, destacando o fato de que com a aquisição do Banespa *passaria a dispor de um grupo de empresas ("Sistema Banespa") que oferecia praticamente todos os serviços e produtos disponíveis no Sistema Financeiro Nacional*, o que refletiria na rentabilidade futura do grupo, conforme laudo da KPMG Corporate Finance que menciona. Cita também *reportagem publicada na Revista Veja, Edição nº 1677, de 29/11/2000, acerca da repercussão da aquisição do Banespa.*

Conclui estar evidente a necessidade, ou indispensabilidade, da aquisição do Banespa, e prossegue descrevendo *cada passo adotado pelo grupo Santander, bem como o sentido econômico e o propósito negocial de toda essa operação*, destacando que:

- a aquisição de 30% do capital social do Banespa em leilão, *foi a primeira etapa da operação e, necessariamente, realizada pelo Santander Hispano (empresa espanhola – não residente) tendo em vista as, particularidades do processo de desestatização do Banespa, isto é: lance secreto pelo maior valor, após pré-qualificação dos concorrentes;*
- a integralização das ações do Banespa (agora equivalentes a 97,2% do capital social) na Santander Holding ocorreu *após o grupo Santander ter participado do leilão público e após realizar oferta pública de ações para aquisição da quase totalidade do capital do Banespa. Além disso, representa operação societária de integralização de capital, por intermédio da qual a Santander Holding adquiriu, nos estritos termos da lei, as ações do Banespa, surgindo daí um ágio;*
- a integralização das cotas da Santander Holding na Meridional Holding, bem como a incorporação da Meridional Holding pelo Banco Santander S/A buscou *sinergia do grupo Santander Brasil (simplificação da estrutura administrativa, integrando e racionalizando as estruturas societárias do grupo);*

Em suas palavras:

Na medida em que o Banco Santander Central Hispano detinha participações no Brasil em distintas instituições financeiras, com o objetivo de consolidar seus investimentos e permitir uma percepção de um único grupo no País, foi iniciado o processo de reestruturação a fim de racionalizar, em várias etapas, a estrutura societária no Brasil, bem como consolidar as operações em um único balanço.

Tratou-se, portanto, de operação de simplificação de estrutura societária, buscando sinergia administrativa e integração das atividades bancárias.

A recorrente destaca a constituição, em 30/06/2001, de *Provisão - Exigência da CVM para proteger os acionistas minoritários* na futura incorporação da Santander Holding pelo Banespa, e teve como objetivo a *boa prática de governança corporativa (proteção do acionista minoritário contra o efeito contábil da amortização futura do ágio na distribuição dos benefícios gerados pela sociedade), permitindo a manutenção do fluxo de dividendos e a transparência nas demonstrações contábeis de maneira a deixar evidente, para qualquer interessado, os resultados operacionais do Banespa (e atualmente do Recorrente). Não existe nenhum efeito fiscal nesta operação.*

Por fim, com a incorporação da Santander Holding pelo Banespa em 30/07/2001, o ágio passa a ser amortizado, *ato societário realizado para utilização de tratamento fiscal previsto em lei (art. 386, III, e § 6º, II, do RIR/99). Com esta operação, o Banespa incorpora o acervo da antiga Santander Holding passando a exercer a atividade bancária plena, como uma das instituições financeiras do grupo Santander, continuando o processo de integração de atividades bancárias e buscando sinergia administrativa e tecnológica*, processo que teve continuidade até a integração total do grupo, com a criação de um banco único em 2006.

Conclui que estas operações *tiveram como objetivo criar uma estrutura societária que tornasse viável, como planejamento estratégico, a aquisição do Banespa, com o conseqüente aproveitamento do direito ao benefício fiscal de dedução do ágio, gerado na integralização das suas cotas na Santander Holding, exatamente nos termos do artigo 386, § 6º, inciso II, do RIR/99. Logo, não há qualquer evidência de fraude, mas sim de atos societários realizados com o objetivo claro e evidente de aquisição do Banespa, com o conseqüente aproveitamento de um tratamento fiscal previsto em lei, bem como reorganizações societárias para a integração das atividades bancárias que buscaram a sinergia de um conglomerado financeiro que estava se expandindo vertiginosamente.*

Estes argumentos também constituíram tópico específico da defesa apresentada nos autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72, contrapondo-se as constatações da Fiscalização, classificadas como “*análises de fotografias*”, à apresentação dos fatos no recurso voluntário, classificada como “*análise do filme*”.

3.3 - Legitimidade da Aquisição do Investimento com Ágio pela Santander Holding e Posterior Aproveitamento da sua Dedutibilidade Fiscal pelo Banespa e pelo Recorrente

Passa, então, a demonstrar que o Grupo Santander cumpriu *todos os requisitos necessários para que fizesse jus à aquisição do Banespa e ao conseqüente aproveitamento fiscal da amortização do ágio. Discorre acerca (i) da natureza jurídico/contábil do ágio na aquisição de participações societárias; (ii) da licitude da aquisição de participação societária com ágio conferida em integralização de ações; (iii) o tratamento tributário a ele dispensado no ordenamento jurídico brasileiro; e (iv) o fundamento econômico para sua constituição.*

Aduz que *o ágio ou deságio gerado em operações, como as ocorridas no presente caso, decorre da diferença entre o valor de aquisição (custo de aquisição) e o valor patrimonial das ações adquiridas (valor de patrimônio líquido), quando se adota o registro da participação societária pelo método da equivalência patrimonial. Afirma que a Lei das S/A não se estende sobre o tema, mas entende que devem ser observados os princípios de contabilidade geralmente aceitos, e reporta-se ao art. 13 da Instrução CVM nº 247/96 e ao art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, que rege a matéria no âmbito tributário.*

Distingue *dois fatos jurídicos distintos e autônomos de aquisição das ações do Banespa, e ressalta que a confusão entre os dois fatos jurídicos contábeis permanece na decisão ora recorrida, pois a Turma Julgadora insiste em afirmar que o ágio objeto de amortização é aquele originado no leilão público e não o gerado na integralização de capital. Assim os descreve:*

(i) FATO JURÍDICO 1: aquisição, pelo Santander Hispano, de ações do Banespa correspondentes a 97,02% do capital social deste, mediante o pagamento de R\$

9,57 bilhões (custo de aquisição - valor pago em leilão público e em Oferta Pública de Ações). Ressalte-se que este foi o custo de aquisição da participação societária pela pessoa jurídica espanhola. Portanto, a forma de contabilização desse investimento deve seguir a legislação da Espanha, como foi, inclusive, mencionado pela Turma Julgadora - fls. 1264;

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

Tais fatos ensejam a seguinte consequência para as duas pessoas jurídicas em destaque: (i) O Santander Hispano deixou de possuir em seu ativo as ações do Banespa pelo custo de aquisição de R\$ 9,57 bilhões e passou a possuir em seu ativo um investimento em outra sociedade controlada (Santander Holding) no mesmo valor de R\$ 9,57 bilhões — troca de ativos; (ii) A Santander Holding teve um aumento no seu ativo no valor de R\$ 9,57 bilhões correspondente ao investimento no Banespa, como contrapartida do aumento de capital integralizado pelo Santander Hispano, e estava obrigada a registrar este investimento pelo método da equivalência patrimonial, desdobrando o custo de aquisição das ações do Banespa em valor do investimento pela equivalência patrimonial (R\$ 2,11 bilhões) e ágio (R\$ 7,46 bilhões). Reporta-se a Parecer de Auditores Independentes da Santander Holding que referendaram este procedimento.

Defende a licitude da aquisição de participação societária com ágio conferida em integralização de ações, ante o novo fundamento jurídico que teria sido trazido pela Turma Julgadora aos autos. Aduz que o aumento de capital realizado na Santander Holding, mediante conferência das ações que o Santander Hispano possuía no Banespa foi feita por valor correspondente ao preço pago nas aquisições realizadas junto a terceiros e, ainda, ao montante dos recursos ingressados no País na aquisição das ações do Banespa, o qual foi registrado como um investimento estrangeiro direto nos termos das normas cambiais (sistema RDE-IED).

Ressalta que na integralização de bens ao capital social, a Lei das S/A exige a sua avaliação por empresa especializada (arts. 7º e 8º) e questiona se o valor das ações conferidas em integralização de capital deveria ser o valor de patrimônio líquido. Entende que tanto sob a perspectiva da legislação societária quanto da perspectiva da legislação tributária, inexistente qualquer restrição à integralização da participação societária por seu valor avaliado em dinheiro, pois somente é exigida a avaliação na forma da lei, condição atendida mediante a apresentação de Laudo Avaliação de empresa especializada, fundamentando os critérios de avaliação e justificando o valor das ações do Banespa com base na expectativa de rentabilidade futura.

Acrescenta que também corroboram estas operação a sua aprovação pela CVM e pelo Banco Central do Brasil, e cita entendimento de Ricardo Mariz de Oliveira acerca do tema. Destaca, ainda, a total coerência do procedimento sob o ponto de vista econômico, adotando-se o preço pago em operações realizadas junto a terceiros, em condições comutativas (de mercado), representativo do efetivo valor do investimento estrangeiro (direto) ingressado no país, sob pena de se gerar perdas de capital para o investidor estrangeiro.

Transcreve lições do Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações – FIPECAFI, e conclusões de parecer elaborado pelo Prof. Alexsandro Boerdel Lopes, para justificar que o valor pago com base na expectativa de rentabilidade futura, como ocorreu nos

presentes autos, está intrinsecamente associado à expectativa de lucros futuros gerados por determinado investimento, motivo pelo qual a sua amortização dar-se-á em contrapartida dessa expectativa de lucros a serem gerados. Destaca também, naquela primeira obra, a orientação de que o valor do ágio e o valor da equivalência patrimonial devem figurar como subcontas que constituem o "valor do investimento".

Ressalta que o ágio, como acessório, deve seguir o principal (investimento), e expressa o entendimento de que *a amortização do ágio é a forma contábil de se registrar a perda de valor no tempo de um ativo intangível em função de seu uso.*, à semelhança dos ativos tangíveis.

Acrescenta que *a legislação fiscal admite a integralização de capital pelo valor de custo de aquisição ou de mercado*, no art. 23 da Lei nº 9.249/95, como também reconhecido no Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações – FIPECAFI, distinguindo-se seus efeitos no resultado da alienação aí existente.

Embora entenda que a comprovação da *licitude da conferência das ações do Banespa pelo seu valor de mercado (custo de aquisição), pelo Santander Hispano, na Santander Holding* é suficiente para reforma da decisão recorrida, a recorrente também aborda o *tratamento tributário dispensado ao ágio no ordenamento jurídico brasileiro*, principiando por reconhecer que a dedutibilidade de sua amortização depende do *fundamento econômico para o pagamento dessa diferença* (aqui rentabilidade futura) e, no caso, da incorporação promovida pelo Banespa (controlada) de sua controladora (Santander Holding).

Ressalta, porém, que a operação realizada não pode ser considerada como planejamento tributário, como aventou a Turma Julgadora ao acrescentar argumento que não teria sido mencionado no Termo de Verificação Fiscal, pois *as figuras da extrafiscalidade e dos incentivos fiscais (como é o caso da dedução do ágio) não fazem parte das hipóteses de planejamento tributário*, na medida em que *a dedutibilidade fiscal do ágio, gerado na aquisição de sociedades, teve como objetivo incentivar a prática de fusões e aquisições, especialmente quando se tratavam de estatais em processos de privatização*.

A possibilidade de aproveitamento do ágio fomentaria as privatizações, por representar uma vantagem ao adquirente em termos de fluxo de caixa do futuro negócio adquirido, tornando *mais atraente a realização dos vultosos investimentos necessários para as privatizações*. E acrescenta:

Ademais, também era muito comum que o ágio gerado em operações de privatização fosse aproveitado nas próprias empresas privatizadas, com o lucro por elas gerado como é o caso dos autos. Neste sentido, como já mencionado existe autorização expressa do artigo 386, § 6º, inciso II, do RIR/99 para aplicação da dedução fiscal quando a empresa incorporada fosse aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Retoma a abordagem acerca da dedutibilidade do ágio, tratando de sua fundamentação em rentabilidade futura, especialmente em razão dos questionamentos acerca da influência do fundo de comércio do Banespa na determinação do valor do investimento em questão. Recorda que *a aquisição das ações pelo Santander Hispano, por meio de leilão público não se confunde com a aquisição das ações pela Santander Holding, por meio da conferência de capital.*, equívoco que levou à afirmação de que *o fundamento econômico do ágio seria composto pelos "custos pagos pelo Santander Hispano"*.

Procura demonstrar que o *fundamento econômico do ágio objeto de amortização no presente caso, gerado na aquisição pela Santander Holding, refere-se exclusivamente à expectativa de rentabilidade futura*, asseverando que o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, ao exigir que o lançamento do ágio indique seu fundamento econômico, *não estabelece a obrigatoriedade de consideração de todos os critérios mencionados, mas ao menos um "dentre" eles*, bem como não fixa *uma ordem lógica ou pressuposta para a atribuição destes fundamentos*.

Acrescenta que tais exigências não seria possíveis, *pois o fundamento econômico para o pagamento de ágio em uma aquisição de bens é critério de decisão único e exclusivo do adquirente, ante a livre iniciativa das partes na determinação do preço do ativo, vinculando-se ao propósito econômico da aquisição*. Em suas palavras:

Assim, caso o adquirente tenha por objetivo explorar o negócio adquirido, o preço (e o ágio) pode ser fundamentado pela rentabilidade futura esperada. Por outro lado, se o adquirente pretende liquidar a companhia, poderá estar interessado na mais valia dos ativos subjacentes a serem vendidos.

Conclui, assim, que *não cabe ao Fisco estabelecer o fundamento que presume suportar o prego pago, especialmente quando o contribuinte preenche todos os requisitos legais para a comprovação de tal fundamento*. Mas prossegue discorrendo sobre cada um dos fundamentos econômicos mencionados na lei, citando doutrina e pronunciamentos do Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC, para afirmar que:

Em outras palavras: (i) os incisos I e III do § 2º do artigo 20 do DL nº 1.598/77 trazem como fundamento para o ágio o valor não registrado no Balanço dos elementos do ativo da controlada ou coligada adquirida; enquanto (ii) o inciso II traz como fundamento não o valor de cada elemento do ativo individualizado, mas o valor global de expectativa de rentabilidade futura que supere o valor de patrimônio líquido da empresa registrado em Balanço.

Ou seja, parece claro que ao separar o fundamento do ágio em (i) valor dos elementos do ativo individualizadamente (tangíveis ou intangíveis); e (ii) valor global de rentabilidade futura, independentemente dos elementos do ativo individualizados; pretendeu o legislador que o fundamento econômico deve ser aquele que motivou a valoração da aquisição.

Dessa forma, conclui-se que o Decreto 1.598/1977 pretendeu conferir um tratamento específico a todo ágio cujo fundamento decorra de avaliação da empresa adquirida pelo método da expectativa de rentabilidade futura, não importando qual o elemento do ativo que justifica aquela expectativa, seja ele individualizável ou não. (destaques do original).

Destacando que, na forma da doutrina citada, *a expectativa de rentabilidade futura nada mais é que uma forma de mensurar o valor de um ativo, tangível ou intangível, e que nem sempre o motivo que justificou a aquisição do investimento considera o valor de rentabilidade futura dos ativos de forma individualizada, mas sim o valor de rentabilidade futura do negócio como um todo*, assevera que assim ocorreu no presente caso, evidenciando-se o equívoco da Turma Julgadora ao tentar firmar que outro seria o fundamento econômico do ágio pago, diversamente do laudo apresentado, que não foi, em momento algum, desqualificado.

O fato de o laudo ter considerado *ativos como marca, carteira de clientes e participação de mercado, sem quantificá-los* apenas confirma que o que antes alegado: o fundamento econômico do ágio teve em conta *a capacidade futura de geração de lucros pelo conjunto dos ativos adquiridos*.

Frisa, ainda, *que não foi feita qualquer prova, pela Fiscalização, de que o ágio gerado no momento da conferência de ações pelo Santander Hispano englobaria algum valor correspondente ao fundo de comércio do Banespa, tampouco foi o Sr. Agente Fiscal capaz de mensurar qual seria a parcela desse suposto montante que comporia o total do custo de aquisição das ações pela Santander Holding*. Ou seja, as autoridades não foram capazes de "desqualificar" o montante do ágio demonstrado no Laudo elaborado pela KPMG Corporate Finance.

Demais disso, foram atendidos os requisitos legais expressos no art. 385, §3º do RIR/99, que exige *"demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante de escrituração"*, inexistindo regulamentação que explicita a forma desta demonstração. Menciona que ser absurda a decisão recorrida quando tenta refutar o laudo com base em sua ressalva de que ali não se garantia a realização de resultados futuros, pois *não é minimamente razoável que se exija que um Laudo de Avaliação possa assegurar com certeza cristalina que os resultados futuros efetivamente serão realizados*.

Observa que *o valor integralizado na Santander Holding foi, inclusive, inferior àquele avaliado pelo Laudo dos avaliadores independentes com base na expectativa de rentabilidade futura, pelo método do fluxo de caixa descontado (valor das ações do Banespa que foram integralizadas na Santander Holding foi de R\$ 9.574.900 mil, mas o valor de mercado projetado pela KPMG Corporate Finance foi de R\$ 10.078.626 mil)*, e conclui que *o ágio correspondente à rentabilidade futura, conforme laudo elaborado pela KPMG, foi devidamente registrado nos lançamentos contábeis do Recorrente, os quais fazem prova a seu favor já que não contestados pelo Fisco*, cabendo ao fisco a prova da inveracidade dos fatos assim registrados, nos termos dos arts. 923 e 924 do RIR/99, e conforme doutrina e jurisprudência administrativa que cita.

Complementa, ainda, *que o § 2º e incisos do artigo 385 do RIR/99 não trazem quaisquer critérios para determinação do fundamento do ágio*, nos termos da doutrina reproduzida, e inexistindo *qualquer regra/ordem para determinação do fundamento do ágio não se pode criar restrições que a lei não prevê*, sob pena de violação ao princípio da vinculabilidade da tributação, corolário do princípio da legalidade. A lei apenas impõe a guarda da documentação que comprove o fundamento adotado, e assim procedeu a recorrente.

Reafirma tais razões para frisar que *esse E. Conselho não poderá acolher o "entendimento presuntivo" desenvolvido pela Fiscalização e adotado pela decisão ora recorrida*, citando outros textos doutrinários em reforço ao seu entendimento. E acrescenta que, de toda sorte, adotou corretamente o fundamento invocado para o ágio pois, *ainda que se alegue que a determinação da fundamentação econômica do ágio pressupõe a avaliação de cada um dos incisos do § 2º do artigo 20 do DL 1.598/77, desprezando-se a motivação de seu pagamento, como pretendeu a Fiscalização e a Turma Julgadora, fato é que isso somente se aplica quando os elementos contemplados naqueles incisos possam ser identificados, o que não foi demonstrado pela Fiscalização, nem tão pouco pela Turma Julgadora, no presente caso*.

Destaca que a interpretação acerca do que seria o fundo de comércio mencionado na lei deve ser restritiva, sob pena de englobar todos os bens da sociedade. Dessa forma, *o legislador quando fala em conjunto de ativos, fundo de comércio e intangível, está se referindo apenas àqueles passíveis de identificação*, de modo que para fundamentar o ágio em fundo de comércio ou intangíveis, é essencial a individualização e valoração dos bens que compõem este grupo, providência da qual a Fiscalização não se desincumbiu.

A carteira de clientes ou outros elementos quaisquer do fundo de comércio foram considerados pelo Grupo Santander no momento da aquisição das ações do Banespa. Contudo, tais intangíveis não influenciaram, individualmente, o processo da avaliação do valor a ser pago, pois a metodologia adotada foi a dos "fluxos de caixa descontados de uma empresa em atividade". Questiona como pode o Fisco exigir esta individualização, se ela não foi feita pelo avaliador, por entendê-la impossível.

Reporta-se, ainda, à Instrução CVM nº 247/96 que, à semelhança dos Pronunciamentos do CPC 04 e 15, *demonstra que existem apenas dois motivos que justificam a diferença entre o custo de aquisição e o patrimônio líquido (ágio): (i) preços de mercado dos ativos diferentes do valor contábil e (ii) ágio por expectativa de rentabilidade futura.* Infere, daí, que *equivocou-se o legislador do Decreto 1.598/77 ao mencionar fundo de comércio na alínea "c" (inciso III do § 2º do artigo 385 do RIR/99) e expectativa de rentabilidade futura na alínea "b" (inciso II do § 2º do artigo 385 do RIR/99), já que acabou por mencionar o mesmo instituto contábil duas vezes.*

Aborda, ainda, o *abandono da marca Banespa por parte do Recorrente*, a qual além de não ter apresentado *relevância para a determinação do valor do investimento, de forma individualizada*, integrou a aquisição como *parte do planejamento estratégico mundial de negócios do Grupo Santander* cujo objetivo é *firmar e consolidar sua presença e, conseqüentemente, SUA MARCA.*

Determinante foi o *porte da instituição financeira — grande! - que permitiria (como de fato, permitiu) que o Santander se impusesse no cenário nacional como uma das maiores instituições financeiras.* Assevera que lhe interessaria *qualquer banco estatal de grande porte*, pois a *instituição financeira adquirida seria inevitavelmente incorporada à estrutura do Santander, e receberia, então, a SUA marca (essa sim, a única que possui relevância).*

A marca do Banespa foi mantida apenas enquanto se procediam *as integrações e uniformizações de plataformas tecnológicas, em razão do porte dos dois bancos*, e depois abandonada *sem qualquer efeito para o bom sucesso dos negócios.* Da mesma forma procedeu o grupo empresarial na aquisição do *Banco Geral do Comércio e do Banco Noroeste no ano de 1997, do Banco Meridional em 2000.*

3.4 — Isonomia entre Concorrentes e Neutralidade Fiscal na Alienação do Banespa - Inexistência de Privilégio Exclusivo para as Empresas Nacionais de Aproveitamento Fiscal do Ágio

Aborda a *necessidade de se respeitar a isonomia entre os licitantes*, destacando a vinculação do Programa Nacional de Desestatização aos preceitos da Lei nº 8.666/93 e do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e à indispensável manutenção de *igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente*

permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, bem como à vedação aos agentes públicos de estabelecer distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes.

E, diferentemente do que entendeu a Turma Julgadora, um fator fundamental para se garantir a isonomia entre os participantes, na determinação do lance a ser oferecido, é a igualdade do tratamento tributário, o que somente pode ser atingido pela neutralidade tributária da legislação no tratamento entre nacionais e estrangeiros, conforme doutrina que transcreve. Na medida em que o aproveitamento fiscal do ágio é um benefício fiscal que possibilita o oferecimento de maiores lances, qualquer concorrente nacional estaria em vantagem sobre os eventuais concorrentes estrangeiros caso se opusessem dificuldades transversas (como ocorreu com o presente lançamento tributário), à realização por estes de operações societárias legítimas que proporcionassem os mesmos efeitos tributários se realizadas por aqueles.

Reitera a impossibilidade de, antes do leilão público, ingressar recursos pecuniários em pessoas jurídicas no Brasil, uma vez que, se o fizessem, restaria prejudicado o elemento crucial para obtenção do lance vencedor: o sigilo do prego ofertado. E acrescenta a falta de razoabilidade deste ingresso prévio, sem se saber da vitória, incorrendo em custos cambiais, administrativos e fiscais elevadíssimos (corretagem, CPMF, custos para proteção do risco cambial etc.).

A operação societária em questão gera os mesmos efeitos tributários de outras operações e não provoca qualquer ato lesivo ao Estado, até porque o benefício fiscal de dedutibilidade do ágio não representa, necessariamente, uma perda de receita para a Administração Pública. Isto porque o referido benefício de redução da base tributável da empresa privatizada em exercícios futuros será um fator de valorização do prego a ser pago, que irá representar o ingresso imediato de recursos para a entidade da Federação.

Daí seu entendimento de que decorre de expressa previsão legal a proibição aos Srs. Agentes Fiscais, na qualidade de agente público, estabelecer uma restrição ao grupo Santander para o aproveitamento do benefício fiscal do ágio por representar clara afronta à neutralidade de concorrência, nos termos do artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93.

3.5 — Da Sistemática de Alienação das Ações no Leilão — Sigilo do Lance como Fator Determinante para a Aquisição do BANESPA

Argumenta que o sigilo da proposta dos participantes é preceito fundamental, motivo pelo qual o desrespeito ao sigilo da proposta em procedimento licitatório é crime, e no presente caso garantia ao Santander Hispano a arrematação sem a necessidade de realizar lances a viva voz, caso não houvesse nenhum lance igual ou superior a 80% do valor do seu lance nos demais envelopes.

Reitera a importância desta aquisição para implementação de seu plano estratégico, e aduz que afastar a realização do leilão a viva voz era essencial, pois as demais instituições financeiras brasileiras não permitiriam a compra do Banespa, pois pagariam qualquer prego para evitar o ingresso de mais um concorrente "de peso" no mercado nacional. E o sigilo da proposta somente foi possível com a realização da operação tal como descrita anteriormente, pois qualquer movimento cambial correspondente a R\$ 7.050.000.000,00 afetaria o mercado como um todo (balança de pagamentos) e seria de conhecimento público com facilidade.

Discorda da afirmação dos Srs. Julgadores a quo, na decisão ora recorrida, no sentido de que "a estrutura ora em análise não seria necessária, pois o cronograma do leilão previa o prazo de sete dias para a liquidação financeira do lance vencedor", pois este prazo exigiria a habilitação prévia a Santander Holding como licitante no processo de leilão do Banepsa, que, do ponto de vista operacional e administrativo, seria inviável (para qualquer entidade e especialmente para uma entidade com capital de R\$ 1.000,00 à época), além do custo e dos riscos que não poderiam ser exigidos da recorrente.

3.6 — Da Necessidade (Imprescindibilidade) da Santander Holding — Fundamento Econômico para o Presente Concreto

Opõe-se às afirmações de que a Santander Holding seria uma "empresa veículo", uma "empresa de passagem", pois teria uma duração efêmera, sem "propósito negocial" e "sem funcionários" (fls. 1293), reportando-se às exigências da Lei nº 4.595/64 para integralização de capital social de uma instituição financeira, a qual não prevê a possibilidade de se aumentar o capital social de uma instituição financeira por meio da integralização de participação societária. Daí a necessidade da Santander Holding — entidade não financeira — na operação em questão para poder receber as ações adquiridas do Banepsa, em integralização de capital.

No mesmo sentido, cita a Circular do BACEN nº 2.750/97 e nega a possibilidade de o Santander Hispano (empresa espanhola — não residente), ao invés de capitalizar as ações do Banepsa na Santander Holding (empresa "veículo" no entender dos Srs. Julgadores) capitalizar tais ações em outra sociedade financeira pertencente ao grupo.

Afirma que adotou a forma mais direta, correta e adequada para implementar a operação pretendida pelo grupo Santander, e reconhece que o componente fiscal era uma das possíveis conseqüências lógicas da referida estratégia econômica, até porque a elaboração dessa estrutura era fundamental para dar neutralidade fiscal e isonomia no processo licitatório, no qual participaram licitantes nacionais e estrangeiros, como antes dito.

Destaca a inaplicabilidade dos precedentes existentes no Conselho de Contribuintes ao presente caso, pois todas as decisões que tratam de estruturas societárias que utilizam uma "empresa veículo" foram casos em que se considerou não existir um propósito negocial, diversamente do que aqui demonstrado.

Insiste que não havia outra forma jurídica possível para viabilizar essa operação (aquisição do Banepsa em condições de sigilo de preço e com o aproveitamento do benefício fiscal do ágio) nem as operações societárias subseqüentes que foram implementadas para gerar sinergia no grupo Santander. Em resumo:

Em outras palavras, a estrutura utilizada para a aquisição das ações do Banepsa era a mais adequada para que (i) se mantivesse o sigilo do lance no leilão, tendo em vista que o Santander Hispano (não residente) não teria como internalizar esses recursos no Brasil sem que os demais participantes do leilão ficassem sabendo qual seria a sua proposta; (ii) fosse possível, por conseqüência, a utilização do benefício fiscal de aproveitamento do ágio previsto em Lei, uma vez que não havia a viabilidade de utilização de outra sociedade do grupo Santander no Brasil; (iii) fosse dado um tratamento isonômico e neutro operação, e (iv) fossem preservados os direitos dos acionistas minoritários do Banepsa, por meio da constituição de provisão na Santander Holding no montante total do ágio (boa governança corporativa), garantindo a manutenção do fluxo de dividendos e a transparência

das demonstrações financeiras quanto identificação dos seus resultados operacionais.

Entende, assim, que *não há que se falar, como fizeram os Srs. Agentes Fiscais e a Turma Julgadora, de ilícita "internalização" do ágio.* A aquisição foi legítima e, *se fosse possível ao grupo Santander trazer os recursos financeiros ao Brasil, previamente ao leilão público, capitalizando a Santander Holding para posterior participação no procedimento licitatório, o ágio seria gerado da mesma forma. E pouco importa se a empresa era uma empresa com capital de R\$ 1.000,00 e nenhum funcionário, uma vez que qualquer concorrente residente ou não residente assim procederia.*

Ressalta que *o intuito de se utilizar a Santander Holding, como instrumento para a viabilização do leilão, se demonstra inclusive por meio do elemento temporal (esta sociedade foi constituída antes da realização do leilão: 21 dias após a publicação do edital PND — Programa Nacional de Desestatização 03/2000 do Banco Central do Brasil).* E também destaca que *o presente caso é completamente distinto dos outros casos já julgados pelo Conselho de Contribuintes, especialmente distinto das operações conhecidas como "casa-separa" e "operação ágio", nas quais busca-se evitar a incidência do ganho de capital ou não.*

Trata-se, aqui, de ágio gerado em processo de privatização, distintamente de jurisprudência citada na decisão recorrida que aborda operação realizada entre particulares, e não envolve instituições financeiras e sociedade de capital aberto registrada na CVM, as quais estão submetidas às rígidas regras do sistema financeiro nacional e às normas regulamentares do Banco Central do Brasil.

Relativamente à constituição da provisão para proteção dos minoritários, classificada como indevida na decisão recorrida, aduz que *ela é mais um motivo que demonstra a fundamentação econômica para a realização da operação, tal como praticada no presente caso, tornando clara a necessidade da Santander Holding, dado que em razão de normativos expressos da CVM e do BACEN, a proteção dos acionistas minoritários do Banespa quanto aos efeitos negativos da amortização do ágio sobre o fluxo de dividendos era obrigatória.*

A provisão em questão *foi constituída como forma de evitar os efeitos negativos do ágio no patrimônio líquido do Banespa, decorrentes da sua amortização após a incorporação. Desta forma, com a amortização do ágio nos exercícios subsequentes pelo Banespa (e pelo Recorrente após a incorporação), em contrapartida do resultado do período, igual valor da referida provisão seria, também, creditado no resultado, de modo a anular o efeito da amortização do ágio no fluxo de distribuição de dividendos, em conformidade com o art. 6º da Instrução CVM nº 319/99 (com redação dada pela Instrução CVM nº 349/01), bem como no artigo 16 da mesma norma. Em suas palavras:*

A verdade é que a constituição da provisão permite a adequada análise e identificação dos resultados financeiros do Banespa (e do Recorrente) por parte do público, uma vez que os seus resultados operacionais após a incorporação da Santander Holding não foram impactados pela despesa de amortização do ágio.

3.7 — Da Teoria do Propósito Negocial — Aplicabilidade às Operações Praticadas

Discorda da afirmação de que *o propósito negocial das operações subsequentes ao término da oferta pública de ações teve explicitamente como objetivo criar condições que viabilizassem a amortização do ágio a que a sociedade espanhola não fazia jus, pois tal argumento está fundamentado no equivocado entendimento de que o direito à fruição*

da amortização do ágio seria daquela sociedade que o pagou, mas não pela sociedade que explora a instituição adquirida, cuja rentabilidade futura fundamentou o ágio, conforme já foi suficientemente demonstrado em tópico anterior.

De toda sorte, aborda o *propósito negocial que fundamentou todos os passos que foram tomados*, na medida em que *parte da doutrina e da jurisprudência administrativa, realmente, vem adotando limites positivos ao "planejamento tributário"*, exigindo o texto por ele transcrito que o motivo e a finalidade do negócio jurídico não sejam predominantemente tributários e sejam congruentes entre si.

No presente caso, *todos os atos praticados tiveram por motivo a aquisição do Banespa em processo de privatização, para o conseqüente aproveitamento do benefício fiscal de dedução do ágio gerado nessa aquisição nos estritos termos da Lei*, demonstrando-se neste recurso os motivos pelos quais foram adotadas outras estruturas ou outros caminhos quando da realização de todas as operações, tendo em vista as peculiaridades do caso; a finalidade da operação era a aquisição de uma instituição financeira de grande porte e participação no mercado brasileiro, como forma de expandir as atividades do grupo Santander no Brasil, e todos os atos societários praticados inserem-se congruentemente neste contexto da aquisição de uma instituição financeira por outra: (i) a forma de participação no leilão; (ii) os fluxos de caixa ocorridos; (iii) a necessidade da constituição de todas as sociedades envolvidas; e (iv) todas as operações realizadas para reduzir estruturas desnecessárias e obter a sinergia e consolidação do grupo Santander no Brasil.

Analisando-se os atos praticados como um "filme", resta clara a congruência do motivo e da finalidade da operação realizada pelo grupo Santander, os quais não eram predominantemente tributários, motivo pelo qual não há que se falar em falta de propósito negocial ou ausência de pressuposto econômico, como equivocadamente afirmara a Turma Julgadora.

Cogitando, ainda, da aplicação de mais um limite ao suposto "planejamento tributário", reporta-se à coerência da questão com o planejamento estratégico do empreendimento econômico, transcrevendo doutrina acerca do conceito de planejamento estratégico e afirmando que a operação ocorrida encontra-se claramente inserida no planejamento estratégico do grupo Santander, cujo objetivo de longo prazo declarado inclusive por meio de notícias veiculadas em jornais e revistas desde a época da aquisição do Banespa, é o de se tornar o maior Banco privado em atividade no território nacional, filme do qual a aquisição do Banespa representou um capítulo.

Abordagem semelhante à expressa nos itens 3.3 a 3.7 foi apresentada, também, no recurso voluntário veiculado nos autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72.

3.8 — Resumo dos Fatos Efetivamente Ocorridos — Respostas às Questões que Deveriam Ter Sido Formuladas pelos Srs. Agentes Fiscais

Em face de tudo quanto foi exposto, a recorrente passa, então, a responder as questões mencionadas no início de seu recurso, as quais dariam à Fiscalização a real compreensão da operação praticada:

a) *Por que o grupo Santander não participou do leilão do Banespa por intermédio da Santander Holding ou de outra sociedade do grupo e, sim, pelo Santander Hispano?*

O grupo Santander não possuía nenhuma sociedade residente no País que tivesse condições patrimoniais de preencher os requisitos exigidos para a participação no Leilão sem que fosse internalizado o valor do lance a ser feito e, com isso, fosse aberto o sigilo da proposta.

b) *Por que foi constituída, em 2000, a empresa Santander Holding, sendo que já existiam inúmeras outras sociedades devidamente constituídas do grupo Santander no País?*

A Santander Holding foi constituída logo após a publicação do Edital do Leilão do Banespa (21 dias após), pois seria a empresa destinada a receber a participação societária a ser adquirida em leilão público.

Isto porque, nos termos dos artigos 26, 27 e 28 da Lei no 4.595/64, Circular BACEN nº 2.750 e da 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.

Como se vê, a constituição de uma Holding revelou-se necessária para legalmente receptionar 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.

Assim, a Santander Holding era o tipo de sociedade que, no Grupo, poderia ser utilizada para implementar os objetivos pretendidos, sendo, portanto, uma etapa necessária do processo de integração das atividades bancárias no Brasil, especialmente na redução de complexidades, sempre na busca de sinergia no Grupo.

c) *Por que o Santander Hispano pagou um valor tão alto pela aquisição do Banespa (R\$ 7,05 bilhões), montante muito superior ao valor oferecido pelo segundo colocado (lance 2.054% maior do que o efetuado pelo segundo colocado)?*

No presente caso, a aquisição do Banespa representava para o grupo Santander o ingresso definitivo como uma das maiores instituições financeiras no cenário nacional. Nesse sentido, foi oferecido o preço considerado adequado tendo em conta a estratégia de negócios do grupo Santander. Portanto, era importante que o lance a ser oferecido fosse vencedor para que não fosse necessária a realização de lances a viva voz. Caso as demais instituições financeiras participantes soubessem

que o Santander pretendia efetivamente ingressar no mercado brasileiro (especialmente o Banco Itaú S/A e o Banco Bradesco S/A), elas não teriam deixado.

Ainda destaque-se que o pagamento do preço "elevado" foi positivo para a União, então "dona" do Banespa. Ademais, o aproveitamento do ágio faz retornar ao comprador apenas parte do valor pago, o que retornaria, insista-se, para qualquer que fosse o comprador, residente ou não residente (ressalte-se que os Srs. Agentes Fiscais, de forma totalmente injustificada, como mencionado, excluíram esse argumento no presente processo administrativo, mas é importante reiterá-lo, uma vez que foi alegado nos autos do PAF nº 16561.000222/2008-72 referente aos períodos de 2002 a 2004).

d) Por que o Santander Hispano não trouxe, inicialmente, os R\$ 7,05 bilhões para o País, capitalizando em alguma de suas empresas para participar posteriormente do leilão do Banespa?

Conforme mencionado, o sigilo do lance inicial secreto a ser feito pelo Santander Hispano era fundamento para que fosse vencedor já na primeira fase do leilão, sem a necessidade de lances a viva voz. Contudo, caso o Santander Hispano trouxesse esses recursos para o Brasil, restaria evidente para os demais concorrentes qual seria a proposta que seria apresentada.

e) Por que houve a integralização das ações do Banespa na Santander Holding e não nas demais instituições financeiras do grupo Santander no País?

Pode parecer repetitivo, mas a verdade é que a simplicidade do fato não comporta outra resposta: a Santander Holding foi constituída para receber a participação societária a ser adquirida em leilão público.

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.

Como se vê, a constituição de uma Holding revelou-se necessária para legalmente receber 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.

Assim, a Santander Holding era o tipo de sociedade que, no Grupo, poderia ser utilizada para implementar os objetivos pretendidos, sendo, portanto, uma etapa necessária do processo de integração das atividades bancárias no Brasil,

especialmente na redução de complexidades, sempre na busca de sinergia no Grupo.

f) Por que a Santander Holding não tinha funcionários? Por que a Santander Holding tinha um capital de R\$ 1.000,00? Por que a Santander Holding existiu pelo prazo de 10 meses?

Conforme mencionado, a Santander Holding foi constituída para ser a sociedade do grupo Santander no Brasil que iria receber a participação acionária do Banespa adquirida pelo Santander Hispano.

Isto porque, qualquer sociedade Holding tem por finalidade gerir investimentos. Ou seja, ela não produz e nem comercializa mercadorias, não presta serviços, não industrializa bens. Não há, portanto, nenhuma atividade que demande ou que justifique a existência de um elevado capital social, nem mesmo a contratação de empregados.

Pode parecer óbvio, mas uma holding é uma sociedade que meramente contém investimentos.

O prazo de 10 meses foi o tempo razoável e suficiente para a realização de todos os atos necessários para a aquisição do Banespa, em processo público de leilão, secreto, pelo melhor valor, em igualdade de condições com os demais concorrentes, sendo uma etapa do processo de integração bancária do grupo no Brasil, permitindo a sinergia decorrente de integração tecnológica e operacional, com o conseqüente aproveitamento legal da dedução do ágio e proteção dos direitos dos acionistas minoritários do Banespa (constituição da provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido).

g) Por que ocorreram as demais operações societárias seguidas uma das outras, culminando na incorporação do Banespa pelo Banco Santander S/A? Quais os motivos desses movimentos societários?

Todas as operações societárias ocorridas, que culminaram na incorporação do Banespa pelo Banco Santander S/A, foram realizadas de forma calculada em face do planejamento estratégico do grupo Santander, para que se pudesse chegar a uma adequada organização societária, que permitisse a geração da sinergia entre as empresas do grupo.

h) Por que foi o Banespa que incorporou a Santander Holding e não o contrário?

Em primeiro lugar, conforme destacado, a Santander Holding registrou em seu passivo exigível, antes de ser incorporada, uma provisão equivalente ao valor do ágio que estava registrado em sua contabilidade. Esta provisão foi constituída como forma de evitar os efeitos negativos do ágio no patrimônio líquido do Banespa decorrentes da sua amortização após a incorporação. Desta forma, com a amortização do ágio nos exercícios subseqüentes pelo Banespa em contrapartida do resultado do período, igual valor da referida provisão seria creditado no resultado.

Portanto, a incorporação da Santander Holding pelo Banespa era uma forma de se proteger o fluxo de dividendos dos acionistas minoritários, uma vez que os lucros líquidos dos períodos em que houvesse a amortização do ágio no Banespa não seriam impactados. Este procedimento, ressalte-se, é obrigatório em face das normas da CVM e do BACEN aplicáveis ao Banespa, na qualidade de sociedade de capital aberto e de instituição financeira.

Por outro lado, 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.

Frisa que as respostas as perguntas "b"; "e" e "f" são suficientes para esclarecer o questionamento feito pela DRJulgamento, as fls. 1295: "Com as informações aqui expostas, cabe, então, perquirir qual seria o sentido de o Santander Hispano ter constituído a Santander Holding em 25/10/2000, logo após a divulgação do edital do leilão em 04/10/2000."

3.9 — Da Inexistência de Previsão Legal para a Adição, à Base de Cálculo da CSLL, da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Inedutível

À semelhança do que alegado no processo administrativo nº 16561.000222/2008-72, aqui também a recorrente, subsidiariamente, aduz que não se apontou qualquer legislação aplicável para fundamentar a suposta necessidade de adição, da despesa com ágio, à base de cálculo da CSLL, o que macula a validade do presente lançamento, por ofensa ao Princípio da Legalidade.

Os ajustes à base de cálculo da CSLL estão taxativamente fixados na legislação, e esta hipótese não foi ali tratada. Com efeito, uma eventual despesa que tenha integrado o lucro líquido somente será considerada inedutível da base de cálculo da CSLL caso haja previsão expressa em lei para este tributo — o que não ocorre para o caso específico, consoante reconhecido em julgados administrativos que menciona.

3.10 — Do Vício na Apuração dos Saldos de Prejuízo Fiscal e Base Negativa da CSLL

Argumenta que a glosa de compensações indevidas de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL do Banespa em 31 agosto de 2006 (quando foi incorporado pelo Recorrente) somente ocorreu porque não foram considerados os saldos de prejuízos ou de bases negativas anteriores ao ano-calendário de 2005, que equivaliam a R\$ 21.007.348,78 e R\$ 250.982.679,35, respectivamente, conforme seus registros na Parte B do LALUR. O saldo de prejuízos fiscais reduziria a exigência de IRPJ em 2005, e o saldo de bases de cálculo negativas reduziria a exigência de CSLL em 2005 e 2006.

Acrescenta que a inexistência de saldo indicada pela DRJ para negar tais utilizações decorre da transferência desse saldo para outro livro LALUR, nº 16, conforme comprova o histórico constante desse mesmo controle. E, aduz, ainda, que seus saldos controlados no LALUR somente poderiam ser afetados por lançamentos fiscais já definitivos no âmbito administrativo, o que não se verificou. Além disso, a Fiscalização nada mencionou acerca destas alterações, o que por si só já é suficiente para tornar os presentes autos de infração ilíquidos e incertos, a exigir a reforma da decisão recorrida.

Afirma que a Turma Julgadora não analisou os argumentos e documentos deduzidos em sua impugnação, e anexa cópias de DIPJ entregues de 2001 a 2006 para comprovar a demonstrativo apresentado.

Defende, assim, a nulidade do lançamento, ante a falta de liquidez e certeza do montante exigido, consoante jurisprudência administrativa que cita.

3.11 — Da Impossibilidade do Lançamento da Multa de Ofício na Hipótese de Responsabilidade Tributária por Sucessão

Defende que, nos termos do art. 132 do CTN, *o sucessor responde apenas pelos tributos devidos até a data da sucessão. Com relação às multas, deve-se averiguar o momento em que tal penalidade foi constituída, para então atribuir-se ou não a responsabilidade ao incorporador.*

Isto porque, a multa fiscal somente será transferida ao sucessor se ela tiver sido lançada antes do ato sucessório (hipótese essa em que a multa já integra o passivo da empresa sucedida). No caso em análise, a multa foi lançada em 29 de junho de 2010, enquanto a incorporação deu-se no dia 31 de agosto de 2006. Portanto, não há que se manter a cobrança da multa punitiva em face do ora Recorrente.

Cita doutrina e jurisprudência administrativa, defende o *caráter personalíssimo das multas*, reproduz ementas de julgados da Câmara Superior de Recursos Fiscais e do Supremo Tribunal Federal, e pede a *exoneração das multas de ofício em apreço*.

A recorrente manifestou-se de forma semelhante contra a exigência formalizada no processo administrativo nº 16561.000222/2008-72, também formalizado depois do evento de incorporação antes referido.

3.12 — Da Ilegalidade da Cobrança de Juros Sobre a Multa

À semelhança do que alegado no processo administrativo nº 16561.000222/2008-72, aqui também a recorrente, subsidiariamente, pede o cancelamento *dos juros calculados com base na taxa Selic sobre a multa de ofício lançada, por absoluta ausência de previsão legal.*

Assevera que tal previsão não consta do art. 13 da Lei nº 9.065/95, que somente se reporta a tributos, e firma a distinção entre tributo e multa com base no Código Tributário Nacional e em doutrina. Invoca julgados administrativos, inclusive da Câmara Superior de Recurso Fiscais, em abono à sua tese.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões ao recurso voluntário, abordando, inicialmente a *inexistência de inovação do lançamento pela Autoridade julgadora de primeira instância*. Assevera que o fato de a decisão recorrida ter ressaltado que a integralização das ações do BANESPA deveria ter sido feita pelo valor do patrimônio líquido, não constitui alteração do critério jurídico escolhido pela autoridade lançadora, pois *decorre do cuidado dessa Autoridade em abordar todos os pontos elencados pelo contribuinte em sua impugnação*.

Ao reportar-se ao aspecto questionado, *a decisão de primeira instância trouxe um novo argumento que, ao mesmo tempo que rebatia a argumentação do contribuinte, ratificava a conclusão adotada pelo lançamento*. Ambas as autoridades, lançadora e julgadora, *entenderam que o ágio internalizado no Brasil pelo SANTANDER HISPANO não poderia ser amortizado*, consoante excerto extraído do Termo de Verificação Fiscal às fls. 392/394, e da decisão recorrida à fl. 1268), embora *sob uma ótica um pouco distinta*.

De forma semelhante, o destaque feito na decisão recorrida ao fato de que *a autuação do contribuinte decorria de “planejamento tributário” apenas se prestou a rebater alegações da contribuinte e reafirma a motivação do lançamento porém com palavras e expressões distintas daquelas utilizadas pelo Auditor*. Destaca que no Termo de Verificação Fiscal, *a qualificação da penalidade decorreu do fato da autuada, em conluio com o grupo*

econômico do qual participava, criar um benefício fiscal ilegal por meio de sucessivas operações societárias aparentemente ilegais (fl. 402), fazendo-se referência diversas vezes à expressão “empresa veículo”, circunstâncias constatadas em casos de “planejamento tributário” por meio do qual se procura amortizar “ágio de si mesmo”.

Conclui que a decisão de primeira instância não inovou em nada o lançamento realizado. A DRJ-São Paulo I/SP não constatou nenhuma incorreção no lançamento, não pretendeu formalizar nenhum auto complementar, e não procurou acertar nenhum vício encontrado no auto de infração.

Opõe-se à arguição de decadência, firmando entendimento de que o direito de a Fazenda fiscalizar os procedimentos relativos à criação de um ágio não se submete ao prazo decadencial tributário.

Preliminarmente observa que a preclusão, por ser instituto eminentemente processual, se verifica no procedimento fiscal, podendo o Fisco praticar atos como bem quiser, desde que observe o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário. Discorre sobre as espécies de preclusão para demonstrar sua incompatibilidade com os atos praticados durante o procedimento fiscal, ressalta seu caráter inquisitório, e conclui que durante ele não há processo; não há faculdade para se praticar qualquer ato processual; não há preclusão.

Destaca que o prazo decadencial para a constituição dos créditos tributários em nenhum momento pode ser confundido como uma preclusão temporal e acrescenta que no CTN não há qualquer previsão de preclusão dos atos fiscalizatórios. Já a decadência verifica-se com o decurso do prazo que o Fisco tem para constituir a obrigação tributária por meio do lançamento, prazo este deflagrado quando ocorrida a materialização da hipótese de incidência tributária prevista em lei (fato gerador). Em resumo, não havendo fato gerador, não haverá prazo decadencial a ser contado.

No âmbito do IRPJ e da CSLL, necessária a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza e o resultado ajustado positivo do exercício, sem o que não há o que lançar. O pagamento do ágio na aquisição de uma participação societária não se enquadra como fato gerador de nenhum tributo federal, e representa apenas uma expectativa de ganho futuro associado a uma diminuição patrimonial, de modo que desse fato não corre qualquer prazo decadencial contra o Fisco.

Observa, porém, que essa mais valia constitui um potencial benefício fiscal a ser concedido pelo Estado, pois, caso o investimento que deu origem ao ágio seja reunido com o próprio ágio (em resumo), a mais valia anteriormente paga passará a ter conotação fiscal. Somente a partir de sua amortização, o Fisco pode, ao averiguar a sua regularidade, concordar um não com o seu registro, pois se não há fato gerador, não há como o Fisco averiguar a regularidade do ágio e glosar de forma cautelar o seu registro, haja vista que o sujeito passivo pode, no futuro, caso se envolva em uma reunião patrimonial-societária deduzir a sua amortização na apuração do IRPJ e da CSLL.

Em suas palavras:

Não sendo fato gerador de nenhum tributo, não há crédito tributário a ser lançado. Sendo um mero registro contábil “para o futuro”, não há cálculo de tributo “no presente” que possa ensejar a sua glosa “no presente”. Anuir com o raciocínio defendido pelo contribuinte significa abrir um caminho livre para a fraude, pois

será dado aos contribuintes o melhor de dois mundos, quais sejam: a um, ele poderá registrar um ágio fraudulento em face do qual a Autoridade Fazendária nada poderá fazer contra (pois não é fato gerador de nenhum tributo); a dois, após ultrapassado o interregno de cinco anos do registro desse ágio fraudulento, o contribuinte poderá deduzir a despesa com a sua amortização livre de qualquer fiscalização, pois, não obstante o fato de somente agora ele o estar usando para influenciar na apuração dos débitos fiscais que contra ele foram constituídos, este CARF considerará que o direito de a Fazenda glosar aquele registro já decaiu.

Assim, embora o ágio tenha surgido de uma operação societária realizada em 29/05/2001, o litígio destes autos tem por objeto a sua amortização nos anos de 2005 e 2006, inexistindo qualquer vício no lançamento ocorrido em 2010, quando comparadas as datas de ciência do lançamento (29/06/2010) e de ocorrência do fato gerador mais remoto (31/12/2005). Registra, a título de analogia, o entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade de a Administração Tributária revisar os prejuízos fiscais utilizados pelos contribuintes para reduzir sua tributação futura, citando voto vista da Min. Ellen Gracie no RE nº 344.994-0/PR, o entendimento exarado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no AMS 200270000395534, e acórdão do TRF/3ª Região na Apelação REE nº 2005.61.1000072202.

Defende a competência da autoridade fiscal para lavratura do auto de infração, asseverando que os argumentos de defesa não guardam qualquer compatibilidade com as normas que disciplinam o poder-dever da Autoridade Fazendária de iniciar e desenvolver a fiscalização, bem como de constituir o crédito tributário. Invoca o disposto no art. 142 do CTN e no art. 6º da Lei nº 10.593/2002 para firmar a competência do Auditor-Fiscal da Receita Federal para fiscalização e formalização do lançamento, e rejeitar a arguição de nulidade aventada pela recorrente.

Entende que uma portaria não afeta esta competência, pois atos desta espécie são meros atos infralegais, destinados à administração de recursos humanos da Secretaria da Receita Federal, não se confundindo, por conseguinte, com norma atributiva de competência. A definição do círculo de atribuições dos órgãos e dos agentes públicos somente é possível por lei, e o próprio Decreto nº 70.235/72 declara válido o lançamento mesmo quando ele é realizado por Auditor lotado em jurisdição diversa do domicílio tributário do sujeito passivo, aspecto inclusive mencionado na decisão recorrida e não contrastado no recurso voluntário.

Subsidiariamente aduz que se algum vício existisse ele seria formal e atrairia a regra contida no art. 173, inciso II do CTN, pois trata-se de questão atinente ao processo de formalização do crédito tributário e não guarda qualquer relação com os elementos essenciais da regra matriz de incidência tributária. Esclarece, ainda, que os precedentes citados pela recorrente não socorrem sua pretensão de anular o lançamento por incompetência da autoridade autuante.

Adentra ao mérito, defendendo a **inedutibilidade do ágio registrado pelo BANESPA**, pois, **não obstante as operações societárias realizadas pelo grupo SANTANDER visarem à aquisição do BANESPA, a realização de uma seqüência de operações societárias com o único objetivo de reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL a serem recolhidos pela empresa final exorbitou esse propósito negocial.** Em suas palavras:

Um ágio que originalmente é pago por uma empresa estrangeira, sem qualquer fundamento na rentabilidade futura da participação societária adquirida, e posteriormente é transferido a uma empresa nacional, não pode ter a despesa com a

sua amortização deduzida na apuração do IRPJ e da CSLL de acordo com os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

O ágio computado pelo BANESPA com a incorporação da SANTANDER HOLDING não é dedutível para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, seja pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (385 e 386 do RIR/99), seja por qualquer outra norma que autorize tal dedutibilidade.

*Traça breve histórico das alterações societárias realizadas pelo grupo empresarial do qual o contribuinte faz parte, destacando que o custo de aquisição das ações do BANESPA pelo SANTANDER HISPANO, em operações de 20/11/2000 e 06/04/2001, foi idêntico ao valor adotado para aumento de capital da SANTANDER HOLDING, pelo SANTANDER HISPANO, em 29/05/2001 (R\$ 9.574.901.000,00). Acrescenta que nesse momento, o ágio antes pago pelo SANTANDER HISPANO à União e aos sócios que participaram da oferta pública (R\$ 7.462.067.630,07) é “transferido” à empresa SANTANDER HISPANO (“internalizado” no País), e o seu valor é justificado em um **laudo de rentabilidade futura do BANESPA elaborado nessa mesma data**, ou seja, 6 (seis) meses depois do seu efetivo pagamento pelo SANTANDER HISPANO no leilão e na oferta pública de compra (20/11/2000 e 06/04/2001).*

Acrescenta que todas as operações societárias posteriores que culminaram com a incorporação do BANESPA pelo BANCO SANTANDER S/A envolveram empresas coligadas do referido banco espanhol, frisando que, quando o SANTANDER HISPANO integralizou o aumento do capital da SANTANDER HOLDING com as ações do BANESPA, o referido banco espanhol ocupou simultaneamente os dois pólos do negócio firmado: comprador e vendedor, cobrando ágio de si mesmo. Demais disso, o investimento realizado pelo SANTANDER HISPANO na SANTANDER HOLDING teve um curtíssimo tempo de vida (dois meses), principalmente se comparado com o montante envolvido (R\$ 9.574.901.000,00).

Aborda os contornos do benefício fiscal previsto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, e 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 – RIR/99, tecendo breves considerações sobre o ágio (ou deságio) na aquisição de participação societária e a sua dedutibilidade (ou tributação), citando doutrina acerca dos efeitos da amortização somente repercutirem no lucro real quando ocorrer a alienação ou baixa do investimento, exceto se caracterizada uma das hipóteses do benefício fiscal veiculado na Lei nº 9.532/97, que constitui ficção fiscal de que o investimento antes realizado pela pessoa jurídica foi extinto com a incorporação, fusão ou cisão patrimonial realizada com a sua controlada (o próprio investimento, consoante doutrina que transcreve.

*Em razão do previsto no art. 111 do CTN, esta dedução, na qualidade de benesse tributária, para ser autorizada deverá envolver a situação literalmente prevista no artigo 386 do RIR/99, assim como observar estritamente as condições estipuladas, sob pena de ser considerada indevida. Assim, além da incorporação de uma controlada na qual a pessoa jurídica detenha participação societária com ágio, **deve essa pessoa jurídica ter efetivamente suportado o ágio por ele registrado**, ou seja, o ágio deve existir, deve ter propósito comercial e substrato econômico a justificar a sua origem; **deve também esse ágio ter como fundamento econômico a rentabilidade futura da controlada**; o laudo que atesta esse fundamento econômico deve estar arquivado como comprovante da escrituração do ágio; por fim, a sua amortização deverá obedecer o mínimo de 1/60 para cada mês do período de apuração.*

*Defende que a existência do ágio depende de **substrato econômico**, não sendo suportada apenas por **registros escriturais**. Deve, assim, decorrer de **efetiva aquisição de um***

investimento oriundo de um negócio comutativo, onde as partes contratantes, interdependentes entre si e ocupando posições opostas, tenham interesse em assumir direitos e deveres correspondentes e proporcionais.

Há esse propósito quando, por exemplo, uma empresa adquire participação societária de outra com ágio com o intuito de auferir os prováveis resultados positivos que esta última terá no futuro; ou, quando uma empresa adquire participação societária de outra com deságio porque a alienante precisava aumentar emergencialmente a liquidez de seu ativo.

Transcreve doutrina acerca da *causa material que dá ensejo ao ágio ou deságio (propósito negocial)*, frisando o dever de o adquirente provar *que o ágio ou deságio existiu e que o fundamento econômico atribuído tem correspondência com a realidade*, bem como a necessidade de uma *transação econômica que materialize o valor de aquisição ao mesmo tempo pago pelo adquirente e recebido pelo alienante*. Reporta-se ao Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2007 e ao item 50 da Orientação Técnica – OCPC nº 02/2008, que corroborariam este entendimento, ao abordarem *casos onde o ágio é criado artificialmente; onde, indevidamente, empresas de um mesmo grupo econômico geram ágio sem que haja o dispêndio de efetiva despesa (financeira ou patrimonial)*.

Definidas estas premissas, passa ao núcleo do litígio, asseverando que *o ágio cuja despesa de amortização foi deduzida pelo BANESPA não cumpre as condições e requisitos impostos pelo artigo 386 do RIR/99*. Inicia a argumentação abordando a *ausência do encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem*.

Entende que a dedução autorizada no art. 386 do RIR/99 decorre da *confusão patrimonial mediante encontro num mesmo patrimônio da participação societária adquirida com o ágio pago por essa participação*. Neste caso, *a legislação admite que o contribuinte considere perdido o seu capital investido com o ágio e, assim, deduza a despesa que ele teve quando da sua aquisição*.

Tal encontro, porém, exige *que a mais valia contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participa da “confusão patrimonial”*. *O ágio deve ser de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participam da incorporação, fusão ou cisão societária. Se assim não for, será impossível o ágio ir de encontro com o investimento que lhe deu causa*.

Em qualquer outra situação, o ágio pode até existir contabilmente, mas não será dedutível na apuração do IRPJ e da CSLL. E, no presente caso, *com a incorporação da SANTANDER HOLDING pelo BANESPA, não houve o encontro num mesmo patrimônio do ágio pago pelas ações do BANESPA com o próprio BANESPA. Quem efetivamente adquiriu o BANESPA não o incorporou*.

Para demonstrar a *ausência de “confusão patrimonial” entre o ágio criado quando da aquisição das ações do BANESPA e o patrimônio desse próprio banco quando da incorporação da SANTANDER HOLDING*, tece argumentos para sustentar que *quem de fato arcou com o pagamento do ágio das ações do BANESPA foi o SANTANDER HISPANO e que, mesmo com a “internalização” do referido ágio na SANTANDER HOLDING, essa mais valia nunca saiu do patrimônio de seu adquirente originário, o SANTANDER HISPANO*.

O ágio aqui discutido não foi pago nem pela empresa incorporada, nem pela incorporadora. O substrato econômico do ágio se encontra na operação realizada entre os antigos acionistas do BANESPA e o SANTANDER HISPANO (grande interesse do grupo SANTANDER de expandir suas atividades no Brasil por meio do BANESPA). A integralização do aumento do capital da SANTANDER HOLDING pelo SANTANDER HISPANO apenas significou a transferência desse ágio; não a sua criação, o seu surgimento, especialmente ante a identidade de valores e de objeto das duas transações.

Destaca que a maior parte do ágio pago pelo SANTANDER HISPANO na aquisição das ações do BANESPA fora destinado à União, e acrescenta que da criação desse ágio não participaram em nenhum momento nenhuma das empresas envolvidas na operação societária que deu ensejo a dedução de sua amortização. A posterior transferência das ações não configura o surgimento de nenhum ágio. O ágio registrado nesse aumento de capital corresponde diretamente (inclusive em valores) ao ágio originalmente pago pelo SANTANDER HISPANO quando da aquisição das ações do BANESPA, de modo que aquele não apresenta qualquer propósito comercial e substrato econômico.

Frisa que, como bem destacado pelo Termo de Verificação Fiscal, mesmo com a transferência do ágio a uma empresa brasileira, o ágio pago pelo SANTANDER HISPANO em face da aquisição das ações do BANESPA permaneceu intocável em seu patrimônio, só que travestido em ações de suas controladas brasileiras, não mais como o ágio da compra do BANESPA em si. Logo, com as posteriores operações societárias realizadas, o banco espanhol nunca se desfez do ágio adquirido, apenas o transformou formalmente em investimentos em suas coligadas brasileiras.

Assim, mesmo tendo havido a integralização do aumento do capital da SANTANDER HOLDING pelo SANTANDER HISPANO com as ações do BANESPA, o ágio pago pelo banco espanhol nunca foi de fato transferido às empresas brasileiras. A expectativa do retorno em face do ágio adquirido pelo banco espanhol nunca restou extinta. Ainda que de forma indireta, o ágio originalmente pago pelo SANTANDER HISPANO sempre teve seu retorno garantido a ele.

Por essa razão, tem-se que o ágio registrado na SANTANDER HOLDING significou um mero “reflexo contábil” do ágio originalmente pago pelo SANTANDER HISPANO.

Conclui que a única possibilidade de o ágio decorrente da aquisição das ações do BANESPA ser dedutível ocorreria caso essa mais valia encontrasse o próprio BANESPA. E como poderia ocorrer essa possibilidade? Como muito bem destacado pelo próprio contribuinte, caso um banco brasileiro tivesse adquirido diretamente as ações do BANESPA com ágio e posteriormente incorporado, ou sido incorporado, pelo próprio BANESPA. Aqui, porém, não havendo a extinção do investimento, não há que se falar em dedução da despesa da amortização do ágio pago na sua aquisição.

Em seu entendimento, o SANTANDER HISPANO tentou transformar o ágio por ele pago quando da aquisição das ações do BANESPA em uma verdadeira “moeda de dedução”, a qual poderia ser transmitida por ele a quem ele quisesse. Destaca trecho do Termo de Verificação Fiscal que aborda a impossibilidade do ágio pago pelo SANTANDER HISPANO na aquisição das ações do BANESPA encontrar num mesmo patrimônio o próprio BANESPA, e, com isso, ser dedutível (fls. 383/399), e arremata:

Vê-se, assim, que a conclusão adotada pela Fiscalização é acertada e irretocável. Uma vez o ágio registrado pelo BANESPA não tendo sido efetivamente suportado nem pelo BANESPA nem pela SANTANDER HOLING, ele não é dedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99.

Como ressaltado, não tendo sido pago por nenhuma das empresas que participaram da reunião patrimonial, não há que se falar que há a extinção do investimento por meio do encontro num mesmo patrimônio do ágio como investimento que lhe deu origem. Não há perda de capital a ensejar a dedução da correspondente despesa.

Firma que a transferência contábil do ágio não permite a geração de uma despesa dedutível. A intenção do legislador, com tal dedução, foi *beneficiar o real adquirente de uma participação societária, não transformar o potencial direito à dedução dessa despesa em uma moeda que pudesse ser transferida a quem o seu detentor quisesse*. A dedução existiria se uma empresa brasileira tivesse adquirido as ações do BANESPA, mas desde que ela não "autonomizasse" o ágio pago, transferindo-o a outra coligada sua.

Prosseguindo na demonstração de que o ágio cuja despesa de amortização foi deduzida pelo BANESPA não cumpre as condições e requisitos impostos pelo artigo 386 do RIR/99, a Procuradoria da Fazenda Nacional discorre sobre a *ausência de laudo prévio que ateste o fundamento econômico do ágio pago na rentabilidade futura do BANESPA*.

Assevera que o laudo utilizado para justificar a sua dedutibilidade fora elaborado posteriormente a essas operações de aquisição. Ou seja, o ágio foi pago pelo SANTANDER HISPANO com base em outros elementos, mas não no documento por trazido pelo recorrente. A legislação, porém, exige a indicação do documento que embasa o fundamento econômico do ágio por ocasião de seu reconhecimento contábil, e o laudo deve anteceder o pagamento do ágio, pois só assim será possível atestar que *a mais valia que será paga decorre da rentabilidade futura da participação societária que será adquirida*.

Em que pese a anterioridade do laudo econômico não esteja expressamente prevista em lei, ela *decorre de uma estrutura lógica posta a sua materialização. Pensar em sentido contrário, além de ser um disparate hermenêutico, implicaria na permissão de inimagináveis situações de fraude*.

No presente caso, claro está que o laudo utilizado para dar fundamento econômico ao ágio foi elaborado posteriormente à aquisição da participação societária do banco brasileiro pelo banco espanhol. O pagamento do ágio de R\$ 7.462.067.630,07 ocorreu entre 20/11/2000 e 06/04/2001, mas só foi justificado por laudo elaborado em 29/05/2001.

Conclui, daí, que o ágio pago *não foi pautado na rentabilidade futura do BANESPA*, e que para usufruir do benefício fiscal, o SANTANDER HISPANO *tentou dar ao ágio por ele pago o fundamento econômico que autorizaria a sua posterior dedução*, e também buscou *dar a aparência de que a integralização do aumento de capital da SANTANDER HOLDING foi pautado nesse parâmetro*.

Se outra fosse a exigência legal para dedução, o grupo SANTANDER poderia ter trazido aos autos um laudo que atribuiria ao ágio o fundamento que lhe interessasse. Daí a importância do laudo ser elaborado antes do efetivo pagamento.

Opõe-se à alegação do recorrente de que o ágio registrado pelo BANESPA quanto da incorporação da SANTANDER HOLDING decorre da integralização do aumento

do capital dessa segunda empresa, pois este investimento nunca existiu, dado que não possui propósito negocial e substrato econômico, e a operação que deu origem ao ágio aqui discutido não foi a integralização do aumento do capital da SANTANDER HOLDING, mas sim a aquisição das ações do BANESPA pelo SANTANDER HISPANO, especialmente ante a identidade dos ágios registrados e o objeto das operações societárias.

*Classifica de artificial o ágio originado com a integralização do aumento do capital da SANTANDER HOLDING, pois sua existência está viciada pela ausência de propósito negocial da operação que lhe deu origem. Não há qualquer lógica econômica para aquela operação que justifique a aquisição de um investimento por valor superior ou inferior aquele que custou originalmente ao alienante, e ainda que se considere como possível o propósito negocial eleito pelo contribuinte, **ele, inquestionavelmente, não se encaixa na situação prevista no artigo 386 do RIR/99 (rentabilidade futura).***

Enunciando as causas aventadas pela recorrente para o registro do ágio, questiona se seria adequada a cobrança de um ágio com vistas a manter o sigilo de uma proposta comercial, preservar direitos dos acionistas minoritários, aprimorar a sinergia do grupo econômico, e até mesmo, para manter um benefício fiscal que o contribuinte pensa que lhe é devido. Entende que o fundamento do ágio deve ser eminentemente econômico, implicar a expectativa de retorno econômico, não sendo possível embasar o registro de um ágio na aquisição de um investimento em meras estratégias societárias, empresarias, contábeis e fiscais.

*Para que o registro do ágio na SANTANDER HOLDING fosse possível e válido, seria necessário que essa empresa tivesse adquirido do SANTANDER HISPANO um investimento cujo sobrepreço se justificasse na **expectativa de algum ganho futuro**. Como confessado pelo contribuinte, **essa expectativa da SANTANDER HOLDING nunca houve. O intuito da criação** dessa empresa brasileira foi apenas “**internalizar**” o ágio então efetivamente pago pelo SANTANDER HISPANO.*

*De toda sorte, ainda que admita o fundamento aventado pela recorrente, resta evidenciado que ele não tem cunho econômico, o que já afasta o ágio por completo do benefício fiscal previsto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, pois ele não pode ser enquadrado no conceito de rentabilidade futura do investimento que foi adquirido. Claro está que, **sob nenhuma ótica, a SANTANDER HOLDING adquiriu do SANTANDER HISPANO as ações do BANESPA com o intuito de auferir a rentabilidade futura daquele banco brasileiro, mas sim em decorrência de necessidades empresarias, societárias, contábeis e fiscais, não econômicas e intrínsecas ao negócio realizado.***

*Ressalta que **o próprio recorrente confessa que o investimento realizado na SANTANDER HOLDING pelo SANTANDER HISPANO na verdade nunca foi um investimento real, ele apenas operacionalizou o intuito do grupo SANTANDER de manter o sigilo da oferta feita no leilão do BANESPA, assegurou direito dos acionistas minoritários do banco brasileiro, aprimorou a sinergia administrativa do grupo econômico, e, em especial, assegurou o direito do grupo SANTANDER de amortizar o ágio pago pelo banco espanhol.***

*O artigo 386 do RIR/99 dispõe que o ágio criado com supedâneo na previsão de rentabilidade futura de uma empresa poderá gerar despesa dedutível na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. O propósito negocial que justifica a criação do ágio deve ser a previsão de ganho calculada pelo adquirente da participação societária. **O ágio importa a previsão de ganho futuro pelo adquirente, não um***

acerto contábil entre partes coligadas que visam gozar de forma incondicional de um benefício fiscal que não é devido.

Acrescenta que *não houve qualquer pagamento da SANTANDER HOLDING ao SANTANDER HISPANO. Não houve qualquer circulação de riquezas*, até porque as empresas brasileiras envolvidas nas operações societárias pertenciam ao grupo SANTANDER. Logo, *ao integralizar o aumento do capital da SANTANDER HOLDING com a cobrança do ágio, o grupo SANTANDER nada mais fez do que cobrar o ágio de si mesmo, o SANTANDER HISPANO cobrou o ágio de si mesmo. Não houve circulação de riquezas de fora para dentro, ou vice-versa.*

O pagamento foi meramente contábil, sem afetar *a saúde econômica do grupo SANTANDER*. Estando o SANTANDER HISPANO ocupando indiretamente as posições de adquirente e alienante, sem a intervenção de terceiros, inadmissível qualquer variação patrimonial entre os participantes. A operação não foi realizada em ambiente de livre iniciativa e os participantes *tinham inúmeros interesses especiais na realização do negócio.*

Da análise global da reorganização societária realizada, da visão do “filme como um todo”, nota-se que o único substrato econômico existente é aquele oriundo da amortização do ágio na conta de resultado do BANESPA após a incorporação. Em outros termos, após a incorporação, a única transferência de riquezas é aquela que se dá do Estado, o qual concede um benefício indevido, para o BANESPA, que reduz sua tributação de forma simulada.

Concluindo sua argumentação, a Fazenda Nacional ainda se reporta à Exposição de Motivos da Lei nº 9.532/97, para destacar que a elaboração dos artigos 7º e 8º procurou justamente impedir a criação do ágio artificial, ou seja, a realização de um negócio fictício exclusivamente para fazer surgir um benefício fiscal:

O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas utilizando dos já referidos “planejamentos tributários”, vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em visto o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo. (grifo da Fazenda Nacional)

Finaliza esta parte destacando que, *conforme ressaltado pelo lançamento, além de não ser dedutível nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, o ágio utilizado pelo recorrente não é passível de integrar a conta de resultado por nenhum outro dispositivo que autoriza a dedutibilidade de despesas na base de cálculo do IRPJ e da CSLL. A despesa amortizada pelo sujeito passivo na apuração de seu lucro líquido não se enquadra em nenhuma das hipóteses de dedutibilidade previstas pelos artigos 324 a 327 do RIR/99.*

Aborda, então, a *simulação cometida pelo contribuinte*, defendendo a aplicação da multa de ofício qualificada, na medida em que *o ágio foi criado artificialmente e com o único e evidente intuito de auferir um benefício fiscal indevido*.

A própria confissão do recorrente de que o ágio foi criado com objetivos alheios a efetiva aquisição de um investimento pela SANTANDER HOLDING, e o fato de que não houve qualquer dispêndio financeiro tornam incontestável o intuito doloso do BANESPA, juntamente com o seu grupo econômico, na criação de um ágio meramente contábil, que na realidade nunca existiu.

Entende patente a simulação pois, *quando da criação do ágio ora em discussão, evidenciam-se duas vontades do grupo SANTANDER, capitaneado pelo SANTANDER HISPANO:*

- a) uma vontade declarada – aquisição de um investimento com ágio pela SANTANDER HOLDING traduzido no valor de mercado das ações do BANESPA calculado na previsão de rentabilidade futura desse banco; e*
- b) uma vontade real – criação de um investimento artificial a fim de gerar um ágio que seria utilizado pelo BANESPA para reduzir a tributação a ser paga após a incorporação da SANTANDER HOLDING (“internalização” do ágio pago pelo SANTANDER HISPANO).*

Reporta-se ao artigo 167, § 1º, inciso II, do Código Civil Brasileiro, *in fine*, e reitera que, *como já ressaltado, em que pese o grupo SANTANDER ter elaborado laudo econômico a fim de embasar o ágio registrado na SANTANDER HOLDING, de acordo com suas próprias palavras ele confirma que, na realidade, esse ágio não decorreu da aquisição de um investimento pautado na sua rentabilidade futura. Mas acrescenta:*

Cabe ressaltar que a simulação cometida pelo BANESPA juntamente com o seu grupo econômico não envolve o leilão de privatização realizado pela União. Quanto a esta operação, todos os envolvidos no presente processo são unânimes em afirmar que o ágio lá pago existiu e é válido.

O que se discute na presente lide são os atos societários realizados após a aquisição do BANESPA pelo SANTANDER HISPANO. Após essa aquisição é que as empresas brasileiras do grupo SANTANDER, capitaneadas pelo banco espanhol, iniciaram uma série de operações societárias com o exclusivo intuito de “internalizar” o ágio pago no leilão pelo SANTANDER HISPANO, e, com isso, torná-lo dedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99.

Afirma que o evidente intuito doloso do BANESPA nos ilícitos tributários cometidos resta caracterizado pela tentativa forçada de se tentar deduzir a despesa com a amortização de um ágio que não é dedutível por sua natureza.

Assim, como o grupo SANTANDER sabia desde o início que o ágio pago pelo SANTANDER HISPANO pelas ações do BANESPA não poderia ter a despesa com a sua amortização deduzida nos termos do artigo 386 do RIR/99, ele tentou de forma simulada “internalizar” esse ágio, transferindo-o contabilmente a SANTANDER HOLDING, e, com isso, encaixá-lo no benefício fiscal.

O evidente intuito de fraude fica ainda mais claro quando se vê que, por meio de laudo de avaliação do BANESPA (fls. 74/83), elaborado posteriormente ao efetivo pagamento do ágio pelo SANTANDER HISPANO, o grupo SANTANDER procurou

efetivamente dar uma aparência de legalidade a uma operação não prevista na legislação.

[...]

Por certo, tal como confessado pelo recorrente, o propósito negocial à operação que deu ensejo ao ágio amortizado fora objetivos societários, empresariais, contábeis e fiscais.

Destaca que a utilização desse laudo elaborado pela KPMG torna inegável o evidente intuito doloso do contribuinte em fraudar a Fazenda Nacional por meio da amortização de um ágio fictício. Com a elaboração desse laudo, pretendeu o contribuinte ludibriar a Fazenda Nacional. Mas acrescenta que outros pontos importantes também atestam a conduta fraudulenta do contribuinte, reportando-se à engenharia societária adotada pelo Grupo e à utilização da SANTANDER HOLDING como empresa veículo, de curta duração, viabilizando aumento de capital que visou unicamente à criação artificial do ágio, sem natureza de investimento.

Com a seqüência de operações societárias realizadas, o BANESPA tornou certa uma rentabilidade futura e incerta, além de tê-la excluído da tributação do IRPJ e da CSLL.

Como conseqüência da incorporação, o BANESPA considerou perdido o lucro futuro e incerto que ele próprio poderia ter auferido, e, em razão da exclusão desse investimento nele mesmo, considerou que o artigo 386 do RIR/99 o permitiria deduzir a amortização desse ágio em sua conta de resultado.

A simulação prestou-se a dar substância econômica a um ágio inexistente de fato, evidenciando que sua criação não teve motivação econômica, mas sim exclusivamente tributária. Ou seja, havia motivo para a realização da simulação e o negócio jurídico realizado (aumento de capital decorrente de um investimento) não foi executado materialmente, contrariando os requisitos expressos em texto doutrinário que transcreve.

Caracterizada está a sonegação, dado que a conduta da contribuinte retardou parcialmente o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, e comprovada está a fraude correspondente à atitude dolosa do contribuinte em reduzir o montante do imposto devido, especialmente mediante uso de laudo que, sabidamente, não atestava o real propósito negocial da operação. Inegável também seria o conluio, uma vez que a reorganização societária envolveu todas as pessoas jurídicas que fazem/faziam parte do grupo SANTANDER. Não fosse o esforço conjunto de todas as empresas integrantes desse grupo, a simulação praticada não seria possível ser concretizada, consoante expressou a autoridade lançadora no trechos destacados do Termo de Verificação Fiscal.

Transcreve ementa dos acórdãos nº 101-96.724 e 103-23.290, a fim de demonstrar a pertinência do entendimento aqui expostos quanto à indedutibilidade do ágio criado de forma artificial e à fraude na simulação cometida.

Defende a imposição de multa de ofício ao recorrente na qualidade de sucessor, invocando doutrina que reconhece minoritária, no sentido de ser impossível aplicar o princípio da intransmissibilidade da pena às multas fiscais, na medida em que, diferentemente da lei penal, a punição prevista pela lei tributária onera o patrimônio do contribuinte, que é composto de todos os seus direitos e obrigações. Este patrimônio é transmitido, mediante a incorporação, fusão ou cisão, cabendo ao sucessor o ônus de responder por tais obrigações.

Cita julgados do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal, do antigo Tribunal Federal de Recursos e de outros Tribunais Federais, em favor de sua tese. Invoca, também, jurisprudência do CARF, que admite a sucessão da multa *nos casos em que a sucedida e a sucessora se submetiam, antes da sucessão, ao mesmo controle societário*, e acrescenta que a recorrente nada opôs a este *aspecto reforçado pela decisão de primeira instância*.

Manifesta-se, ainda, acerca da *impossibilidade de dedução da despesa com a amortização do ágio na base de cálculo da CSLL*, transcrevendo o disposto nos arts. 20, 25 e 33 do Decreto-lei nº 1.598/77 para afirmar que *a técnica para segregar na contabilidade o custo do investimento em duas contas distintas tem como fundamento a legislação fiscal*, e não decorre de *norma específica da contabilidade*.

Transcreve lições do Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações, destacando que *a Lei das Sociedades por Ações, na verdade, não abordou esse tratamento contábil especificamente; todavia, ele está de acordo com adequada técnica contábil e expresso ainda na legislação fiscal, por meio do art. 385 do RIR/99 e na Instrução CVM nº 247/96 (em seu art. 13)*. E, nos termos da legislação vigente, o ágio amortizado somente integra a apuração do IRPJ na hipótese do inciso III do art. 386 do RIR/99 ou em caso de alienação/liquidação do investimento.

Frisa que a dedução da despesa em debate somente encontra fundamento nos dispositivos antes referidos, e acrescenta que *se a finalidade da lei é permitir um controle contábil do ágio e da sua amortização, sem que tenha qualquer efeito fiscal até a alienação ou liquidação do investimento, não faz qualquer sentido neutralizar o ágio para fins de base de cálculo do IRPJ e na CSLL ser possível a dedução*. Observa que a CSLL não existia à época da edição do Decreto-lei nº 1.598/77, e que depois de sua criação o art. 57 da Lei nº 8.981/95 determinou que *aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei*, estando redigido no mesmo sentido o art. 75 da Instrução Normativa SRF nº 390/2004.

Com efeito, o legislador determinou, expressamente, que na apuração do montante devido a título de CSLL devem ser aplicadas as mesmas normas relativas ao IRPJ. Ora, é justamente na atividade de apuração que se encaixam as regras que disciplinam as provisões, despesas dedutíveis, adições, entre outros aspectos que devem ser considerados pelos contribuintes em seus registro contábeis.

Logo, *a autoridade administrativa, em nenhum momento, ampliou o conceito de base de cálculo que está previsto no caput do art. 2º da Lei nº 7.689, de 1988, qual seja: valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda*”, apenas apurando o resultado do exercício utilizando as regras de apuração aplicáveis ao IRPJ –seguindo a regra contida no art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995.

Defende, por fim, a necessidade de norma expressa a autorizar a dedução de uma despesa na base de cálculo da CSLL, na medida em que tal enseja *renúncia de receita do Estado*, e assim submete-se ao disposto no art. 111 do CTN. Cita, ainda, *reiterada jurisprudência do CARF, em casos análogos de amortização de ágio e tributação reflexa, que confirmam que a solução conferida ao lançamento principal aplica-se ao lançamento*

decorrente, dada a íntima relação de causa e efeito entre eles existente, de que são exemplos os acórdãos nºs 101-95141, 101-95469, 105-15822, 101-94136.

Por fim, declara devida a cobrança de juros sobre a multa de ofício, pois esta integra o crédito tributário e, a teor do art. 161 do CTN, deve sofrer a incidência de juros. E tal cálculo deve ter por base a taxa SELIC, pois a referência a *débitos decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal* não pode abranger apenas o principal, alcançando também a multa de ofício que, à semelhança daquele, possui prazo de vencimento. Cita doutrina e invoca o disposto no art. 2º, §2º da Lei nº 6.830/80, e no art. 39, §2º da Lei nº 4.320/64.

Requer, assim, que seja negado provimento ao recurso voluntário.

A exigência veiculada no processo administrativo nº 16561.000222/2008-72 foi desconstituída por meio do Acórdão nº 1402-00.802, exarado na sessão de julgamento de 21 de outubro de 2011, sob relatoria do Conselheiro Antonio Praga de Souza. A 2ª Turma da 4ª Câmara desta 1ª Seção acordou: *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.*

Transcreve-se, a seguir, a ementa daquele julgado:

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.

O voto vencedor do I. Conselheiro Antonio José Praga de Souza apresenta, ao final, síntese de suas conclusões, nos seguintes termos:

*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 1301-00.711 de 19/10/2011, supra transcritos, bem como as razões de mérito contidas nas declarações de voto que também compõe o presente 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.

Constam do acórdão declarações de voto nas quais:

- O I. Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira acolhe a preliminar de “preclusão” da possibilidade do Fisco questionar a formação do Ágio, mas adentra ao mérito para destacar que todos os

atos societários descritos no presente caso foram lícitos e em conformidade com os princípios contábeis geralmente aceitos, bem como atenderam às normas emitidas pelo Banco Central do Brasil, que sob a ótica estritamente fiscal, o valor utilizado para conferência das ações do Banespa na integralização do capital da Santander Holding está totalmente regular, que não foi feita qualquer prova pela Fiscalização de que o ágio integralizado pelo Santander Hispano englobaria algum valor correspondente ao fundo de comércio adquirido do Banespa, restando evidente que o valor do ágio decorrente da integralização do capital do Banespa na Santander Holding estava sim amparado no fundamento econômico da rentabilidade futura, e assim conclui pelo cancelamento da exigência fiscal;

- *O I. Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva observa que a causa do lançamento, em essência, não é a existência ou não do ágio decorrente deste ou daquele fundamento, tampouco a quantificação deste, mas sim o não preenchimento dos recorrente, para dedução do mesmo, expõe a definição e os requisitos legais para dedução do ágio, aborda os demais aspectos pertinentes ao julgamento e conclui que a participação do Banco Santander Hispano no leilão do Banespa deu-se alicerçada em duas causas: a) manter o sigilo do lance para vencer o leilão; b) adotar os procedimentos necessários para possibilitar a dedução do ágio. Todas as operações foram pensadas e estruturadas antes do leilão. Assim, não se pode admitir como necessárias as estratégias adotadas para manter o sigilo do lance, propiciando que a União recebesse pelo Banco três vezes mais do que o valor ofertado pelo segundo concorrente e desconsiderar a parte da estrutura representada pelo ato de integralização de capital na empresa Santander Holding Ltda como se isto fosse uma fraude, negócio ilícito ou ineficaz para fins de amortização do ágio. Na realidade, a integralização do capital social na Santander Holding Ltda antes de ser entendido como ato ineficaz deve ser compreendido como o ato necessário para que dedução do ágio decorrente do valor pago pelas ações do Banespa, também votando por dar provimento ao recurso voluntário.*

A decisão em tela foi objeto de embargos de declaração opostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional em 08/02/2012, pleiteando que fosse *esclarecida a obscuridade apontada, concernente no fundamento apresentado no r. voto condutor do acórdão, de que a fiscalização da Receita Federal do Brasil não teria atinado com a “verdadeira substância da operação”, a qual, infere-se, teria observado os requisitos para a amortização do ágio.* Isto porque:

Dentre os argumentos apresentados pela fiscalização para a glosa do ágio registrado pelo ora embargado, está o de que esse valor, efetivamente pago por empresa sediada na Espanha (Santander Hispano) ao então proprietário das ações do Banespa, não poderia ser transferido para a empresa do grupo no Brasil (o Santander Holding), justamente em decorrência da sua contabilização prévia na empresa espanhola.

Entende-se desse argumento da fiscalização que a sociedade que verdadeiramente pagou o ágio (sediada na Espanha) não o registrou com base em valor de rentabilidade futura da controlada e não apresentou laudo que justificasse o pagamento da mais valia, simplesmente porque não estava obrigada ao cumprimento da lei brasileira, mas da lei espanhola.

Infere-se, portanto, que se a sociedade que verdadeiramente pagou o ágio não poderia amortizá-lo no Brasil (eis que não cumpriu com as condições para a amortização previstas na lei de regência), a possibilidade de amortização está bloqueada na origem, e esse óbice não poderia ser suplantado com a “transferência” do ágio a empresa brasileira, mediante operações sem substância econômica (com utilização de empresas-veículo e laudos não contemporâneos à operação de compra do Banespa, como ocorrido no caso concreto)¹ [Registre-se que o CARF possui jurisprudência nesse sentido, Trata-se do acórdão n.º 105-17.219, de interesse do contribuinte Ficap S/A, cuja ementa é a seguinte: “ÁGIO NA INCORPORAÇÃO – Não demonstrado o pagamento de ágio, não há de se falar em aproveitamento do mesmo pela incorporadora”.]

Em suma, a fiscalização afirmou que, apesar de ter ocorrido o pagamento de ágio na aquisição das ações do Banespa, não foi cumprido o requisito previsto no art. 20, §2º, alínea “b” do Decreto-Lei 1598/77, porque a pessoa jurídica que verdadeiramente adquiriu o investimento não indicou, por fundamento econômico do ágio, o valor de rentabilidade da controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros. As operações posteriores à aquisição do Banespa (transferência da participação para o Santander Holding e posterior incorporação) não possuem o condão de suprir essa ausência de requisitos, porque são operações sem substância econômica.

Os embargos foram rejeitados em despacho da Presidente da 2ª Turma da 2ª Câmara desta 1ª Seção, acolhendo os fundamentos expostos pelo I. Conselheiro Relator Antonio José Praga de Souza, que assim argumentou:

- Reportou-se ao art. 29 do Decreto nº 70.235/72 e ao art. 50 da Lei nº 9.784/99 para firmar que *a decisão ora guerreada decorreu da livre e plena convicção da Turma Julgadora diante dos fatos incontestes e provas trazidas aos autos.*
- *Todos os pontos apontados pela douta PFN foram abordados nos votos integrantes do acórdão, sendo que a decisão de mérito se deu nos termos do voto condutor que adotou como razões adicionais de decidir as declarações de voto ali contidas.*
- O ponto cuja apreciação se reputa obscura foi tratado às fls. 60/67 do voto condutor do acórdão, bem como nas conclusões antes reproduzidas, destacando do voto os seguintes trechos:

Equivoca-se o Fisco ao argumentar que o ágio amortizado não corresponde ao que foi pago pelo Santander Hispano na aquisição do Banespa, em face de a participação acionaria 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:

[...]

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.

[...]

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.

[...]

Na situação versada nos autos, a efetividade dos desembolsos de recursos por parte do Banco Santander Hispano é inconteste. 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. (destaques do original)

- A questão também foi objeto de análise às fls. 115/125 da declaração de voto do Conselheiro Moisés Giacomelli, da qual destacou as conclusões antes reproduzidas e os seguintes excertos:

A tese que advoga que deve ser desconsiderado o evento jurídico em que se deu a integralização de capital na empresa Santander Holding, com as ações do Banespa, conflita com o entendimento de que não se pode dizer que a empresa Santander Holding Ltda, por ser subsidiária de empresa estrangeira não pode ser considerada contribuinte para fins de amortização do ágio, mas que possui legitimidade passiva para adimplir os tributos exigidos. No caso concreto, ou se avaliam os atos em seu conjunto, como se sendo lances de uma mesma partida, conforme especificado no item 7 deste voto e se reconhece sua existência, ou se avaliam os eventos de forma individualizada e também se admite a amortização do ágio. O que não pode existir é, na avaliação do mesmo negócio jurídico (a aquisição das ações do Banespa), adotar parâmetros de avaliação divergentes.

[...]

Ninguém, de forma razoável, deixaria de presumir de que o ágio seria amortizado. Daí a observação de que tanto os procedimentos realizados para manter o sigilo, quanto os relacionados à amortização do ágio, devem ser vistos de forma indissociável, voltados a dois fins lícitos, quais sejam: a) vencer o leilão; b) amortizar o ágio. Aqui, diferentemente do que se verifica em certos planejamentos, tem-se meios lícitos para fins lícitos, ao passo que em outros se verificam meios lícitos para fins ilícitos.

Em 05/03/2012 os autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72 foram encaminhados para intimação de *um dos Procuradores da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho, da decisão consubstanciada no despacho de admissibilidade dos embargos, nos termos do art. 81, § 3º, do anexo II, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009.*

Constava do *E-processo* que os autos daquele processo administrativo foram devolvidos ao SECOJ/SECEX/CARF/MF em 21/03/2012, e posteriormente encaminhados à Secretaria da 4ª Câmara desta 1ª Seção, para admissibilidade de eventual recurso especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

Às fls. 1769/1772 destes autos está juntada petição apresentada por Banco Santander (Brasil) S/A em 31/10/2011, requerendo a distribuição deste processo, por conexão, ao Conselheiro Antonio José Praga de Souza, bem como despacho de indeferimento exarado pelo Presidente desta 1ª Seção em 03/11/2011, por não vislumbrar a ocorrência de conexão, e também porque estes autos já haviam sido distribuídos a esta Conselheira.

Em 31/05/2012 a Procuradoria da Fazenda Nacional requereu a juntada a estes autos de documento, bem como a conversão do julgamento em diligência (fls. 1773/1785), assim expondo:

Como registrado nas contrarrazões (p. 40-50), um dos fundamentos da autuação consubstancia-se na “ausência do encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem”. No Termo de Verificação Fiscal (fls. 382-402), foi apontado que o ágio pago pelo SANTANDER HISPANO na aquisição das participações societárias no BANESPA permaneceu por via indireta no patrimônio do banco espanhol, mesmo após a sua “internalização” no Brasil através da SANTANDER HOLDING. Logo, no caso concreto, não foi caracterizada uma das condições legais para a amortização do ágio (i.e., a “confusão patrimonial”), pois não houve o encontro entre o ágio e o patrimônio que lhe deu causa.

Por outras palavras, considerando que o ágio na aquisição do BANESPA foi efetivamente pago pelo SANTANDER HISPANO, a fruição do benefício previsto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 estaria condicionada ao encontro dos patrimônios do BANESPA e do SANTANDER HISPANO mediante incorporação, fusão ou cisão, o que impossibilitaria a recuperação do ágio por intermédio da alienação do investimento.

Entretanto, essa situação não ocorreu no caso, tendo em vista que o ágio permaneceu no patrimônio do SANTANDER HISPANO, mesmo após a reorganização societária do grupo no Brasil.

Para corroborar essa assertiva, vale trazer aos autos o relatório de interesse do SANTANDER HISPANO, encaminhado à SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION dos EUA (cópia anexa).

Trata-se de documento oficial, de livre acesso na internet, disponibilizado no site [http://www.wikininvest.com/stock/Banco_Santander\(SANMC\)/Filing/20-F/2005/F5503404](http://www.wikininvest.com/stock/Banco_Santander(SANMC)/Filing/20-F/2005/F5503404).

Na passagem a seguir do relatório, constata-se que o ágio pago na aquisição do BANESPA não apenas permaneceu na Espanha, como ainda foi devidamente amortizado pelo SANTANDER HISPANO (p. 65):

“The book value of goodwill is stated at cost less accumulated amortization. We amortize goodwill on a straight-line basis over the period in which we estimate the investment would be recovered (maximum 20 years). Nevertheless, if management

estimates that the investment may not be recovered during the foreseen period, goodwill is amortized on an accelerated basis, recognizing an impairment loss in that year. **In 2002 and 2003, goodwill from our investment in Banespa of €400.6 million and €1,703.8 million, respectively, was amortized on an accelerated basis.**" (*grifamos*)

Como se verifica no trecho em destaque, no ano de 2002, o ágio na BANESPA foi amortizado pelo SANTANDER HISPANO na soma de 400,6 milhões de euros, que se aproxima do valor de R\$ 1,492 bilhão amortizado no Brasil — conforme o TVF do processo nº 16561.000222/2008-72 (euro = R\$ 3,80 no final de 2002).

Em 2003, houve a amortização de 1,7 bilhão de euros no SANTANDER HISPANO. O valor amortizado corresponde a R\$ 6,12 bilhões. Ou seja, segundo o relatório, o Santander fez na Espanha uma amortização acelerada do ágio, o qual foi totalmente amortizado em 2003. No Brasil, foram amortizados R\$ 895 milhões em 2003. equivalentes a 249 milhões de euros (euro = R\$ 3,60 no fim de 2003).

Por outro lado, o exame preliminar da legislação fiscal espanhola indica que essa amortização contábil é dedutível do imposto de renda do SANTANDER HISPANO:

Ley del Impueslo de Sociedades (Ley 43/1995. de 27 de diciembre)

Título IV - La base imponible

Artículo 11.

Correcciones de valor: amortizaciones.

4. Las dotaciones para la amortización del fondo de comercio serán deducibles con el limite anual máximo de la décima parte de su importe, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que el fondo de comercio se llaya puesto de manifiesto en virtud de una adquisición a título oneroso.
- b) Que la entidad adquirente no se encuentre, respecto de la persona o entidad transmitente, en alguno de los casos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio. A estos efectos, se entenderá que los casos del artículo 42 del Código de Comercio son los contemplados en la sección 1ª del capítulo 1 de las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas, aprobadas por el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre. El requisito previsto en esta letra no se aplicará respecto del precio de adquisición del fondo de comercio satisfecho por la persona o entidad transmitente cuando lo hubiere adquirido de personas o entidades no vinculadas.

Las dotaciones para la amortización del fondo de comercio que no cumpla los requisitos previstos en las letras a) y b) anteriores serán deducibles si se prueba que respondeu a una depreciación irreversible del mismo.

É possível, portanto, que o ágio pago na aquisição do BANESPA tenha sido amortizado em duplicidade, tanto na Espanha quanto no Brasil, em manifesta violação ao escopo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

*Aliás, ainda que a legislação espanhola não autorize a amortização fiscal do ágio, a eventual amortização contábil no SANTANDER HISPANO, por si só, **comprova que o ativo permaneceu na Espanha e, por consequência, infirma a tese da "internalização" ou transferencia do ágio para o Brasil.***

Por essas razões, a conversão do feito em diligência é medida salutar à adequada solução da lide, para possibilitar que o conteúdo do relatório seja esclarecido pelo contribuinte e pela fiscalização. Afinal, se comprovada, a amortização do ágio na Espanha teria forte repercussão no julgamento do mérito do processo, dado que

atestaria a permanência do ativo no patrimônio do SANTANDER HISPANO e afastaria a tese da transferência do ágio para a SANTANDER HOLDING.

Em face do exposto, a União (Fazenda Nacional) requer (i) a juntada do documento anexo, considerando a sua pertinência à acusação fiscal e a sua relevância para a formação do convencimento dos Conselheiros, e (ii) a conversão do julgamento em diligência, com a finalidade de elucidar o conteúdo do relatório apresentado pelo SANTANDER HISPANO à SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. (destaques do original)

Na sessão de julgamento de 12/06/2012, após a leitura do relatório deste processo, com fundamento no art. 56 do Anexo II do RICARF, o Presidente da Turma determinou a retirada do processo de pauta para ciência à recorrente e aos demais Conselheiros dos documentos apresentados pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

Às fls. 1786/1797 está juntada manifestação da autuada, acompanhada de documentos de fls. 1798/1811, datada de 19/07/2012, na qual classifica de *protelatória* a intervenção da Fazenda Nacional, bem como *intempestivos, inverídicos e incorretos* os argumentos por ela trazidos.

Inicialmente invoca a preclusão, e conseqüente *impossibilidade de inovação do critério jurídico do lançamento*, recordando a *fundamentação adotada pela Fiscalização para a lavratura dos autos de infração* e destacando que a *Fiscalização, expressamente, reconhece “o encontro do ágio pago com o patrimônio que lhe deu causa”, embora entenda que este seria um “ágio de si mesmo”, supostamente não passível de amortização fiscal*”. Assim, não poderia a Fazenda Nacional, agora, questionar a *efetiva ocorrência do encontro entre o ágio e o patrimônio que o originou*.

Acrescenta que a PGFN *lança suposição absolutamente desprovida de veracidade*, acerca da qual *sequer tem segurança*, destacando que tal *argumentação (desprovida de provas)* não foi levantada até o presente momento, agora se mostrando intempestiva. Conclui, assim, ter ocorrido a preclusão por não ter o Sr. *Agente Fiscal aduzido nos autos de infração: (i) a suposta permanência do ágio no patrimônio do Santander Hispano; (ii) a suposta ausência do encontro do ágio com o investimento que lhe deu origem num mesmo patrimônio e (iii) o suposto aproveitamento fiscal do ágio em duplicidade na Espanha (argumentos contidos apenas na petição protocolada em 31/05/2012)*.

De toda sorte, destaca o erro *GRAVE e GROSSEIRO cometido ao pretender utilizar os dados constantes do “Formulário 20-F”, apresentado à SEC, para fins de “possível” comprovação da amortização do ágio em questão pela sociedade espanhola*. Esclarecendo que o “Formulário 20-F” deve ser apresentado à SEC (agência federal que regula e fiscaliza o mercado de capitais nos Estados Unidos) por qualquer companhia estrangeira que tenha ações listadas em bolsa nos Estados Unidos, para fins de comparação, pelos investidores, com as demonstrações da companhias americanas, observa que as informações ali constantes representam o consolidado de todo o Grupo empresarial, e assim *faz prova contra a própria PGFN*, pois evidencia o registro de um único ágio, aproveitado fiscalmente uma única vez.

Aduz que *se existissem DOIS ÁGIOS sendo aproveitados o balanço CONSOLIDADO contemplaria DUAS VEZES o referido ágio*. E complementa que as informações apresentadas no formulário referido não têm qualquer utilidade para fins fiscais, sequer perante o Governo Espanhol; que a PGFN não teve o *cuidado de evitar contradições primárias nas suas próprias argumentações*; que o formulário referido menciona a

amortização de ágios decorrentes de investimentos na Colômbia, Venezuela e Argentina; que a PGFN tratou as informações como se fossem de um balanço individual.

Observa, ainda, que o registro do investimento adquirido na Espanha é distinto do estabelecido na legislação brasileira, pois lá adota-se o registro do custo de aquisição sem desmembramento do ágio, inexistindo ágio a ser contabilizado. Como *inequívoca prova documental da inexistência de registro do ágio no ativo do Santander Hispano junta declaração do Sr. José Manuel Tejón Borrajo, responsável pela contabilidade do Banco, atestando que não houve registro de ágio nas demonstrações financeiras individuais desta instituição financeira Espanhola, nos anos de 2001 a 2003 e tampouco a sua amortização na Espanha.* No mesmo sentido é a declaração da empresa responsável pela auditoria daquelas demonstrações financeiras.

Por fim, diz que o artigo 11.4 da *Ley del Impuesto de Sociedades*, invocado pela Fazenda Nacional, *estabelece a possibilidade de dedução fiscal do “fundo de comércio” apenas no caso em que ocorra a aquisição de “negócio” [compra de um conjunto de ativos e passivos] e não de uma participação societária.* De toda sorte, mesmo que a amortização fiscal tivesse ocorrido na Espanha, isto seria irrelevante, pois a lei brasileira não estabelece qualquer restrição decorrente de eventual regime fiscal aplicado à controladora não residente no Brasil, e ademais *Espanha e Brasil possuem soberanias independentes, podendo estabelecer as regras fiscais que entenderem mais adequadas.*

Reproduz o contexto fático abordado em seu recurso voluntário, e assevera inexistir, *na legislação fiscal brasileira, nenhuma vedação à dedução fiscal do ágio pago no Brasil para as hipóteses em que o controlador estrangeiro também possa ter algum tipo de benefício fiscal estabelecido no seu país de origem.* No mais, opõe-se à violação ao escopo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, apontado pela PGFN, na medida em que *a finalidade desse dispositivo legal foi estimular o processo de privatizações e oferecer condições para aumentar o preço pago pelos adquirentes à União.*

Pede, assim, que a petição da PGFN não seja acolhida, porque intempestiva, ou, então, que o pedido de diligência seja indeferido.

Cientificada, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou a petição de fls. 1814/1818, datada de 03/08/2012, na qual diz que a recorrente *busca obstar o livre convencimento dos Conselheiros que compõem esta eg. Turma, passando a refutá-las, de modo técnico e sereno, sem hostilidades e com o respeito que esse Conselho merece.*

Destaca que *a fiscalização elencou como um dos fundamentos para a lavratura do auto de infração a irregularidade consistente no aproveitamento, pela empresa brasileira, de ágio que havia sido pago e contabilizado pela empresa espanhola. Inclusive, afirmou-se, com todas as letras, que a amortização decorreria de “suposta” transferência do ágio, pela empresa espanhola, para a brasileira, conforme excerto do Termo de Verificação Fiscal que transcreve.*

Nega, assim, qualquer tentativa de inovação nem intuito protelatório por parte da União, asseverando que *o documento mostra exatamente a contabilização, na Espanha, do ágio “supostamente” (palavras da fiscalização) transferido para a empresa brasileira.*

Assevera que o documento “FORM 20F” não faz referência a balanço consolidado do grupo Santander, mas apresenta informações do Banco Santander Central Hispano S/A, e acrescenta que o contribuinte apresenta declarações dos diretores do Banco Santander Hispano, os quais corroboram a informação de que o Banco Santander Hispano registrou em sua contabilidade o investimento em Banco Santander Brasil pelo valor correspondente ao ágio pago pela aquisição do Banco Banespa.

Aduz, ainda, que a declaração do diretor do Santander Hispano não resolve todas as dúvidas e nem infirma o documento “20 F”, porque, mesmo que se admita que o contribuinte não registrou o investimento como “fundo de comércio”, isso não quer dizer que não teria havido amortização ou aproveitamento da quantia pela empresa espanhola a outro título. Entende, assim, que somente com a análise da contabilidade do Banco Santander Hispano seria possível concluir pela inexistência de efeitos contábeis ou fiscais da amortização informada no documento “20 F”.

Voto Vencido

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Inicialmente cumpre apreciar a arguição de nulidade da decisão recorrida, fundamentada, basicamente, em inovações promovidas pela Turma Julgadora de 1ª instância, especialmente no que tange: 1) às referências ao incorreto valor atribuído às ações do Banespa, pelo Santander Hispano, no aumento do capital social da Santander Holding, de modo a *transferir não o valor real das ações, mas sim “o registro de investimento” no Banespa*, enquanto a Fiscalização reputou as operações individualmente lícitas; 2) à caracterização das operações como “planejamento”; e 3) às referências à operação como *ágio de si mesmo*.

Nos termos do art. 29 do Decreto nº 70.235/72, *na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias*. Assim, a autoridade julgadora de 1ª instância 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, com evidente cerceamento ao direito de defesa do autuado, vedado pelo art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

E, na decisão recorrida, as referências ao incorreto valor atribuído às ações do Banespa, pelo Santander Hispano, ao aumentar o capital social da Santander Holding, surgem como resposta às alegações da impugnante de que *a interpretação da fiscalização estaria equivocada, pois uma coisa seria o pagamento efetuado pelo SANTANDER HISPANO quando do leilão, que teve um ágio negocial e eventuais implicações para a referida instituição no seu país de domicílio; e outra coisa seria o ágio gerado em território nacional, por intermédio de uma operação societária de integralização de capital com aquisição de participação societária*. Neste contexto, depois de fazer o adendo questionado pela recorrente, a autoridade julgadora concluiu que os argumentos da impugnante não desconstituem a motivação fiscal: *o aumento do capital social da SANTANDER HOLDING foi feito pela conferência à sociedade das ações do BANESPA adquiridas pelo SANTANDER HISPANO, sendo que dessa operação de conferência de ações não decorreu qualquer ágio. De fato, o único ágio efetivamente existente nas operações ora em análise foi aquele originário da aquisição de ações do BANESPA por parte do SANTANDER HISPANO*.

Assim, não há inovação que possa invalidar a decisão recorrida. A conclusão da autoridade julgadora é a mesma da Fiscalização: o ágio somente se verificou na aquisição original do Banespa pelo Santander Hispano, pois a conferência das ações do Banespa à Santander Holding não é hábil à geração de novo ágio.

Quanto à caracterização das operações como planejamento tributário e as referências à existência de ágio de si mesmo, tratam-se de abordagens recorrentes na doutrina, quando analisadas operações de reorganização societária. E o caso, ante a criação da Santander Holding, e de sua incorporação pelo Banespa, necessariamente exige a confrontação com as premissas da doutrina para definição do que seriam operações regulares. Assim, na medida em que a impugnante defendia esta licitude, validamente a autoridade julgadora fez as citações

questionadas para refutá-las, mas sem afastar-se da motivação fiscal, de que não houve ágio na criação da Santander Holding, e que, de toda sorte, o ágio pago pelo Santander Hispano na aquisição do Banespa não teria fundamentação, exclusivamente, em rentabilidade futura.

Por estas razões, o presente voto é no sentido de REJEITAR a arguição de nulidade da decisão recorrida.

A recorrente também arguiu a nulidade do lançamento, em razão da incompetência da autoridade lançadora.

Neste ponto, a decisão recorrida aborda com profundidade a questão:

1. Da competência da Demac para o lançamento efetuado

A impugnante alega que: (i) a Demac/SP não seria competente para fiscalizar a empresa no que toca à amortização de ágio; (ii) a Deain/SP não possuiria competência para verificar dedutibilidade de ágio em território nacional; e (iii) sendo instituição financeira, estaria sujeita à fiscalização pela Deinf/SP; razões pelas quais seria nula a autuação.

Inicialmente, é importante fazer uma breve preleção sobre a questão da competência para efetuar o lançamento.

Hely Lopes Meirelles, em sua obra “Direito Administrativo Brasileiro”, (23ª ed., pág.65, São Paulo, Malheiros Editores, 1998) nos ensina que a Administração Pública é “todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas”, e atua “por intermédio de suas entidades (pessoas jurídicas), de seus órgãos (centros de decisão), e de seus agentes (pessoas físicas investidas em cargos e funções)”.

Cada órgão, como centro de competência governamental ou administrativa, tem necessariamente funções, cargos e agentes. A competência de que cada órgão é investido é redistribuída entre os seus cargos, com a correspondente parcela de poder necessária ao exercício funcional de seus agentes.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil é um órgão específico, singular, subordinado ao Ministério da Fazenda, responsável pela administração dos tributos de competência da União, inclusive os previdenciários, e aqueles incidentes sobre o comércio exterior.

Nos termos do art.14 do Anexo I do Decreto nº 7.050/2009, vigente à época do lançamento, compete à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) executar o lançamento dos tributos e contribuições e demais receitas da União, sob sua administração. Atualmente, vigora o Decreto nº7.301/2010, que manteve a mesma atribuição à RFB.

O art.6º da Lei nº 10.593/2002, com a redação dada pela Lei nº 11.457/2007, define que a constituição do crédito tributário mediante lançamento é atribuição privativa dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil:

Art. 6º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil:

I - no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil e em caráter privativo:

a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário e de contribuições;

Diante dos dispositivos mencionados, conclui-se que a autoridade competente para efetuar o lançamento do crédito tributário é o Auditor-Fiscal da Receita Federal do

Naturalmente, os auditores estão distribuídos espacialmente por todo o território nacional, lotados nas diversas unidades administrativas da Secretaria da Receita Federal do Brasil, surgindo assim a questão da fixação dos limites dentro dos quais será exercida a competência de cada uma para efetuar o lançamento.

A RFB utiliza-se de diferentes critérios para efetuar a distribuição da competência entre suas unidades: domicílio tributário, natureza da relação jurídico-tributária e qualidade dos contribuintes.

A competência territorial leva em consideração o domicílio tributário do contribuinte. A competência material adota como critério o conteúdo da relação jurídico-tributária. A competência subjetiva utiliza o critério da qualidade do contribuinte.

No caso, o lançamento foi efetuado pela Delegacia Especial de Maiores Contribuintes em São Paulo – Demac/SP. Essa delegacia originou-se da Delegacia Especial de Assuntos Internacionais em São Paulo – Deain/SP, de acordo com a Portaria RFB nº 547, de 09/04/2010, permanecendo válidos os atos emitidos pelas autoridades outorgantes da unidade transformada, segundo dispõem os artigos 2º e 3º da referida portaria:

Art. 2º Transformar a Delegacia Especial de Assuntos Internacionais (Deain) em São Paulo (SP) em Delegacia Especial de Maiores Contribuintes (Demac) em São Paulo (SP).

Art. 3º Os Mandados de Procedimentos Fiscais (MPF) e as Requisições de Informação sobre a Movimentação Financeira (RMF), emitidos pelas autoridades outorgantes das unidades que estão sendo transformadas, permanecem válidos até a sua conclusão e passam a ser alterados e prorrogados pelas autoridades outorgantes da unidade resultante da transformação.

Destaque-se que a contribuinte foi cientificada dessa transformação no Termo de Intimação nº 11 (fls.34-35).

O Anexo I da Portaria RFB nº 10.166/2007 dispõe sobre a jurisdição da Deinf e da então Deain:

Anexo I

*Jurisdição das Delegacias da Receita Federal do Brasil – DRF
quanto aos tributos e contribuições administrados pela RFB,
excetuando-se os relativos ao comércio exterior.*

<i>Deinf - São Paulo (SP)</i>	<i>Estado de São Paulo</i>	<i>SP</i>
<i>Deain - São Paulo (SP)</i>	<i>Estado de São Paulo</i>	<i>SP</i>

Assim, a competência territorial das duas delegacias é a mesma.

No anexo V da mesma Portaria RFB nº 10.166/2007, alterado pela Portaria RFB nº 2.143/2008, consta ainda a jurisdição da Deinf por tipo de atividade exercida pelos contribuintes, na qual se incluem os bancos múltiplos, caso do BANESPA e da impugnante.

No Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria MF nº 95, de 30/04/2007, a competência da Deinf baseia-se no critério da qualidade do contribuinte, e também nas atividades por ele desenvolvidas:

Art. 169. Às Delegacias Especiais de Instituições Financeiras - Deinf, quanto aos tributos e contribuições administrados pela RFB, excetuando-se os relativos ao comércio exterior, compete, no âmbito da respectiva jurisdição, desenvolver as atividades de controle e auditoria dos serviços prestados por agente

arrecadador e ainda, em relação aos contribuintes definidos por ato do Secretário da Receita Federal do Brasil, desenvolver as atividades de tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e atendimento ao contribuinte, as atividades de tecnologia e segurança da informação, de programação e logística e de gestão de pessoas e, especificamente: (Redação dada a partir de 2 de janeiro de 2008 pela Portaria MF nº 23, de 30 de janeiro de 2008)

(...)

III - processar lançamentos de ofício, imposição de multas e outras penas aplicáveis às infrações à legislação tributária, e as correspondentes representações fiscais; (*Renumerado a partir de 2 de janeiro de 2008 pela Portaria MF nº 23, de 30 de janeiro de 2008*)

O mesmo regimento utiliza o critério da matéria para delimitar a competência da Deain:

Art. 170. À Delegacia Especial de Assuntos Internacionais - Deain compete, no âmbito da respectiva jurisdição, desenvolver as atividades de fiscalização concernentes às operações de preços de transferência entre pessoas vinculadas, tributação em bases universais, valoração aduaneira, movimentação de recursos no exterior, **operações de remessas internacionais** consubstanciadas em operações de câmbio e de transferências internacionais em moeda nacional, e as atividades de gestão de pessoas, tecnologia e segurança da informação, programação e logística, comunicação social e, especificamente: (*destacou-se*)

I - processar lançamentos de ofício, imposição de multas e outras penas aplicáveis às infrações à legislação tributária, e as correspondentes representações fiscais;

Note-se, porém, que ambas as delegacias possuem competência para executar lançamentos de ofício e imposição de multas sobre quaisquer infrações à legislação tributária, conforme previsto no inciso III do art.169 e no inciso I do art.170, visto que tais dispositivos não restringem essa competência para o lançamento a determinada matéria.

Destaque-se que a Portaria MF nº 125, de 04/03/2009, que revogou a Portaria MF nº 95/2007, manteve em seus art.207 e 208 as mesmas disposições:

Art. 207. À Delegacia Especial de Instituições Financeiras - Deinf, quanto aos tributos e contribuições administrados pela RFB, inclusive os destinados a outras entidades e fundos, excetuando-se os relativos ao comércio exterior, competem, no âmbito da respectiva jurisdição, desenvolver as atividades de controle e auditoria dos serviços prestados por agente arrecadador e ainda, em relação aos contribuintes definidos por ato do Secretário da Receita Federal do Brasil, desenvolver as atividades de tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e atendimento ao contribuinte, tecnologia e segurança da informação, programação e logística e gestão de pessoas, e, especificamente: (Redação dada pela Portaria MF nº 206, de 3 de março de 2010) (Vide Art. 6º da P MF 206/2010)

(...)

III - processar lançamentos de ofício, imposição de multas e outras penas aplicáveis às infrações à legislação tributária, e as correspondentes representações fiscais;

Art. 208. À Delegacia Especial de Assuntos Internacionais - Deain compete, no âmbito de sua jurisdição e **de forma concorrente em todo território nacional**, desenvolver as atividades de fiscalização e as concernentes às operações de **preços de transferência entre pessoas vinculadas**, tributação em bases

universais, valoração aduaneira, movimentação de recursos no exterior, **operações de remessas internacionais** consubstanciadas em operações de câmbio e de transferências internacionais em moeda nacional, e demais **transações de conexão com o exterior com impacto tributário**, e as atividades de gestão de pessoas, tecnologia e segurança da informação, programação e logística, comunicação social e, especificamente: *(destacou-se)*

I - processar lançamentos de ofício, imposição de multas e outras penas aplicáveis às infrações à legislação tributária, e as correspondentes representações fiscais:

(...)

Em virtude da mencionada transformação da Deain/SP em Demac/SP, a Portaria MF nº 206, de 03/03/2010 revogou o art.208 da Portaria MF 125/2009, acrescentando o art.208-A, a seguir:

Art. 208-A. Às Delegacias Especiais de Maiores Contribuintes Demac competem, no âmbito de sua jurisdição e de forma concorrente em todo território nacional, em relação aos contribuintes de relevante interesse definidos por ato do Secretário da Receita Federal do Brasil e aos demais contribuintes pertencentes ao mesmo grupo econômico ou a eles relacionados, quanto aos tributos e contribuições administrados pela RFB, inclusive os destinados a outras entidades e fundos, desenvolver as atividades de acompanhamento e monitoramento de planejamento tributário e de fiscalização e ainda, desenvolver as atividades de tecnologia e segurança da informação, de programação e logística e de gestão de pessoas e, especificamente:

I - processar lançamentos de ofício, imposição de multas e outras penas aplicáveis às infrações à legislação tributária, e as correspondentes representações fiscais;

(...)

§ 1º Às Demac compete, ainda, de forma concorrente em todo território nacional, desenvolver as atividades de fiscalização concernentes às operações de preços de transferência entre pessoas vinculadas, tributação em bases universais, valoração aduaneira, movimentação de recursos no exterior, **operações de remessas internacionais** consubstanciadas em operações de câmbio e de transferências internacionais em moeda nacional, e demais **transações de conexão com o exterior com impacto tributário**.*(destacou-se)*

Do exposto, conclui-se que:

- *a competência territorial da Deinf/SP e da Deain/SP (atual Demac/SP) é a mesma, qual seja, a do Estado de São Paulo;*
- *a atividade de banco múltiplo, exercida pelo BANESPA e pela impugnante, inclui-se entre aquelas atividades passíveis de fiscalização pela Deinf;*
- *à Deain competia, no âmbito de sua jurisdição, e de forma concorrente em todo território nacional, desenvolver as atividades de fiscalização e as concernentes às operações de preços de transferência entre pessoas vinculadas, tributação em bases universais, valoração aduaneira, movimentação de recursos no exterior, **operações de remessas internacionais** consubstanciadas em operações de câmbio e de transferências internacionais em moeda nacional, e demais **transações de conexão com o exterior com impacto tributário**;*
- *a Demac tem competência material para desenvolver as atividades de **fiscalização** concernentes às operações de preços de transferência entre*

pessoas vinculadas, tributação em bases universais, valoração aduaneira, movimentação de recursos no exterior, operações de remessas internacionais consubstanciadas em operações de câmbio e de transferências internacionais em moeda nacional, e demais transações de conexão com o exterior com impacto tributário;

- *tanto a Demac (anteriormente Deain) como a Deinf possuem competência para processar quaisquer lançamentos de ofício e imposição de multas aplicáveis às infrações à legislação tributária.*

Cabe ressaltar que a competência subjetiva da Deinf não exclui a competência da Demac para efetuar lançamento de ofício na impugnante, pois das atribuições da Demac não foram excetuados os contribuintes que desenvolvem as atividades discriminadas no Anexo V da Portaria RFB nº 10.166/2007. Como estabelecido nos dispositivos referidos, trata-se de competência concorrente da Demac.

Em relação à notificação de fls.615 da Deinf/SP recebida pela impugnante, trata-se de notificação dando ciência de que a empresa terá seus níveis de arrecadação de tributos federais acompanhados pela RFB, sem relação com a fiscalização da matéria que deu origem aos autos de infração ora analisados.

Conforme o Termo de Verificação Fiscal (fls.377), no curso do procedimento fiscal, a Deain apurou violação de dispositivos da legislação de tributação em bases universais, sendo os respectivos autos de infração formalizados no processo 16643.000055/2010-74.

Prosseguindo-se a ação fiscal, a Deain, analisando a operação de remessa internacional do SANTANDER HISPANO para pagamento de ações do BANESPA, apurou redução do lucro real e da base de cálculo da CSLL do BANESPA em razão de dedução indevida de encargos de amortização de ágio. O grupo SANTANDER tentou transferir para o Brasil o ágio pago pelo SANTANDER HISPANO na aquisição do BANESPA, em desacordo com a legislação tributária brasileira. Em razão de tais características, tal operação encontra-se perfeitamente inserida no escopo de atribuições materiais da Deain (e também da Demac).

Portanto, em razão de (i) a competência da Demac ser concorrente à competência da Deinf; (ii) a operação que deu origem ao ágio estar inserida na competência material da Demac (Deain); (iii) a Demac possuir competência para efetuar lançamento de ofício e imposição de multa por infração à legislação tributária; não procede a alegação da nulidade da autuação.

Ademais, mesmo que os lançamentos em questão tivessem sido efetuados por Auditor-Fiscal de outra unidade da Receita Federal do Brasil, ainda assim seriam válidos. O § 2º do art.9º do Decreto nº 70.235/1972, alterado pela MP nº 449/2008, e pelas Leis nº8.748/93 e 11.941/2009, regula hipótese de formalização da exigência fiscal por servidor competente de jurisdição diversa daquela do domicílio tributário do sujeito passivo, ou seja, por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil lotado em repartição fiscal que não a do domicílio da contribuinte:

Art. 7º O procedimento fiscal tem início com:

(...)

Art.9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

(...)

§ 2º Os procedimentos de que tratam este artigo e o art. 7º, **serão válidos, mesmo que formalizados por servidor competente de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo.** (*destacou-se*)

Assim, por estas razões, REJEITA-se a arguição de nulidade do lançamento.

Ainda em preliminar, como relatado, o presente lançamento deu continuidade ao veiculado nos autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72, no qual foram glosadas, em períodos anteriores, amortizações do ágio de R\$ 7.462.067.630,07, constituído na Santander Holding em 29/05/2001, quando do aumento de seu capital social pelo Santander Hispano, mediante a conferência de ações representativas do capital social do BANESPA.

Objetivamente, concluiu a autoridade fiscal pela ilicitude da dedução dos encargos de amortização do ágio porque as operações societárias realizadas pelo Grupo Santander resultaram *num lançamento artificial de ágio*, com o intuito de *burlar a legislação tributária, deduzindo ilegalmente encargos de amortização, em prejuízo da Fazenda Nacional.*

Logo, o vício constatado pela fiscalização está localizado no registro inicial do ágio, fato constituído, originalmente, nos autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72 e sobejamente discutido pela 2ª Turma da 4ª Câmara desta Seção. Indiscutível, portanto, a conexão entre os lançamentos.

Diante deste contexto, necessário se faz traçar os limites de atuação desta Turma de Julgamento para apreciação do litígio presente nestes autos.

Dispõe o Regimento Interno do CARF, em seu Anexo II, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, com a redação dada pela Portaria MF nº 586/2010, o que segue:

*Art. 47. Os processos serão distribuídos aleatoriamente às Câmaras para sorteio, **juntamente com os processos conexos** e, preferencialmente, organizados em lotes por matéria ou concentração temática, observando-se a competência e a tramitação prevista no art. 46.*

[...]

Art. 49. Os processos recebidos pelas Câmaras serão sorteados aos conselheiros.

[...]

*§ 7º **Os processos** que retornarem de diligência, os com embargos de declaração opostos e os **conexos**, decorrentes ou reflexos **serão distribuídos ao mesmo relator, independentemente de sorteio**, ressalvados os embargos de declaração opostos, em que o relator não mais pertença ao colegiado, que serão apreciados pela turma de origem, com designação de relator ad hoc.*

[...] (negrejou-se)

Consta às fls. 1769/1770 que, em 31/10/2011, a contribuinte peticionara nestes autos invocando a aplicação dos dispositivos acima transcritos, pois:

*No presente caso, verifica-se a existência de matéria reflexa/conexa àquela que foi objeto de julgamento nos autos do PAF nº **16561.000222/2008-72**, uma vez que se trata da cobrança de IRPJ e de CSLL **decorrentes do mesmo fato** (dedutibilidade fiscal do ágio gerado na aquisição do BANESPA em leilão público) e **dos mesmos fundamentos jurídicos, apenas com repercussão em anos-calendário distintos.***

Ante o exposto, requer o Recorrente que o processo em referência seja distribuído por conexão ao Ilustre Conselheiro Dr. Antonio José Praga de Souza, em observância dos artigos 47 e 49 do Regimento Interno do CARF.

Tal petição foi apresentada depois de concluído o julgamento do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72, momento no qual a distribuição por conexão ao Conselheiro Relator daquele processo, prevista nas disposições regimentais antes referidas, não era mais possível. Neste sentido, inclusive, o Presidente desta 1ª Seção, para indeferir o pleito da contribuinte, observou que não se vislumbrava a ocorrência de conexão, e ressaltou o fato de o presente processo já ter sido distribuído a esta Relatora (fl. 1772)

De toda sorte, a determinação regimental presta-se a atender objetivos maiores, que devem ser observados ainda que a distribuição não seja feita ao mesmo Conselheiro Relator do processo original.

O Decreto nº 70.235/72 apenas cogita da reunião dos lançamentos no momento de sua formalização, quando lastreados nos mesmos elementos de prova. Esta permissão assim constava de sua redação alterada pelas Leis nº 8.748/93 e 11.196/2005:

Art. 9º A exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em autos de infração ou notificação de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

§ 1º Os autos de infração e as notificações de lançamento de que trata o caput deste artigo, formalizados em relação ao mesmo sujeito passivo, podem ser objeto de um único processo, quando a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova.

§ 2º Os procedimentos de que tratam este artigo e o art. 7º, serão válidos, mesmo que formalizados por servidor competente de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo.

§ 3º A formalização da exigência, nos termos do parágrafo anterior, previne a jurisdição e prorroga a competência da autoridade que dela primeiro conhecer. (negrejou-se)

A redação atual do art. 9º do Decreto nº 70.235/72 não foi alterada, substancialmente, neste ponto:

Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º Os autos de infração e as notificações de lançamento de que trata o caput deste artigo, formalizados em relação ao mesmo sujeito passivo, podem ser objeto de um único processo, quando a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 2º Os procedimentos de que tratam este artigo e o art. 7º, serão válidos, mesmo que formalizados por servidor competente de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 4º O disposto no caput deste artigo aplica-se também nas hipóteses em que, constatada infração à legislação tributária, dela não resulte exigência de crédito tributário. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º Os autos de infração e as notificações de lançamento de que trata o caput deste artigo, formalizados em decorrência de fiscalização relacionada a regime especial unificado de arrecadação de tributos, poderão conter lançamento único para todos os tributos por eles abrangidos. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica às contribuições de que trata o art. 3º da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

No mais, o Decreto nº 70.235/72 nada diz, além de destacar que *na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias* (art. 29, Seção VI – Do Julgamento em Primeira Instância), e dispor que *o julgamento no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais far-se-á conforme dispuser o regimento interno* (art. 37, Seção VII – Do Julgamento em Segunda Instância).

Necessário, portanto, o exame da Lei nº 9.784/99, que por força de seu art. 69 aplica-se subsidiariamente aos *processos administrativos específicos* regidos por lei própria, como é o caso do processo administrativo fiscal federal. E de seu texto destaca-se:

*Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, interesse público e **eficiência**.*

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

[...]

*VIII – observância das **formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados**;*

[...] (negrejou-se)

Isto porque são os princípios da segurança jurídica e da economia processual, este refletido administrativamente no princípio da eficiência, que informam a conexão, a continência e a litispendência do processo civil. Este tema é abordado nos seguintes artigos do Código de Processo Civil - CPC (Lei nº 5.869/73):

Art.103.Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.

Art.104.Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.

Art.105.Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.

[...]

Art. 253. Distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 2001)

I - quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada;
(Redação dada pela Lei nº 10.358, de 2001)

[...]

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

[...]

V - quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada;

[...]

§1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

§2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

§3º Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

§4º Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

[...]

Art.300. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

Art.301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

[...]

V - litispendência; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

VI - coisa julgada; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

VII - conexão; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

[...]

Nestes termos, havendo identidade de objeto ou causa de pedir entre duas ou mais ações, apenas uma delas pode subsistir. Tais causas devem ser distribuídas ao mesmo juiz, que pode ordenar a reunião das ações para sua decisão simultânea, de ofício ou a requerimento das partes, ou mesmo determinar a extinção, sem julgamento do mérito, do processo que reproduz ação anteriormente ajuizada. Observe-se que, embora atribuído ao réu o dever de alegar a existência de conexão ou litispendência, o art. 267, §4º do CPC autoriza o conhecimento de ofício, pelo juiz, de tais circunstâncias, como bem destaca Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*, 4ª ed. rev. atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 148-151):

Como se trata de matéria de ordem pública, referente ao exercício de uma função estatal, que é a jurisdição, nega-se o próprio Estado, independentemente da vontade dos litigantes, a exercê-la duas ou várias vezes com o mesmo objetivo. A proibição de duplicar ou multiplicar o exercício da jurisdição em casos assim constitui legítima e racional ressalva à promessa constitucional de tutela jurisdicional (Const., art. 5º, inc. XXXV). [...] O controle oficial deve ser feito durante toda a pendência do segundo processo, a saber, desde o momento em que o juiz despacha a

petição inicial e enquanto não se exaurirem as instâncias ordinárias. Tal é o significado da locução em qualquer tempo e grau de jurisdição, contida na lei. Mesmo nada alegando o réu em apelação, ou mesmo que a demanda haja sido julgada improcedente ou inadmissível por outro fundamento e o autor venha a apelar, é dever do tribunal fazer a verificação. Só se exclui que, sem ter o tema da litispendência sido objeto de pronunciamento explícito pelo tribunal encarregado de julgar a apelação (Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça), ele venha a ser examinado em sede de recurso especial (a exigência de prequestionamento: Súmula 282 e 356 STF). Dadas estreitíssimas limitações desse recurso, também não poderia o Superior Tribunal de Justiça apreciar a litispendência sem que isso lhe houvesse sido pedido pelo recorrente.

A litispendência é classificada pela doutrina como um dos pressupostos processuais negativos, pois sua ocorrência impede a eficácia e a validade da relação jurídica processual formada em segundo lugar. Seu fundamento está no repúdio da ordem jurídico-processual ao *bis in idem*, evitando-se que a mesma demanda seja julgada mais de uma vez, com o risco de decisões contraditórias e prejuízo à segurança jurídica.

Neste sentido são as lições de Teresa Arruda Alvim Wambier (*Litispendência em ações coletivas*. In: Processo Civil Coletivo. Coordenação de Rodrigo Nolasco Mazzei e Rita Dias Nolasco, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 280), classificando de preventivas as preocupações com a litispendência, pois *por trás de todas as discussões que envolvem a litispendência, sempre se percebe que o principal cuidado existente se liga a evitar que, futuramente, haja decisões conflitantes, não no plano lógico, mas no plano empírico sobre o mesmo objeto*. De forma semelhante manifesta-se Luiz Rodrigues Wambier (*Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 1: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 203), para quem *o fundamento para esse pressuposto processual negativo está no princípio da economia processual e no perigo de julgamentos conflitantes*.

A reunião dos processos, em razão da conexão, objetiva, portanto, evitar decisões contraditórias e incompatibilidades lógicas, ou até operacionais, do ponto de vista da execução do julgado, nos casos em que o cumprimento de uma das decisões poderia implicar o descumprimento de outra decisão judicial. Daí o poder conferido ao juiz de reunir processos com elementos semelhantes, evitando conseqüências danosas aos cidadãos e ao Poder Judiciário, premissas estas que permitem a Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*, 4ª ed. rev. atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 148-151) definir conexão nos seguintes termos:

A conexão é uma categoria jurídico-processual de tanta amplitude, que conceitualmente é capaz de abranger em si todas as demais modalidades de relações entre demandas. [...] a coincidência entre os elementos objetivos das demandas, para determinar a conexão juridicamente relevante, deve ser coincidência quanto aos elementos concretos da causa de pedir ou quanto aos elementos concretos do pedido. A coincidência de elementos abstratos conduz à mera afinidade entre as demandas, que não chega a ser conexão e não tem os mesmos efeitos desta.

[...]

O que importa, nos institutos regidos pela conexão, é a utilidade desta como critério suficiente para impor certas conseqüências (prorrogação da competência, reunião de processos) ou autorizar outras (litisconsórcio). Essa utilidade está presente sempre que as providências a tomar sejam aptas a proporcionar a

harmonia de julgados ou a convicção única do julgador em relação a duas ou mais demandas.

Daniel Amorim Assumpção Neves (*Manual de Direito Processual Civil*, v, único, 4ª edição, São Paulo: Editora Método, 2012, p. 168-169) observa que a economia processual é um aspecto secundário na conexão, a ponto de no Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil ter se cogitado de restringir a conexão às hipóteses em que existisse risco de decisões contraditórias se os processos fossem julgados separadamente. Mas destaca a importância desta causa modificadora de competência nos seguintes termos:

Fixados os limites da identidade exigida para que se verifique a conexão entre duas demandas com a interpretação possível da redação constante no art. 103 do CPC, é importante analisar as razões de ser da conexão e, mais especialmente, da sua consequência: a reunião dos processos perante um mesmo juízo. São duas as principais razões: economia processual e harmonização dos julgados.

*A primeira e inegável vantagem aferida com o fenômeno da conexão é **evitar que decisões conflitantes sejam proferidas por dois juízos diferentes**. A existência de decisões conflitantes proferidas em demandas que tratem de situações similares é, naturalmente, motivo de descrédito ao Poder Judiciário, podendo inclusive gerar problemas práticos de difícil solução.*

*Por outro lado, é inegável que a reunião de duas ou mais demandas perante somente um juiz favoreça no mais das vezes a verificação do princípio da **economia processual**, já que os atos processuais serão praticados somente uma vez [...]. Com a prática de atos processuais que sirvam a mais de um processo, é evidente que haverá otimização de tempo e em razão disso respeito ao princípio da economia processual.*

[...]

*Os dois fundamentos que ensejam a reunião dos processos em decorrência de conexão – embora em diferentes graus de importância – estão intimamente ligados a razões de ordem pública, posto interessar ao próprio Estado que os julgados do Poder Judiciário sejam harmoniosos e que se gastem o menor tempo e recursos para obtê-los. Justamente em virtude dos interesse que procura preservar (**ordem pública**), essa causa modificadora de competência é dotada de maior força que todas as demais. (destaques do original)*

Abordando a obrigatoriedade da reunião de processos em razão da conexão, o mesmo autor (*Op. cit.*, p. 169-170) defende que *uma reunião que não possa alcançar nenhum dos dois objetivos traçados para o instituto está totalmente fora de questão*. E, nesta linha, acrescenta:

[...] E parece concordar com tal posição a jurisprudência, sumulado o Superior Tribunal Justiça o entendimento de que não existe reunião de processos conexos quando um deles já estiver no tribunal, circunstância esta em que obviamente a reunião dos processos não geraria qualquer economia processual ou harmonia dos julgados, visto que em um deles a prova já foi produzida e a decisão já foi prolatada.

De fato, firmou o Superior Tribunal de Justiça na Súmula 235 que *a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado*. Ocorre que a necessidade de se produzir outra decisão, no âmbito administrativo, não implica a produção de provas, mas apenas a apreciação de fatos já constituídos pela autoridade competente. Em consequência,

negar efeitos à conexão, em tais condições, significa permitir a reapreciação de fato já julgado e eventual decisão em sentido diverso da anterior, desconsiderando o objetivo da norma.

No caso presente, o fato jurídico que origina a presente demanda foi apreciado em 1ª e 2ª instâncias de julgamento, em razão de impugnação e recurso voluntário interpostos nos autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72. Logo, não sendo mais possível a reunião dos processos, na prática, para julgamento conjunto, os princípios da economia processual, eficiência e segurança jurídica determinariam que a apreciação resultante do recurso voluntário interposto naqueles autos fosse reproduzida na resposta ao recurso voluntário interposto nestes autos.

Relevante anotar, ainda, que a atribuição conferida à Câmara Superior de Recursos Fiscais de solucionar divergências interpretativas entre Câmaras dos antigos Conselhos ou Turmas do CARF, tem por objeto conflitos na interpretação da **lei tributária**, e não conflitos interpretativos acerca de um mesmo **fato jurídico-tributário**. A possibilidade, em tese, de os interessados buscarem a uniformização de decisões conflitantes produzidas em relação a um mesmo fato jurídico-tributário não pode justificar a sua reapreciação em outros autos, pois não há qualquer garantia de que os fundamentos da segunda decisão caracterizarão interpretação de lei tributária divergente daquela dada por outra Câmara ou Turma desta instância de julgamento, ou mesmo de que o recurso especial seja manejado adequadamente para permitir esta equalização.

Veja-se, também, que o julgado proferido nos autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72 ainda não se tornou definitivo. E, em tais circunstâncias, poder-se-ia cogitar do sobrestamento deste julgamento até o julgamento definitivo do fato jurídico-tributário que enseja a conexão dos processos referidos.

Porém, tal entendimento apenas retardaria o andamento deste processo, na medida em que o recurso voluntário presente nestes autos deve ser, de qualquer forma, apreciado. Ainda, esta interpretação, na prática, poderia privilegiar os interessados com um novo recurso especial para questionamento de eventual decisão da Câmara Superior de Recursos Fiscais que, definitiva, viesse a ser reproduzida no julgamento destes autos. Além disso, ao final, a Câmara Superior de Recursos Fiscais poderia concluir pela incompatibilidade do entendimento antes firmado com outras interpretações adotadas nas Turmas ou nas antigas Câmaras deste Conselho, proferindo decisão divergente daquela firmada no primeiro processo, e remetendo a questão, inexoravelmente, ao Poder Judiciário.

Diante desta análise jurídica e pragmática, a solução mais adequada aos princípios que regem o processo civil e administrativo, seria a reprodução, no julgamento do recurso voluntário presente nestes autos, do entendimento firmado pela 2ª Turma da Quarta Câmara desta 1ª Seção na apreciação de recurso voluntário que teve por objeto a primeira exigência fiscal decorrente do fato jurídico-tributário aqui em debate.

É patente a identidade do fato jurídico-tributário tratado nos dois processos em referência, como evidenciado no relatório acima, no qual observa-se que a autoridade lançadora não agregou qualquer motivação relevante a esta exigência, mas sim subtraiu argumentos antes veiculados. De fato, os elementos acrescidos pela autoridade lançadora, a seguir sintetizados, não alteraram substancialmente a acusação fiscal:

- Referência à publicação de fato relevante em 28/12/2000, dando conhecimento da pretensão do Santander Hispano de realizar uma

oferta pública de compra de ações do Banespa em circulação no mercado;

- Discriminação de que o aumento de capital social da Santander Holding, em 29/05/2001, com ações do Banespa, *incluía um ágio de R\$ 7.462.067.630,07 e um patrimônio líquido de R\$ 2.173.519.280,48*;
- Referência no Instrumento Particular da Terceira Alteração do Contrato Social da Santander Holding, de 29/06/2001, à observância de dispositivos das Instruções CVM nº 319/99 e 349/2001;
- Existência do ofício Deorf/GTSP2-2002/1065, de 23/08/2002, por meio do qual o Banco Central do Brasil comunica a aprovação da incorporação pelo BANESPA de sua então controladora, Santander Holding.;
- Referência doutrinária acerca dos elementos que integram o fundo de comércio, e abordagem, com outros termos, da relevância da clientela e da marca do Banespa, classificadas como ativos de grande valor para a instituição adquirente;
- Referência ao item 6.7.1.3 do edital PND nº 03/2000, evidenciando que a maioria dos clientes pessoas físicas recebiam seus vencimentos por meio do Banespa (“clientes vinculados”);
- Antecipação dos argumentos para caracterização da Santander Holding como empresa veículo, ante suas declarações de rendimento apresentarem como única operação o aumento de capital social que gerou o ágio em debate, e por não possuir funcionários. Tais referências constaram, antes, na fundamentação da qualificação da penalidade; e
- Conclusão de que a existência da Santander Holding não teve qualquer finalidade negocial, situação semelhante à abordada no Acórdão nº 103-23.290.

Ressalte-se que, como relatado, a autoridade lançadora, ao elaborar o Termo de Verificação Fiscal que integra estes autos, posicionou-se em momento diferente e expressou outras constatações acerca da identidade de valores entre o ágio contabilizado na Santander Holding e aquele pago pela sociedade espanhola no momento da aquisição das ações do Banespa.

De fato, nos autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-77, a autoridade lançadora chegou a cogitar, subsidiariamente, que mesmo admitindo-se que o ágio amortizado tivesse sido pago quando da aquisição do Banespa, *caberia adicionar ao lucro líquido os valores da diferença entre o ágio que fora supostamente internalizado e aquele efetivamente pago*. E isto porque a autoridade lançadora, naquele momento, comparara os seguintes valores:

Cumpra aqui tecer uma primeira observação acerca do valor capitalizado na Santander Holding Ltda pelo Santander Central Hispano S.A.. Apesar de o custo de aquisição das ações do Banespa (entendido como o valor patrimonial das ações acrescido do ágio pago) ter alcançado R\$ 7.050.000.000,00, o montante capitalizado na sociedade domiciliada no Brasil foi de R\$ 9.574.900.000,00, neste computado o valor de investimento de R\$ 2.112.832.369,93 e um ágio de R\$ 7.462.067.630,07. E foi este último valor de ágio que foi objeto de amortização. Conclui-se, por conseguinte, que o ágio inicialmente pago pela sociedade estrangeira domiciliada na Espanha (Santander Central Hispano S.A.) sofreu verdadeira reavaliação quando da tentativa de internalizá-lo no Brasil.

Já nestes autos, a autoridade fiscal não mais mencionou a existência de reavaliação do ágio, pois quantificou o custo total das ações do Banespa adquiridas pelo Santander Hispano da seguinte forma:

Total	Ações		Valor pago (R\$)
	37.440.000.000	100 %	
Leilão	11.232.000.000	30,00 %	7.050.000.000,00
Funcionários	1.197.760.392	3,20 %	197.740.376,17
Sobra Tesouro	24.630.756	0,07 %	15.460.009,78
OPA	23.896.653.212	63,83 %	2.275.439.318,85
Corretora	12.433.382	0,03 %	1.187.387,98
BSB	31.158.662	0,083 %	2.975.652,26
Subtotal	36.394.636.404	97,208 %	9.542.802.745,04
CPMF			21.803.912,68
Emolumentos			5.334.978,76
Comissões OPA			4.583.925,26
Outras ações BSB			374.438,07
Custo Total			9.574.900.000,00

Daí a conclusão de que, como o aporte de capital na SANTANDER HOLDING se deu exatamente no montante de R\$9.574.900.000,00, e apenas com ações do BANESPA, o ágio contabilizado na SANTANDER HOLDING, quando de seu aumento de capital, é exatamente o ágio pago pela sociedade espanhola na aquisição das ações do BANESPA.

De toda sorte, estas diferenças estruturais na acusação em nada alterariam a conclusão de que deve ser aqui aplicada a conexão, na medida que, em ambos os lançamentos, a autoridade lançadora negou a identidade entre o ágio amortizado e aquele pago quando da aquisição do Banespa, e está evidente no Acórdão nº 1402-00.802 que a dedutibilidade da

amortização do ágio foi restabelecida porque decorrente de valor *efetivamente pago na aquisição do Banespa pelo Santander*. As conclusões do I. Conselheiro Antonio José Praga de Souza, expressas ao final de seu voto, também não deixam dúvidas de que esta identidade entre o ágio amortizado e o ágio pago na aquisição do Banespa pelo Santander Hispano, foi determinante para o reconhecimento da dedutibilidade das amortizações glosadas:

[...]

- *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 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 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;*

[...] (negrejou-se)

E isto porque o recurso voluntário traz como essência, no mérito, a alegação de que o Grupo Santander cumpriu *todos os requisitos necessários para que fizesse jus à aquisição do Banespa e ao conseqüente aproveitamento fiscal da amortização do ágio*, praticando atos que ensejaram a seguinte conseqüência para as duas pessoas jurídicas em destaque: (i) *O Santander Hispano deixou de possuir em seu ativo as ações do Banespa pelo custo de aquisição de R\$ 9,57 bilhões e passou a possuir em seu ativo um investimento em outra sociedade controlada (Santander Holding) no mesmo valor de R\$ 9,57 bilhões — troca de ativos;* (ii) *A Santander Holding teve um aumento no seu ativo no valor de R\$ 9,57 bilhões correspondente ao investimento no Banespa, como contrapartida do aumento de capital integralizado pelo Santander Hispano, e estava obrigada a registrar este investimento pelo método da equivalência patrimonial, desdobrando o custo de aquisição das ações do Banespa em valor do investimento pela equivalência patrimonial (R\$ 2,11 bilhões) e ágio (R\$ 7,46 bilhões).*

Importante observar, ainda, que, neste contexto, os argumentos trazidos pela Procuradoria da Fazenda Nacional não mais poderiam ser apreciados nesta Turma de Julgamento. Isto porque, ainda que a Turma de Julgamento anterior houvesse adotado premissa equivocada para suas conclusões, desprezando acusação fiscal eventualmente reforçada pelos

elementos trazidos pela Fazenda Nacional, o fato é que esta instância de julgamento já teria esgotado sua competência para se manifestar acerca dos motivos desta e da exigência anterior, e não caberia a outra Turma de Julgamento corrigir aquela decisão, por todos os motivos antes expostos.

Assim, o presente voto é no sentido de reconhecer a conexão da presente exigência com aquela veiculada nos autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-77, e reproduzir aqui o mesmo entendimento lá firmado acerca do fato jurídico tributário que ensejou a presente exigência, no sentido de que a autoridade fiscal não logrou provar que a autuada não reunira todos os requisitos necessários para aproveitamento fiscal do ágio.

Em conseqüência, torna-se desnecessário apreciar os demais questionamentos veiculados em recurso voluntário quanto às exigências decorrentes do principal lançado em razão da glosa das amortizações do ágio.

Por estas razões, o presente voto passa a ser no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

Todavia, não prevalecendo este entendimento nesta Turma Julgadora, cumpre apreciar a arguição de *decadência/preclusão da possibilidade do Fisco questionar a legalidade dos atos societários que deram origem ao ágio*. Como dito, a “Preclusão” da possibilidade do Fisco questionar a legalidade dos atos societários que deram origem ao Ágio também foi um dos tópicos da defesa apresentada nos autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72, e não há reparos à conclusão adotada no voto condutor do Acórdão nº 1402-00.802, a seguir transcrita:

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

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

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

DA DECADÊNCIA DO QUESTIONAMENTO DOS ATOS SOCIETÁRIOS

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

DECADÊNCIA – TESE DO PAGAMENTO – IMPROPRIEDADE NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO – LANÇAMENTO –LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO A atividade exercida pelo contribuinte para dar efetividade ao artigo 150 do CTN, assemelha-se à atividade exercida pela autoridade administrativa prevista no artigo 142 do CTN. **A relação jurídica tributária somente nasce, se o fato previsto na hipótese de incidência prevista na lei ocorrer no mundo fenomênico e for traduzida em linguagem.** (...) (1º Conselho de Contribuintes, 7ª Câmara, acórdão 10709263, sessão de 06/12/2007).

(**negritamos**)

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

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

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

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

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

A preclusão temporal, em princípio, corresponde à perda da possibilidade do exercício de um direito em decorrência do decurso de um determinado prazo. Portanto, para que seja possível falar nesse instituto no caso em concreto, caberia ao contribuinte identificar um dever atribuído por lei à Fazenda Pública, o qual seria passível de extinção pelo decurso de prazo. Logo, “para se falar em preclusão, a lei deveria atribuir à Administração Pública o dever de glosar o ágio amortizável registrado pelo Santander Holding, ou mesmo o registrado pelo Banespa após a incorporação, a partir da data dos registros contábeis”, como bem observado pela ilustre Procurador da Fazenda Nacional Paulo Roberto Riscado Junior na sustentação oral realizada durante o julgamento do presente processo.

Efetivamente, não existe essa previsão legal. Tanto o art. 142 do CTN quanto o art. 9º do Decreto n. 70.235/72 prevêem apenas o lançamento como forma de exigência do crédito tributário, retificação de prejuízo fiscal e aplicação de penalidade isolada. Não há, em lei, previsão para a glosa de ágio registrado na contabilidade em decorrência de subscrição de ações ou de incorporação nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

Com efeito, o registro do ágio na contabilidade não implica em redução de crédito tributário, em majoração de prejuízo fiscal ou em causa para lançamento de multa isolada. Repita-se: o simples registro do ágio na contabilidade não implica em fato gerador de obrigação tributária ou em alteração, de qualquer ordem, na base de cálculo do IRPJ e da CSLL daquele período.

Ao adquirir uma participação societária com ágio, a lei autoriza a pessoa jurídica a amortizar esse valor, na apuração dos tributos por ela devidos sobre os lucros em períodos futuros, sob determinadas condições, isso porque foi exatamente a expectativa desse lucro que justificou o ágio. Apenas nessa hipótese, o ágio pago, que nunca foi e nunca será fato gerador de nenhuma obrigação tributária, passa a influenciar na apuração da base de cálculo dos tributos devidos pela empresa que o pagou.

Frise-se: o que é homologado pelo Fisco é a apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL realizada pelo contribuinte, não o ágio registrado, ou qualquer outro

elemento patrimonial, ainda que definitivamente constituído. O prazo decadencial corre em face do fato gerador da obrigação tributária, e não sobre qualquer operação contabilizada. Apenas quando se verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária é que surge contra o Fisco o prazo para a homologação dos elementos que dão origem aos créditos passíveis de constituição.

O prazo para controle dos registros patrimoniais com possibilidade de repercussão tributária no futuro é definido em função do prazo para gozar do crédito decorrente. Neste contexto, pode a autoridade fiscal, no prazo de que dispõe para rever o período de apuração no qual foi aproveitado, exigir prova de sua efetividade e formação e, na ausência desta, negar sua utilização.

É o que o art. 37 da Lei nº 9.430/96 expressamente dispõe: “Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.”

Esclareça-se que esse dispositivo não altera o prazo decadencial para constituir o crédito tributário estabelecido no CTN, tampouco cria outro prazo decadencial qualquer, apenas viabiliza a autoria fiscal dos fatos com repercussão futura. Frise-se, mais uma vez, que o prazo decadencial é sempre norteado pelo nascimento da obrigação tributária, ou seja, que se dá com a ocorrência do fato gerador..

Recentemente, o professor Marco Aurélio Greco manifestou o entendimento de que “não existe direito adquirido da empresa de usar o ágio mesmo depois de passados cinco anos do fato gerador.” A afirmação foi feita na V Jornada de Debates sobre Questões Polêmicas de Direito Tributário, promovida pela FISCOsoft em junho de 2011.

Para o Dr. Greco, a tese bate de frente com entendimento do Supremo Tribunal Federal. “Não se tem direito adquirido ao prejuízo, conforme disse o Supremo ao julgar a trava de 30% para redução do lucro tributável”, diz. Em 2009, o STF entendeu que a Lei 8.891/1995, que permitiu o aproveitamento, concedeu um benefício fiscal e que, por isso, não havia nada de errado com a trava de 30% por período de apuração.

Assevera ele que, enquanto o ágio não é amortizado totalmente, não existe fato consumado, apenas expectativa de direito. “A empresa espera que futuramente estará sujeita ao IR e ao regime de apuração do lucro real. Mas não existe direito adquirido a regime jurídico. Ela vai se submeter àquele a que se enquadrar na data da ocorrência do fato gerador.”

Por isso, em relação aos autos de infração lavrados depois de passados cinco anos da informação do ágio ao fisco, Greco afirma que a prática é legal. “O auto não existe sozinho, mas decorre da contabilização irregular”, defendeu. “Embora a segunda conduta aconteça cinco anos depois, é causal, não bastante em si.” Segundo ele, não há prazo para o fisco reconhecer a irregularidade, mas somente para impedir o aproveitamento. “As amortizações feitas no passado ficam consolidadas. Apenas as posteriores podem ser desconsideradas.”

Tais considerações primam pela coerência e vem ao encontro da tese defendida neste voto.

Vejam, na prática, algumas situações abusivas que podem decorrer do entendimento defendido pelo nobre recorrente (contribuintes optantes pelo lucro real anual):

i) No ano de 1998, determinado contribuinte adquire um bem não depreciable, composto por várias partes e peças, pelo valor total de \$100, mas contabiliza no

ativo por \$200; nos anos seguintes permanece pelo mesmo valor em seus livros contábeis e balanços. No ano 2007, vende esse bem por \$180 e não apura ganho de capital. Sofre auditoria em 2010 e o Fisco solicita a comprovação do custo contabilizado, ele não apresenta notas fiscais de aquisição sequer das peças efetivamente compradas, alegando que o ano de 2001 já estava decaído, logo, ocorreu a preclusão do Fisco de verificar tais custos. É isso mesmo? O tempo pode homologar o que nunca existiu, e permitir que produza efeitos futuros, impedindo a constituição do crédito tributário devido? Estou certo de que a resposta é não.

ii) No ano de 1999 o contribuinte realiza a construção de uma planta industrial com vida útil de 20 anos e contabiliza regularmente os custos. No ano de 2001 inicia a depreciação a 5% ao ano. É fiscalizado em 2008 e apresenta apenas parte dos custos da construção realizada. Então? o Fisco não poderia glosar o excesso os encargos de depreciação de 2003 a 2007? Evidente que sim, pois esses encargos submetem-se ao regime de competência e o contribuinte deve fazer prova da efetividade dos mesmos o que só é possível mantendo em boa guarda os comprovantes dos custos e despesas incorridos.

iii) No ano de 2000 o contribuinte adquire um imóvel por \$1000. Contabiliza a aquisição por \$12.000, utilizando para tanto um documento fraudado. Realiza uma incorporação em 2001, acrescentando diversos custos inexistentes. Vende esse imóvel, já fracionado, nos anos de 2001 e 2002, apurando um pequeno ganho em 2002 que é declarado e o tributo recolhido. É fiscalizado em 2008 (ano-calendário 2002). De plano alega que o ano 2002 já está decaído, afinal passaram-se mais de 5 anos da ocorrência dos fatos geradores. Todavia, com receio de o Fisco apurar a verdade dos fatos, apresenta o aludido documento de aquisição.

O Fisco efetua diligências e apura todas as fraudes tributárias.

Em relação à 3a. situação hipotética acima (“iii”), cabe questionar: qual o amparo legal para o Fisco realizar em 2008 uma auditoria do ano de 2002, se o contribuinte estava em tese regular perante a Administração Tributária, inclusive tendo efetuado os recolhimentos? há vedação expressa em lei para a auditoria fiscal alcançar os anos de 2000 e 2001, nos quais apurou a verdade dos fatos?

Respondo: a única vedação expressa nessa hipótese “iii” é para constituição do crédito tributário relativo ao ano de 2001, em face da decadência.

Este Conselho já se manifestou sobre alegações dessa natureza em diversos acórdãos. Em um deles, inclusive, o contribuinte alegou a preclusão para rever o ágio devidamente registrado na contabilidade. Trata-se do acórdão 107-09.545, cuja ementa é a seguinte:

EMENTA DECADÊNCIA— OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL GLOSA DE ÁGIO. O fisco pode questionar fatos ocorridos no passado cujos efeitos fiscais se dão no futuro, pois o tempo não pode transformar em verdadeiro o que não era real, nem tampouco desfazer o que consolidou, desde que a readequação dos fatos situados em períodos já decaídos não decorra de juízo de valor. É o caso da formação de ágio maior por erro de cálculo, cujos efeitos fiscais somente se verifiquem no futuro, na sua amortização ou na utilização como custo na baixa”. (Grifei)

No aludido processo o contribuinte registrou o ágio de forma equivocada em 1995, mas apenas amortizou o valor em 2000. O contribuinte alegou que a fiscalização estaria proibida, face o prazo decadencial, de glosar esse ágio. Tal argumentação foi refutada pela Câmara.

Noutro acórdão, de nº 104-19.219, de 27/02/2003, que tratou da retificação de prejuízo fiscal da atividade rural de período anterior, com reflexo em outro período de apuração do tributo ainda não atingido pelo decadência, a decisão também foi

favorável à tese defendida por este relator. Vejamos transcrições da ementa, dispositivo e voto condutor:

Acórdão 104-19.219, de 27/02/2003

EMENTA

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

DISPOSITIVO

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

VOTO CONDUTOR

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

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

(…)

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

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

Analisemos o Acórdão nº CSRF/04-00.054, de 21/06/2005. Vejamos sua ementa e dispositivo.

Acórdão CSRF 04-00.054 de 21/06/2005EMENTA

IRPF RESULTADO DA ATIVIDADE AGRÍCOLA REVISÃO DE PREJUÍZO COMPENSÁVEL — DECADÊNCIA — ABRANGÊNCIA O conceito decadencial, quer do artigo 150, § 4º, quer do artigo 173, ambos do CTN, vinculase direta e exclusivamente ao lançamento tributário a que se referencia; **não abrange a revisão de valores advindos de período anterior, já abrangido pela decadência, que influem na apuração do resultado de ano calendário não decadente**, restrita a revisão a essa circunscrita e específica influência, respeitadas as apropriações efetuadas, ainda que incorretamente, em períodos já decadentes.

DISPOSITIVO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso especial interposto pela FAZENDA NACIONAL. ACORDAM os Membros da Quarta Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso e determinar o retorno dos autos à Câmara recorrida para o exame do mérito do recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente relatório. Vencidos os Conselheiros Romeu Bueno de Camargo, José Ribamar Barros Penha e Wilfrido Augusto Marques que negaram provimento ao recurso.

VOTO CONDUTOR

No caso, a fiscalização verificou inicialmente que o prejuízo da atividade rural fora incorretamente apurado na declaração do exercício de 1995, com indevida utilização nas declarações dos exercícios posteriores (1996 a 2000). A origem da incorreção seria o fato de a contribuinte haver procedido à atualização monetária indevida dos saldos de prejuízos e de incentivos fiscais nos anos-calendário de 1989 e 1990 (fls. 12 a 18).

No acórdão recorrido, foi acolhida a arguição de decadência, sob o seguinte argumento (fls. 276) (...)

De plano, verifica-se que tal entendimento carece de base legal. No caso em apreço, o lançamento, cientificado a contribuinte em 28/09/2000, abarcou os anos-calendário de 1996 e 1999, que ainda não se encontravam atingidos pela decadência, seja qual for o angulo pelo qual se analise.

Destarte, uma vez que os anos-calendário fiscalizados não haviam sido atingidos pela decadência, não há óbice à exigência de comprovação acerca dos elementos que de alguma forma influenciaram os respectivos lançamentos, ainda que vinculados a exercícios anteriores. Ressalte-se que os anos-calendário anteriores aos autuados, em que teria ocorrido o alegado lapso na correção dos saldos de prejuízo a compensar estes sim alcançados pela decadência não foram revistos. O que houve foi tão-somente a retificação do valor do prejuízo a compensar, apropriado nos exercícios fiscalizados.

Nesse sentido é o Acórdão nº 10419.219, de 27/02/2003, cujo voto vencedor foi acatado por unanimidade de votos, assim ementado: (...) (Grifei)

Apesar de ambos os acórdãos acima terem tratado de atividade rural na pessoa física, cumpre esclarecer que a Legislação sempre estabeleceu a obrigatoriedade de escrituração para os contribuintes que desejam aproveitar prejuízos de períodos anteriores.

Aliás, na redação original da Lei 8.023, acima de determinado valor de receitas era **obrigatória a escrituração comercial.**

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

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

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

Nesse sentido vide acórdãos deste Conselho:

Acórdão 103-21611 processo 13925000136200129

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

Acórdão 105-14773 processo 10166016076200115

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

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

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

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

Acórdão 101-94663 processo 10410.001504/2001-68

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

Acórdão 101-93740 - processo 10880.008657/98-05

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

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

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

NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DE OFÍCIO

Acórdão 104-16265, processo 10920.000343/96-99

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

Erros ou equívocos por si só, não são causa de nascimento da obrigação tributária.

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

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

Por estas mesmas razões, nenhum impedimento havia para a Fiscalização, em 29/03/2010, formalizar exigência pertinente aos períodos de apuração de 2005 e 2006, alcançando a repercussão tributária do fato aqui em debate, ocorrido em 2001. Assim, REJEITA-se a arguição de decadência/preclusão.

Adentrando à análise do mérito, mostra-se necessário, inicialmente, recordar os pontos relevantes da acusação fiscal, que conduziram à glosa dos valores questionados. Segundo as autoridades lançadoras, as amortizações seriam indevidas porque:

- O ágio em questão foi pago por Santander Hispano pelas ações do Banespa, e o aporte por ele feito na Santander Holding destinou-se a transferir exatamente o montante investido pela sociedade espanhola na aquisição do Banespa, de modo a refletir aquele fato econômico *nas demonstrações da Santander Holding*;
- A Lei nº 9.532/97 prestou-se a coibir planejamentos tributários abusivos, como exposto no parágrafo 11 da Exposição de Motivos nº 644/MF, relacionada à Medida Provisória nº 1.602, que veio a ser convertida naquela Lei. Deste modo, o descumprimento dos requisitos legais impede a dedução dos encargos de amortização;
- A existência de ágio pago pelo Santander Hispano na aquisição do Banespa seria inquestionável, mas seu fundamento econômico em rentabilidade futura seria duvidoso, porque ignora o fundo de comércio do Banespa, especialmente a relevância da carteira de clientes, a capilaridade de sua rede, seu nome e sua marca (ativos da instituição);
- A Santander Holding, de efêmera duração (10/2000 a 07/2001) e sem qualquer outra atividade, prestou-se apenas para carrear o ágio para o Brasil, como típica “empresa veículo”, sem qualquer propósito negocial;
- O ágio foi pago pela sociedade espanhola e deveria estar contabilizado em seu patrimônio, de modo que as operações societárias realizadas prestaram-se apenas a transferir este ágio para uma sociedade domiciliada no Brasil;
- A amortização do ágio tem *como pressuposto uma anterior contabilização do custo do investimento* por contribuinte, pessoa jurídica domiciliada no Brasil. Sendo a adquirente espanhola, o registro do ágio deve se submeter à legislação daquele país, que pode, inclusive, conceder benefícios fiscais nestes casos;
- Tendo em consideração os lançamentos contábeis das operações realizadas, conclui-se *que o investimento no Banespa (incluindo o ágio pago), por via indireta, permaneceu, mesmo após todas as operações societárias já percorridas, sob o controle da empresa espanhola que arrematou as ações com ágio. Assim, o ágio permanece indiretamente como um ativo da sociedade espanhola, por meio de sua participação na sua controlada brasileira*;
- Há fraude pois *a operação planejada entre as empresas de um mesmo grupo (uma delas controlada pela outra e ambas sob o controle da mesma pessoa jurídica sediada no exterior, qual seja, o Banco*

Santander Central Hispano) foi engendrada com o evidente intuito único de "criar" despesas de amortização em uma delas, diminuindo ilegalmente sua base tributável;

- O uso de “empresa veículo” e a fundamentação do ágio exclusivamente em rentabilidade futura, ignorando o fundo de comércio da empresa adquirida, para beneficiar-se da dedução fiscal, também justificam a qualificação da penalidade.

As autoridades lançadoras, portanto, dentre outros aspectos, entendem que somente houve ágio pago na aquisição original do Banespa pelo Santander Hispano, de modo que o ágio deve integrar o patrimônio da sociedade espanhola. Destacam, inclusive, que o ágio lá permaneceu indiretamente, depois de todas as operações societárias realizadas. Asseveram, assim, que houve fraude para internalização do ágio aqui amortizado, justificando a glosa destas amortizações e a qualificação da penalidade.

Esta Relatora já se manifestou contrariamente a este tipo de operação, que busca superar os impedimentos práticos verificados no atendimento às condições legais para dedução, na apuração do IRPJ e da CSSL, da amortização do ágio antes da alienação do investimento.

Isto porque os efeitos das amortizações de ágio e deságio estão assim disciplinados no Decreto-lei nº 1.598/77:

Art. 23. [...]

Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

[...]

Art. 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

§ 1º - Os valores de que tratam os itens II a IV serão corrigidos monetariamente.

§ 2º - Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda de capital por variação na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978). (negrejou-se)

Dessa forma, as amortizações de ágio e deságio deveriam ser adicionadas ou excluídas na apuração do lucro real, e controladas na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR, para posteriormente compor a apuração do ganho de capital na alienação ou liquidação do investimento. Mas, segundo a Lei nº 6.404/76:

Art. 219. 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.

Nestes termos, por vislumbrar distinção entre a hipótese do inciso II do art. 219 da Lei nº 6.404/76 e de encerramento prevista no inciso I do mesmo dispositivo, esta hábil a ensejar a aplicação do disposto no art. 33 do Decreto-lei nº 1.598/77, o legislador assim fixou na seqüência deste dispositivo:

Participação Extinta em Fusão, Incorporação ou Cisão

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;

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado.

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se:

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e

b) manter, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente.

§ 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional.

Nos casos em que a incorporação, fusão ou cisão ocorre em momento próximo à aquisição do investimento com ágio, o valor contábil do investimento é sempre superior ao acervo líquido contábil que substitui as quotas/ações extintas em razão da incorporação, fusão ou cisão, ensejando perda de capital. Para que esta perda fosse dedutível, em interpretação literal do texto, necessário seria que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão fosse avaliado a preços de mercado.

De outro lado, caso atendido este requisito, qualquer ágio apurado na aquisição de investimentos, quando esta fosse seguida de incorporação da investida, ensejaria perda dedutível. A exposição de motivos da Lei nº 9.532/97 expressa preocupação com circunstâncias semelhantes a esta, como a seguir transcrito:

O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas utilizando dos já referidos “planejamentos tributários”, vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em visto o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.

Neste contexto, as disposições da Lei nº 9.532/97 podem ser interpretadas como um instrumento para evitar a dedução do ágio apurado sem fundamento econômico, o qual deveria ser mantido em conta do ativo permanente, não sujeita a amortização, bem como uma forma de parcelar os efeitos tributários do ágio pago sob outros fundamentos:

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 subseqüentes 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.

No mesmo sentido manifesta-se Luís Eduardo Schoueri, na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, Dialética: São Paulo, 2012. Depois de reportar-se à doutrina que se posiciona em sentido contrário, diz o referido autor (p. 67):

Tal posicionamento não deixa de ser curioso. Afinal, se anteriormente o ágio era deduzido integralmente, a imposição de restrições não poderia ser considerada um incentivo. A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino esse instituto de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que forem acarretados efeitos econômico-tributários que o justificassem.

Realizada a incorporação, na escrituração comercial, o acervo líquido recebido pelo valor contábil anula o investimento correspondente, avaliado pela equivalência patrimonial, e remanesce no patrimônio da sociedade resultante apenas o ágio/deságio, classificado em Ativo Diferido, quando fundamentado em rentabilidade futura, para amortização no período pelo qual ela foi projetada. Com a edição da Lei nº 9.532/97 a amortização do ágio com este fundamento passa a ser dedutível, na apuração do lucro real, no mesmo momento em que registrada contabilmente, desde que observado o prazo mínimo de 5 (cinco) anos para amortização.

Quanto ao ágio fundamentado em ativos ou em outras razões econômicas, a doutrina contábil orienta em sentido semelhante ao da lei, pois no primeiro caso vincula seus efeitos no resultado à realização do ativo incorporado, e no segundo caso determina sua baixa imediata, por não ser possível associar seu pagamento a algum critério que permita dimensionar sua amortização.

Esta abordagem não autoriza a conclusão de que a Lei nº 9.532/97 tenha instituído um benefício fiscal. A regra expressa em seus artigos 7º e 8º, nos termos de sua

exposição de motivos, prestou-se, em verdade, a evitar planejamentos tributários que viabilizassem a dedução de ágios, como perda de capital, qualquer que fosse seu fundamento.

Na sistemática vigente, a amortização do ágio realizada pela investidora permanece indedutível na apuração do lucro real, e somente gera efeitos na alienação ou liquidação do investimento. Já a amortização do ágio realizada após a extinção do investimento não precisa ser adicionada ao lucro real, desde que o ágio esteja fundamentado em rentabilidade futura e a amortização observe o limite temporal mínimo estabelecido pela legislação.

Contudo, é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável. Aqui, porém, ao término das operações, nada mudou, pois o Santander Hispano permaneceu com a mesma quantidade de ações e na mesma condição de controlador do Banespa.

Esta distorção, aliás, é reconhecida pela própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ao analisar a incorporação promovida por meio de uma sociedade veículo, assim expondo na Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349/2001, que alterou a redação da Instrução CVM nº 319/99:

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.

Significa dizer que embora transferido o ágio para a empresa veículo, e na seqüência para a incorporadora desta, os efeitos econômicos do ágio originalmente contabilizado na controladora subsistem. Assim, a definição acerca do atendimento à finalidade dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 passa, primeiramente, pelo exame da validade da transferência do ágio originalmente contabilizado pela investidora para a Santander Holding, mediante subscrição de seu capital com o investimento por ela detido no Banespa.

Não se exige, aqui, uma lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital. Se não há vedação legal e os atos societários são realizados com observância dos requisitos formais, e têm por objeto ágio efetivo e pago, seria necessário disposição legal específica para se negar validade aos atos societários no âmbito tributário. Contudo, é necessário verificar se a incorporação entre a investida e esta empresa para a qual foi transferido o ágio atende aos requisitos legais para que a amortização deste afete o lucro tributável.

Recorde-se o que diz a Lei nº 9.532/97:

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

[...]

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. (negrejou-se)

Claro está que as empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida. Em que pese a lei não vede a transferência consoante antes demonstrado, este procedimento não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora, diversamente do que cogita a lei.

Em tais condições, a amortização do ágio que passou a existir no patrimônio da investida (Banespa) somente poderia surtir efeitos na apuração do seu lucro real caso se verificasse a sua extinção, ou da investidora (Santander Hispano), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, por meio da qual o ágio subsistisse evidenciado apenas no patrimônio resultante desta operação, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Na medida em que tal não ocorreu, a dedutibilidade do ágio submete-se à regra geral exposta no Decreto-lei nº 1.598/77:

Art. 23. [...]

Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

Art 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

[...]

Pertinente citar, novamente, abordagem contida na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, antes referida. Nela, o autor Luís Eduardo Schoueri preliminarmente expõe o entendimento de que o ágio, para o investidor, é custo que deve ser considerado em caso de alienação do investimento. Os resultados auferidos com este investimento são reconhecidos, no patrimônio do investidor, como resultados da equivalência patrimonial, não sujeitos a tributação nesta ótica. Seguindo a mesma lógica, a amortização contábil do ágio por rentabilidade futura, por parte do investidor, também não deve afetar o lucro tributável.

Diante deste contexto, o autor reputa *incabível afirmar que o ágio, ainda que fundamentado na rentabilidade futura, pode ser considerado realizado antes da incorporação de uma das pessoas jurídicas envolvidas (exceto se antes disso tiver ocorrido baixa da participação societária adquirida, quando, em regra o ágio será realizado) (Op. cit. p. 73)*. E complementa mais à frente: *com a incorporação, alerte-se, já não há mais que falar em investimento nem em ágio. Ambas as figuras desaparecem (Op. cit. p. 74)*.

Entende o referido autor que a partir da incorporação, *os lucros passam a ser tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de equivalência patrimonial, não tributável (Op. cit. p. 79)*. Aqui, porém, os lucros permanecem tributados na investida, que os reduz mediante amortização de ágio decorrente de investimento que subsiste no patrimônio da investidora original.

Caso a investidora fosse empresa nacional, a provisão determinada pela Instrução Normativa CVM nº 349/2001 impediria que a equivalência patrimonial refletisse no seu patrimônio apenas o valor líquido dos resultados, restabelecendo o reconhecimento bruto dos resultados da investida, sem os efeitos da amortização do ágio na investida, dado que a amortização do ágio se repetiria na investidora. A diferença está na redução da carga tributária da investida que esta manobra permite, em desrespeito ao previsto no art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Evidenciado, portanto, que não houve a extinção do investimento, inadmissível a amortização fiscal do ágio.

Importante destacar que o entendimento aqui firmado não pode ser comparado ao posicionamento desta Relatora expresso em declaração de voto no julgamento consubstanciado no Acórdão nº 1101-00.354, divergindo dos fundamentos do voto condutor de lavra do I. Conselheiro José Ricardo da Silva (caso Vivo):

Com a devida vênia, registro as razões de minha divergência quanto ao posicionamento do I. Relator, que acolheu os fundamentos adotados pela 5ª Turma da DRJ/Porto Alegre para exoneração parcial da exigência, bem como deu provimento ao recurso voluntário interposto pela contribuinte.

Como relatado, a Turma Julgadora restringiu as hipóteses de transferência de ágio aos casos de fusão, cisão ou incorporação envolvendo a investida e a investidora, e afastou tal hipótese no contexto presente nestes autos, no qual vislumbrou aquisição de investimento por realização de capital, em razão da qual surgiria novo ágio na nova investidora, ao passo que a antiga investidora deve baixar seu investimento (e respectivo ágio), apurando eventual ganho de capital.

Admitiu aquela Turma Julgadora que a entrega, à “Investidora”, de ações (ou quotas de capital) de emissão da “Nova Investida” representaria um “pagamento” desta em favor daquela, e sendo ele maior que o valor patrimonial da participação societária adquirida (referente à antiga “Investida”), seria possível o registro de ágio na aquisição de ações.

E transportando estes conceitos para o caso concreto, assim concluiu o I. Relator da DRJ/Porto Alegre:

Ora, foi esta a situação que ocorreu com a criação da empresa TULA Part. Ltda.. Com efeito, a empresa “**Nova Investida**” (TULA Part. Ltda.): (1) recebe ações da antiga “**Investida**” (Celular CRT Part.) e (2) entrega à “**Investidora**” (TBS Celular Part. S/A) quotas de capital de sua própria emissão. No caso o valor “pago” pela “**Nova Investida**” – TULA Part. Ltda. (representado pelo valor de seu capital, entregue à “**Investidora**” – TBS Celular Part. S/A – na forma de quotas de capital de sua emissão) foi maior do que o valor patrimonial da participação societária adquirida (referente à antiga “**Investida**” – Celular CRT Part., entregue pela “**Investidora**” à empresa “**Nova Investida**” – TULA Part. Ltda.).

Assim, nos termos do art. 385 do Decreto 3.000, de 1999, cabe o registro de ágio na aquisição de ações, no patrimônio de TULA Part. Ltda. Por outro lado, há que ser baixado o investimento anteriormente mantido pela Investidora – TBS Celular Part. S/A – na Antiga Investida – Celular CRT Part. – podendo gerar um ganho de capital para a Investidora.

Dessa forma, depreende-se claramente que o ágio eventualmente existente na “**Investidora**” não é transferido para a “**Nova Investida**”, mas somente é baixado do ativo da “**Investidora**”, reduzindo o eventual ganho de capital a ser por ela auferido.

Isso denota que os vícios dos ágios anteriormente existentes em empresas do grupo não têm o condão de serem transferidos para o ágio surgido no patrimônio da TULA Part. S/A. Com efeito, esses vícios logriam a existência de ganho de capital nas empresas que deram baixa de seus investimentos (e dos respectivos ágios). Entretanto, não foi esse o lançamento efetuado.

Todavia, como bem consignou o atuante nos demonstrativos anexos ao Relatório Fiscal, não houve ali ágio pago, ao qual pudesse ser associado o motivo expresso no laudo de rentabilidade futura apresentado pela empresa fiscalizada. E isto porque não houve terceiros envolvidos nesta operação, mas sim transferência da titularidade das ações entre empresas do mesmo grupo, sob controle comum.

O próprio procedimento adotado para esta transferência, e para aquelas que a antecederam, evidenciam que o ágio em questão, na verdade, formou-se quando da privatização dos serviços de telefonia, e foi sendo atribuído às empresas sucessoras/adquirentes pelo valor remanescente após as amortizações apropriadas nas empresas sucedidas/alienantes, enquanto estas eram titulares do investimento.

Ressalto que o Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações da FIPECAFI (Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras, FEA/USP) elaborado por Sérgio de Iudicibus, Eliseu Martins e Ernesto Rubens Gelbcke (7ª Edição) é claro quanto à inexistência de ágio formado em operações de transferência como estas:

[...]

Logo, é necessária uma aquisição onerosa de terceiros para formação do ágio, exigência também expressa na legislação tributária:

Decreto-lei nº 1.598, de 30 de dezembro de 1977

[...]

Lei 9.532, de 10 de dezembro de 1997

[...]

É, portanto, o ágio pago na aquisição de investimentos que pode ser amortizado. Refere-se o art. 7º da Lei nº 9.532/97 ao ágio apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e este, por sua vez, trata do ágio formado entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição.

Assim, se houver uma efetiva aquisição, e o patrimônio líquido da adquirida se mostrar menor que o custo de aquisição do investimento surgirá o ágio passível de amortização com efeitos na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, desde que a pessoa jurídica detentora da participação societária adquirida com ágio incorpore a investida, ou vice-versa (art. 8º, alínea “b” da Lei nº 9.532/97).

Tal tema, inclusive, já foi apreciado por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, mas em situações mais gravosas, nas quais o ágio surge internamente, mediante reorganização societária envolvendo apenas empresas sob controle comum. Neste contexto, foram as seguintes as conclusões do I. Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães, expressas no Acórdão nº 1301-00.058 e acolhidas por unanimidade pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara desta 1ª Seção de Julgamento, em sessão de 13 de maio de 2009:

[...]

Aqui, porém, a autoridade lançadora entendeu que houve formação de ágio na criação da TBH S/A, cujo capital foi integralizado mediante conferência das ações (mantidas pelos antigos acionistas) da CRT, o qual não estava devidamente fundamentado em rentabilidade futura, a inviabilizar a dedução parcial dos valores contabilizados pela autuada.

No entanto, há evidências de formação de ágio na aquisição original da CRT por aqueles acionistas, aquisição esta que se deu em razão da privatização daquela empresa, cujo Edital estipularia preço inicial fundamentado em rentabilidade futura.

Assim, no suposto de que sejam verdadeiras estas alegações contidas em recurso voluntário – até porque sua confirmação não se justifica ante o resultado do julgamento favorável à autuada, pelas razões expostas pelo I. Relator José Ricardo da Silva – o ágio transferido até o momento em que se verificou o evento previsto no art. 7º da Lei nº 9.532/97 teria fundamento, sim, em rentabilidade futura, não havendo motivo para acolher o recurso de ofício decorrente da exoneração desta exigência.

Naquele caso, a acusação fiscal centrava-se na falta de comprovação do fundamento do ágio amortizado e, admitindo-se a transferência do ágio, vislumbrou-se a

possibilidade de seu fundamento em rentabilidade futura estar evidenciado no momento da aquisição em processo de privatização, o que desconstituiria a acusação fiscal, vez que não opostas outras condições para dedutibilidade do ágio amortizado. Já no presente caso, a autoridade fiscal, apesar de também questionar o fundamento do ágio contabilizado, observou que requisitos preliminares impediram a repercussão de sua amortização na apuração do lucro real.

A autoridade lançadora demonstra no Termo de Verificação Fiscal, às fls. 395/398, que o investimento inicial de R\$ 9,6 bilhões feito pelo Santander Hispano, para aquisição do Banespa, permaneceu sob sua titularidade indireta, ao final representado por investimento na controlada Banco Santander S/A, que posteriormente incorporou o Banespa. Portanto, o requisito legal de extinção do investimento não se verificou, subsistindo ativas a investidora e a investida, e por conseqüência os valores representativos do ágio no patrimônio da sociedade espanhola.

Em tais condições, as amortizações promovidas pelas empresas brasileiras são indedutíveis porque não representam despesas próprias, mas sim despesas da adquirente original do investimento, que subsiste ativa. As operações societárias realizadas, visando internalizar o valor equivalente ao ágio pago pela empresa espanhola, e criar uma incorporação para supostamente atender ao requisito do art. 7º da Lei nº 9.532/97, revelam que a contribuinte buscou, apenas, uma vantagem tributária, sem alterar o controle societário da investida no Brasil.

Assim, resta comprovada a *conduta contrária à lei, intencionalmente praticada pelo contribuinte*, mas que no entender da Fiscalização seria, inclusive, hábil a justificar a qualificação da penalidade. Ocorre que, se de um lado não apenas as omissões de dados e informações constituem o dolo necessário para caracterização da fraude, verificando-se esta também quando o sujeito passivo constrói um cenário falso para aparentar a presença dos requisitos legais que autorizariam a dedução por ele pretendida, não é possível afirmar que a conduta da autuada, no presente caso, tenha alcançado estes contornos. O grupo empresarial buscou usufruir do que entendia ser um *benefício fiscal* constituindo empresa veículo para, a partir dela, formalizar uma incorporação que não realizou o objetivo final da lei, qual seja, a união patrimonial entre investida e investidora. De outro lado, porém, o ágio efetivamente existiu e foi pago pela empresa espanhola ao Estado Brasileiro, em procedimento licitatório, apenas não se verificando a incorporação entre investidora e investida, permanecendo o ágio representado no patrimônio da investidora espanhola.

Na medida em que somente a empresa espanhola detinha as condições necessárias para a aquisição, a impossibilidade de aproveitamento do ágio era uma desvantagem a ser considerada na decisão empresarial, não podendo ser posteriormente brandida com fundamento na igualdade entre os licitantes. Mas, interpretando de forma diversa a legislação, a contribuinte praticou os atos que reputou válidos para amortizar o ágio pago na aquisição do Banespa, atos que devem ser reprovados com a conseqüente exigência do crédito tributário. Contudo, não se vislumbra dolo suficiente à caracterização da fraude tributária, na medida em que o ágio existe e foi pago em procedimento licitatório, à semelhança de outros casos práticos que ensejaram o aproveitamento do disposto no art. 7º da Lei nº 9.532/97, a motivar a equivocada interpretação da contribuinte.

Por oportuno registre-se o destaque feito pelo Conselheiro José Sérgio Gomes durante esta sessão final de julgamento, reportando-se aos fundamentos do Conselheiro

Antonio José Praga de Souza no Acórdão n.º 1402-000.802 que, como já mencionado, tratou da mesma operação aqui em análise:

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

Ora, uma empresa com esses números certamente estava sujeita ao acompanhamento especial de que trata a Portaria SRF n.º 448 de 2002. Definitivamente não é crível que a dedução pudesse ser ocultada do Fisco na contabilidade ou na DIPJ da recorrente, o que em verdade não ocorreu.

Em suma, o Santander Hispano jamais abriu mão de seu controle sobre o Banespa, e manteve integralmente em seu patrimônio o investimento feito no Brasil para sua aquisição. Logo, o aporte de capital na Santander Holding, representado pelas ações detidas pelo Santander Hispano no Banespa, somente duplica o ágio que subsiste no patrimônio da investidora original. Em conseqüência, não há ágio a ser amortizado com efeitos fiscais pelas empresas nacionais, efeitos estes que somente se verificam na extinção do investimento, por alienação a terceiros ou por liquidação recíproca entre investidora e investida. Interpretando equivocadamente os dispositivos legais que tratam a matéria, a contribuinte acabou por reduzir indevidamente as bases tributáveis, de modo que regular é a exigência dos tributos não recolhidos. Todavia, não há justificativa para a qualificação da penalidade.

Quanto aos demais pontos da defesa, relativamente ao mérito da exigência principal, cumpre acrescentar que:

- *3.1 - Do Processo Fiscalizatório - Ausência de Questionamento dos Atos Praticados - Presunção da Falta de Propósito Negocial:* diz a recorrente que a Fiscalização se ateve, apenas, aos atos societários, sem buscar ou questionar a empresa acerca do propósito negocial destas operações. Todavia, os requisitos legais são claros e objetivos, sendo desnecessário perquirir qual a razão de a contribuinte ter buscado criar um contexto no qual eles aparentemente se mostrassem atendidos, para a partir dali reduzir suas bases tributáveis. Argumentos retóricos foram usados pela Fiscalização e pela recorrente, mas excluindo-os resta patente que não houve a reunião da investida e da investidora em um mesmo patrimônio, para atendimento ao requisito legal para amortização do ágio. O ágio pago pela empresa espanhola continuou figurando em seu patrimônio, agregado ao investimento promovido no Banespa, ainda que posteriormente intermediado por outras investidas no Brasil. Embora a recorrente se esforce para demonstrar que há duas realidades, o fato é que materialmente elas se confundem, na medida em que a segunda estrutura aventada, de integralização de capital da Santander Holding é meramente formal, com vistas a tentar atender os requisitos legais para amortização fiscal do ágio. Desnecessário, portanto, avaliar a qualidade da argumentação fiscal acerca da natureza do ágio pago, ou os argumentos excluídos pela Fiscalização a partir do segundo lançamento.
- *3.2 - Da Efetiva Operação Realizada - Aquisição do Banespa para Expansão das Atividades do Grupo Santander no Brasil:* irrelevante a demonstração da forma como se processou a aquisição do Banespa, pois a dita *integração das atividades bancárias*

para obtenção de sinergia do grupo Santander não ensejou a extinção do investimento na adquirente, promovendo-se apenas incorporações em níveis inferiores da organização, de modo a tentar criar o contexto previsto em lei, inviabilizado originalmente em razão das circunstâncias específicas nas quais a aquisição se verificou. Assim, a análise histórica das operações praticadas pelo Grupo apenas confirma que a aquisição do investimento, e por conseqüência o pagamento do ágio, não foi realizada pelas empresas que participaram da incorporação invocada como marco para amortização fiscal do ágio. Por sua vez, a provisão exigida pela CVM como proteção dos acionistas minoritários reafirma a impossibilidade de amortização do ágio nas empresas autuadas, e a conseqüente redução da distribuição de dividendos, à semelhança da redução do lucro tributável.

- **3.3 - Legitimidade da Aquisição do Investimento com Ágio pela Santander Holding e Posterior Aproveitamento da sua Dedutibilidade Fiscal pelo Banespa e pelo Recorrente:** a aparente regularidade formal das operações individualmente consideradas é reconhecida pela própria Fiscalização, e expressar sua fundamentação legal e o amparo em laudos de auditoria independente não afasta o vício apontado pela autoridade lançadora, no sentido de que o investimento original, adquirido com ágio, permanece no patrimônio da investidora espanhola, apenas que agora travestido em investimento em uma outra empresa do grupo no Brasil. Somente a análise individualizada dos fatos enseja a conseqüência pretendida pela recorrente. Se analisadas em conjunto, as operações revelam que materialmente o investimento inicial subsiste na empresa espanhola (nas palavras da recorrente, o Santander Hispano *passou a possuir em seu ativo um investimento em outra sociedade controlada (Santander Holding) no mesmo valor de R\$ 9,57 bilhões*), mas ainda assim a controlada passa a dispor, em seu patrimônio, do almejado ativo amortizável, para fins de redução de seu lucro tributável, o qual somente deveria existir mediante liquidação recíproca daquele ativo da investidora com o patrimônio líquido da investida. Irrelevantes, assim, as referências feitas pela autoridade julgadora de 1ª instância às irregularidades no valor atribuído às ações conferidas em aumento de capital da Santander Holding. E, quanto à obra de Ricardo Mariz de Oliveira (*Fundamentos do Imposto de Renda*, São Paulo: Quartier Latin, 2008), pertinente observar que o mesmo autor diz na p. 766: *Voltando ao primeiro e principal requisito para que a amortização seja dedutível - haver absorção de patrimônio por meio de incorporação, fusão ou cisão deve-se ter presente que, a despeito da largueza de opções dadas pela Lei n. 9532 para a consecução do seu desiderato, trata-se de condição a ser cumprida em sua substância, e não apenas formalmente, até tendo em vista a continuidade da vigência da norma de proibição da dedução da amortização se não houver um desses atos, prevista no art. 23 do Decreto-lei n. 1598*. Portanto, é insuficiente que a amortização do ágio se verifique em contrapartida dessa expectativa de lucros a serem gerados, sendo fundamental a absorção de patrimônio envolvendo investidora e investida. No mais, o tratamento fiscal conferido ao ágio não pode ser interpretado como benefício fiscal, tendo em conta as justificativas expressas para edição da Lei nº 9.532/97, como inicialmente exposto, de modo que as argumentações acerca da extrafiscalidade, e a discussão acerca da fundamentação do ágio pago são irrelevantes, pois não se verificou a absorção de patrimônio entre investida e investidora.

- **3.4 — Isonomia entre Concorrentes e Neutralidade Fiscal na Alienação do Banespa - Inexistência de Privilégio Exclusivo para as Empresas Nacionais de Aproveitamento Fiscal do Ágio:** na medida em que as disposições dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97

não são interpretadas como benefício fiscal, não tem lugar, aqui, a pretensão da recorrente em legitimar as operações formalizadas para construir o cenário legal no qual a amortização, com efeitos fiscais, seria admitida. A isonomia na licitação para alienação do Banespa restou atendida com a observância aos requisitos da Lei nº 8.666/93, e nenhuma restrição verificou-se *em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes*. Impróprio também invocar igualdade de tratamento tributário, se a adquirente é empresa domiciliada na Espanha e sequer se submete às leis brasileiras para fins de tributação de renda e patrimônio. O reflexo da Lei nº 9.532/97 na oferta de um maior lance nas licitações é uma inferência da recorrente, que não tem respaldo na motivação da lei, de modo que a entrega do preço à União não pode ser invocada para admissibilidade das reduções do lucro tributável da empresa privatizada. Ademais, a disparidade entre o lance vencedor e aquele oferecido pelas demais concorrentes permite inferir, também, que a empresa espanhola vislumbrava vantagens globais para o grupo, para além da própria rentabilidade que a empresa adquirida poderia, individualmente, gerar. E são estas vantagens que determinam o valor do lance, e não o alegado “benefício fiscal”, cuja execução, inclusive, revestia-se de incertezas por depender de uma estruturação que apresentasse os contornos exigidos por lei para admissibilidade das deduções nela previstas. Acrescente-se, ainda, que o aporte do lance como capital de uma empresa veículo, para que esta participasse do leilão público – estratégia desconsiderada por prejudicar *o sigilo do prego ofertado* – não seria suficiente para caracterizar esta intermediária como adquirente e permitir-lhe a amortização do ágio com efeitos fiscais em caso de incorporação da ou pela investida, na medida em que a empresa assim criada representaria apenas uma extensão do caixa da real adquirente, de modo que a subsequente incorporação não ensejaria a união de patrimônios entre investidora e investida, exigida pela Lei nº 9.532/97.

- *3.5 — Da Sistemática de Alienação das Ações no Leilão — Sigilo do Lance como Fator Determinante para a Aquisição do BANESPA*: o direito ao sigilo da proposta é invocado como impedimento para o prévio aporte do lance no Brasil. O fato, porém, é que os recursos para tal aquisição eram da controladora espanhola, de modo que sua atuação como adquirente nada mais é do que a verdade. Qualquer outra forma adotada somente mascararia esta realidade (a própria recorrente reconhece a inviabilidade de a Santander Holding atuar *como licitante no processo de leilão do Banespa, que, do ponto de vista operacional e administrativo, especialmente em razão de seu capital de R\$ 1.000,00 à época*), restando inadmissível a invocação de sua não implementação em favor da prática realizada.
- *3.6 — Da Necessidade (Imprescindibilidade) da Santander Holding — Fundamento Econômico para o Presente Concreto*: a necessidade de uma instituição não-financeira no Brasil para aporte da participação societária detida pelo Santander Hispano somente justifica o fato de este aporte não ter sido feito em uma das instituições financeiras do Grupo já existentes no Brasil, e não desconstitui o aporte feito sem a intenção de efetivamente transferir a participação societária para a empresa destinatária, permanecendo o Banespa sob o controle indireto do Santander Hispano. Dizer que no aporte de capital na Santander Holding *o componente fiscal era uma das possíveis conseqüências lógicas da referida estratégia econômica* mascara a realidade, pois nenhuma outra razão se verifica na pretendida transferência da participação societária no Banespa para uma empresa brasileira, que não a dedução fiscal do ágio pago pela empresa espanhola. Em verdade, o único propósito destas operações é fazer valer o que a recorrente entende ser um direito seu, em razão da equivocada interpretação de um

dispositivo legal como “benefício fiscal” concedido aos participantes de licitações para privatização de empresas públicas, de modo que, também aqui, à semelhança da jurisprudência invocada pela autoridade lançadora, não se verifica propósito negocial na criação da “empresa veículo” Santander Holding, sendo irrelevante, inclusive, que ela tenha sido criada antes do processo licitatório. Quanto à preservação dos direitos dos acionistas minoritários do Banespa, como já dito, a constituição de provisão na Santander Holding no montante total do ágio trata-se de providência exigida pela CVM justamente porque não há substância no ágio assim transferido, vez que ele subsiste materialmente no patrimônio da real investidora. Por fim, as justificativas para o baixo capital social e ausência de empregados, em razão da atividade de holding, não permitem que se olvide da existência da Santander Holding por apenas 10 meses, sob a justificativa de esta seria *uma etapa do processo de integração bancária do grupo no Brasil, permitindo a sinergia decorrente de integração tecnológica e operacional*, pois estas operações permaneceram, antes e depois do aporte questionado, sob o comando do Grupo empresarial, inexistindo demonstração de qualquer atividade específica praticada pela holding neste sentido, senão servir de veículo para o aproveitamento da dedução do ágio.

- 3.7 — *Da Teoria do Propósito Negocial — Aplicabilidade às Operações Praticadas:* como restou aqui demonstrado, o *direito à fruição da amortização do ágio* exige a participação direta da *sociedade que o pagou*, mediante união de seu patrimônio ao da investida. Ademais, mantido o controle da investida pela sociedade espanhola, não há o que se falar em direito da *sociedade que explora a instituição adquirida*. Não se nega o direito de um grupo societário promover planejamento tributário e estruturar suas atividades de modo a pagar menos tributo. Apenas que o resultado destas operações deve se materializar segundo os contornos legais. No presente caso, a análise do “filme” mostra que a aquisição do Banespa foi promovida pelo Santander Hispano, o qual permanece como titular deste investimento, não se materializando o encontro patrimonial da investidora com a investida. A inexistência de propósito negocial não se verifica na aquisição – esta certamente meio para que o grupo Santander pudesse vir a se tornar *o maior banco privado em atividade no território nacional* –, mas sim nas operações subseqüentes que se prestaram, apenas, a construir o contexto no qual a lei, em seu entender, permitiria a redução do lucro tributável da investida mediante amortização do ágio pago.

Pertinente observar, neste ponto, que os argumentos trazidos pela Procuradoria da Fazenda Nacional em 31/05/2012 (fls. 1773/1785) não suscitam maiores investigações para a conclusão aqui adotada. A permanência, no patrimônio do Santander Hispano, do investimento originalmente feito para aquisição do Banespa, aí incluído materialmente o ágio pago – ainda que sem destaque específico, em razão do que determinaria a legislação espanhola, como alega a recorrente –, já havia sido objeto de acusação pela Fiscalização e, inclusive, reconhecido pela recorrente em sua defesa (fl. 1394). O fato de este ágio também ter sido amortizado pelo Santander Hispano poderia reforçar a acusação fiscal, e eventualmente até sustentar a qualificação da penalidade, caso implementada antes do transcurso do prazo decadencial. De toda sorte, a descrição fiscal se mostra suficiente para a manutenção da parcial da exigência, apenas com exclusão da qualificação da penalidade.

Relevante, apenas, é refutar a afirmação da contribuinte, nas razões opostas àquela petição da Fazenda Nacional, de que *se existissem DOIS ÁGIOS sendo aproveitados o balanço CONSOLIDADO contemplaria DUAS VEZES o referido ágio* (fls. 1786/1797). Isto

porque a consolidação de demonstrações financeiras exige a eliminação das transações realizadas entre empresas do grupo, de modo a evitar esta duplicidade.

No presente caso, com a incorporação da Santander Holding pelo Banespa, o ativo equivalente à participação societária nela aportada como capital pelo Santander Hispano foi parcialmente liquidado em contrapartida ao patrimônio líquido do Banespa, subsistindo apenas o ágio no Ativo Diferido da incorporadora. De outro lado, o capital social da Santander Holding (R\$ 1.000,00 acrescido do investimento de R\$ 9,6 bilhões) foi somado ao eventual remanescente do Banespa após a liquidação anterior, de modo a representar, no patrimônio líquido da empresa brasileira, o reflexo do investimento mantido no ativo do Santander Hispano. Na consolidação, o ativo representado pela participação do Santander Hispano no Banespa (ou nas empresas brasileiras que intermedeiam este controle) é excluído em contrapartida ao patrimônio líquido do Banespa (ou das empresas intermediárias), subsistindo novamente apenas o ágio registrado como intangível na demonstração consolidada.

Logo, apesar de o Santander Hispano manter registrada a participação societária no Banespa por R\$ 9,6 bilhões, é possível parte deste mesmo valor estar reconhecido em empresa brasileira como ágio, sem que na consolidação das demonstrações financeiras do grupo sejam revelados dois registros representativos de ágio. Na verdade, a apresentação de apenas um ágio no demonstrativo consolidado do grupo confirma que ele tem existência única, e não pode ser admitido como item patrimonial da empresa espanhola e ativo amortizável de empresa brasileira.

Ressalte-se, também, que a manutenção integral do investimento para aquisição do Banespa no patrimônio do Santander Hispano, ainda que não permitisse a amortização, também na Espanha, do ágio pago nesta aquisição – afirmação da recorrente, suportada pelas declarações de fls. 1798/1811, no sentido de que o investimento no Banespa, representado por participação no Banco Santander S/A (Brasil), até 2003 estava representando pelo valor R\$ 9,6 bilhões –, representaria custo hábil a reduzir o resultado que viesse a ser apurado em eventual alienação daquele investimento, apesar de a amortização daquele valor já ter sido integralmente aproveitada no Brasil, por meio da pretensa transferência promovida pelo Grupo e validamente refutada pela Fiscalização nestes autos. Como se disse, a amortização aqui glosada é indedutível porque não representa despesa da autuada, mas sim da investidora.

Subsidiariamente a recorrente também questiona outros aspectos decorrentes da admissibilidade da acusação fiscal. Inicialmente diz que inexistente previsão legal para adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com amortização de ágio considerada indedutível.

Todavia, como o trabalho fiscal resultou na conclusão de que *o ágio permanece indiretamente como um ativo da sociedade espanhola, por meio de sua participação na sua controlada brasileira*, sua amortização resta inadmissível no próprio lucro contábil, referência primeira para apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL. Logo, é desnecessária norma específica que determine a adição destes valores à base de cálculo daquela contribuição, como adiante se demonstrará.

A Lei nº 7.689/88, ao instituir a CSLL, não cogitou especificamente da adição, à sua base de cálculo, de amortizações de ágio que tivessem reduzido o lucro contábil, ou da exclusão de acréscimos decorrentes da amortização de deságio:

Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;

b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;

c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela: (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

2 - adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

3 - adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita; (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)

6 - exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base. (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)

§ 2º No caso de pessoa jurídica desobrigada de escrituração contábil, a base de cálculo da contribuição corresponderá a dez por cento da receita bruta auferida no período de 1º janeiro a 31 de dezembro de cada ano, ressalvado o disposto na alínea b do parágrafo anterior.

Já no âmbito da apuração do lucro real, o Decreto-lei nº 1.598/77 disciplinou os efeitos das amortizações de ágio e deságio, mas em razão do disposto em seu art. 34, a Lei nº 9.532/97 impôs limites à amortização do ágio naqueles casos, alinhando os efeitos fiscais aos contábeis, como aqui já demonstrado.

E, também como já visto, ao cuidar da qualidade das demonstrações financeiras das companhias abertas, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) já havia identificado a distorção promovida por operações como as aqui verificadas, ao final das quais o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original. Por sua vez, a solução encontrada para corrigir esta divergência foi, justamente, a constituição de uma provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido, a qual se presta a neutralizar os efeitos do ativo contabilizado em razão da transferência do ágio, exceto em relação ao *benefício fiscal decorrente da sua amortização*, consoante expresso no texto consolidado da Instrução Normativa CVM nº 319/99, alterada pela Instrução Normativa CVM nº 349/2001:

Art. 6º - O montante do ágio ou do deságio, conforme o caso, resultante da aquisição do controle da companhia aberta que vier a incorporar sua controladora será contabilizado, na incorporadora, da seguinte forma:

I. nas contas representativas dos bens que lhes deram origem – quando o fundamento econômico tiver sido a diferença entre o valor de mercado dos bens e o seu valor contábil (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 1º);

II. em conta específica do ativo imobilizado (ágio) – quando o fundamento econômico tiver sido a aquisição do direito de exploração, concessão ou permissão delegadas pelo Poder Público (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 2º, alínea b); e

III. em conta específica do ativo diferido (ágio) ou em conta específica de resultado de exercício futuro (deságio) – quando o fundamento econômico tiver sido a expectativa de resultado futuro (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 2º, alínea a).

§ 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.

§ 2º A reserva referida no parágrafo anterior somente poderá ser incorporada ao capital social, na medida da amortização do ágio que lhe deu origem, em proveito de todos os acionistas, excetuado o disposto no art. 7º desta Instrução.

§ 3º Após a incorporação, o ágio ou o deságio continuará sendo amortizado observando-se, no que couber, as disposições das Instruções CVM nº 247, de 27 de março de 1996, e nº 285, de 31 de julho de 1998. (negrejou-se)

Não se trata, aqui, de determinar incidência tributária a partir de ato normativo da CVM, cuja competência, sabe-se, não afeta este campo interpretativo. Trata-se, apenas, de argumento de reforço à conclusão, já antes expressa, de que a transferência do ágio promovida mediante empresa veículo acaba por duplicar seu valor no patrimônio da investida e da investidora, e exige procedimentos contábeis para neutralização deste efeito indesejado.

A escolha feita pela CVM confirma que o registro sem substância econômica corresponde ao ágio que surge no patrimônio da empresa veículo e, depois, no patrimônio da incorporadora (investida), entendimento que se alinha à conclusão antes expressa acerca da repercussão desta operação no âmbito da apuração do IRPJ, a qual concentra na investidora os efeitos da amortização do ágio por ela originalmente pago.

Diante deste contexto, a neutralização dos efeitos contábeis da amortização do ágio na investida, mediante realização da provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido, justifica a incidência da CSLL sobre os valores amortizados. Em outras palavras, o lucro líquido, base de cálculo daquela contribuição, deve ser aquele apurado contabilmente, tendo em conta não só a dedução da amortização, como também a neutralização de seus efeitos pela realização de provisão criada em razão da ausência de substância econômica do ágio transferido.

Veja-se que a CVM admite o reconhecimento, no resultado, do benefício fiscal que decorreria da amortização do ágio transferido, mediante constituição de uma provisão inferior ao montante do ágio transferido. Mas, como dito, aquela instituição não tem competência para fixar critérios interpretativos de incidência tributária, de modo que evidenciada a indedutibilidade da amortização do ágio transferido, resta sem substância econômica a totalidade deste valor, o que justifica a exigência da CSLL sobre as mesmas bases de cálculo adotadas para o IRPJ.

Demais disso, embora à primeira vista a Lei nº 9.532/97 aparente surtir efeitos apenas **nos balanços correspondentes à apuração de lucro real**, na medida em que esta aproximou-se, no caso de ágio pago por expectativa de rentabilidade futura, da apuração do lucro contábil como antes mencionado, é possível interpretar que a lei, ao valer-se daqueles termos, e não meramente firmar a dedutibilidade da amortização na apuração do lucro real, repercutiria, também, na apuração da base de cálculo da CSLL, inclusive como expresso na Instrução Normativa SRF nº 390/2004:

Subseção III

Do Investimento em Sociedades Coligadas ou Controladas Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido

Da incorporação, fusão ou cisão

Art. 75. 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 1977, deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento econômico seja:

I - valor de mercado de bens ou direitos do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos períodos de apuração futuros, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio;

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio.

§ 1º Alternativamente, a pessoa jurídica poderá registrar o ágio ou deságio a que se referem os incisos II e III do caput em conta do patrimônio líquido.

§ 2º A opção a que se refere o § 1º aplica-se, também, à pessoa jurídica que tiver absorvido patrimônio de empresa cindida, na qual tinha participação societária adquirida com ágio ou deságio, com o fundamento de que trata o inciso I do caput, quando não tiver adquirido o bem a que corresponder o referido ágio ou deságio.

§ 3º O valor registrado com base no fundamento de que trata:

I - o inciso I do caput integrará o custo do respectivo bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e para determinação das quotas de depreciação, amortização ou exaustão;

II - o inciso II do caput:

a) poderá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de ágio;

b) deverá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de deságio;

III - o inciso III do caput não será amortizado, devendo, no entanto, ser:

a) computado na determinação do custo de aquisição na apuração de ganho ou perda de capital, no caso de alienação do direito que lhe deu causa ou de sua transferência para sócio ou acionista na hipótese de devolução de capital;

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

c) computado como receita, se deságio, no encerramento das atividades da empresa.

§ 4º As quotas de depreciação, amortização ou exaustão de que trata o inciso I do § 3º serão determinadas em função do prazo restante de vida útil do bem ou de utilização do direito, ou do saldo da possança, na data em que o bem ou direito tiver sido incorporado ao patrimônio da empresa sucessora.

§ 5º A amortização a que se refere a alínea "a" do inciso II do § 3º, observado o máximo de 1/60 (um sessenta avos) por mês, poderá ser efetuada em período maior do que sessenta meses, inclusive pelo prazo de duração da empresa, se determinado, ou da permissão ou concessão, no caso de empresa permissionária ou concessionária de serviço público.

§ 6º Na hipótese da alínea "b" do inciso III do § 3º, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa jurídica usuária ao pagamento da CSLL que deixou de ser recolhida, acrescida de juros de mora e multa, de mora ou de ofício, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 7º O valor que servir de base de cálculo da CSLL a que se refere o § 6º poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

§ 8º O disposto neste artigo aplica-se, também, quando:

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

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

§ 9º O controle e as baixas, por qualquer motivo, dos valores de ágio ou deságio, na hipótese deste artigo, serão efetuados exclusivamente na escrituração contábil da pessoa jurídica. (negrejou-se)

Assim, quer em razão do disposto na Instrução Normativa SRF nº 390/2004, quer por interpretação dos termos da Lei nº 9.532/97 no contexto em que foi editada, e mesmo em consequência da apuração contábil, a base de cálculo da CSLL necessariamente restaria indevidamente afetada pela amortização do ágio aqui em comento, caso reconhecida sua existência no patrimônio da autuada após a reorganização societária debatida nestes autos, bem como sua fundamentação em rentabilidade futura.

Não se vislumbra, dessa forma, qualquer especificidade que possa ensejar um resultado diferenciado para a exigência de CSLL decorrente da glosa de amortização do ágio que passou a integrar o patrimônio da autuada após a reorganização societária em comento.

Constatado, aqui, que o aporte das ações do Banespa na Santander Holding não fez desaparecer, no patrimônio do Santander Hispano, o valor original do investimento

adquirido com ágio, resta sem substância o ágio reconhecido contabilmente na Santander Holding, de modo, inclusive, a justificar a anulação de sua amortização, como reconhecido pela recorrente, por meio da realização da provisão exigida pela CVM. Assim, é este lucro contábil, no qual os efeitos da amortização já foram neutralizados pela realização da referida provisão, que se presta como ponto de partida para a apuração do lucro tributável, mostrando-se correto o ajuste procedido pela autoridade lançadora e a conseqüente exigência da contribuição questionada.

Estas as razões, portanto, para DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário relativamente às glosas de amortização de ágio, de modo a apenas afastar a qualificação da penalidade.

A recorrente também aponta a existência de *vício na apuração dos saldos de prejuízo fiscal e base negativa da CSLL*, Diz que a glosa de compensações indevidas de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL do Banespa em 31 agosto de 2006 (quando foi incorporado pelo Recorrente) somente ocorreu porque *não foram considerados os saldos de prejuízos ou de bases negativas anteriores ao ano-calendário de 2005*, que equivaliam a R\$ 21.007.348,78 e R\$ 250.982.679,35, respectivamente, conforme seus registros na Parte B do LALUR. O saldo de prejuízos fiscais reduziria a exigência de IRPJ em 2005, e o saldo de bases de cálculo negativas reduziria a exigência de CSLL em 2005 e 2006.

Nos demonstrativos de apuração dos autos de infração observa-se que:

- No ano-calendário 2005, a autoridade lançadora reverteu para lucro os prejuízos/bases negativas declarados, calculando os tributos devidos antes de compensações de prejuízos/bases negativas de períodos anteriores;
- No período de 01/01 a 31/08/2006, a autoridade lançadora exigiu tributos calculados sobre as amortizações indevidas, bem como sobre a glosa de prejuízos/bases negativas compensados indevidamente.

Quanto à glosa de prejuízos/bases negativas compensados indevidamente em 2006, vê-se nos demonstrativos de fls. 362 e 371, que a Fiscalização não reconheceu a existência de prejuízos/bases negativas acumulados antes de 2005, de modo, que revertidos para lucro os prejuízos/bases negativas inicialmente declarados em 2005, necessariamente deveria ser glosada a compensação feita em 2006, que somente poderia ter por origem os prejuízos/bases negativas apurados em 2005.

Diz a recorrente que *não foram considerados os saldos de prejuízos ou de bases negativas anteriores ao ano-calendário de 2005*, asseverando que eles estariam escriturados em seu LALUR. E, de fato, às fls. 295/297 consta que as parcelas prejuízo fiscal acumulado nos valores de R\$ 584.381,31 e R\$ 20.422.967,47, compensadas em 31/08/2006, teriam origem em prejuízos apurados nos anos-calendário 2003 e 2004, restando apenas a parcela de R\$ 209.084.527,66 atribuída ao ano-calendário 2005. Já quanto à compensação promovida em 31/08/2006 com bases negativas de períodos anteriores, R\$ 21.567.478,26 teria origem em apuração de 2001, R\$ 106.133.657,23 em apuração de 2002 e R\$ 112.335.851,84 em apuração de 2003, nada decorrendo da apuração de 2005, cujo montante originalmente apurado foi integralmente baixado em razão da incorporação do Banespa em 31/08/2006 (fl. 298/301).

De outro lado, descreve a autoridade lançadora que promovera lançamento de IRPJ e CSLL relativo aos períodos de apuração de 2002 a 2004 nos autos do processo administrativo nº 16561.000222/2008-72, providência que somente seria possível mediante a reversão dos prejuízos fiscais e bases negativas ali apurados. Somente não há notícia acerca da eventual reversão da base negativa de CSLL apurada no ano-calendário 2001 (utilizada no valor de R\$ 21.567.478,26), motivo pelo qual, nesta parte, a glosa resta injustificada e não pode subsistir.

Com referência à impossibilidade de lançamentos fiscais ainda não definitivos afetarem prejuízos fiscais/bases negativas, não prospera a alegação da recorrente. A revisão da apuração do lucro real e da base de cálculo negativa pela autoridade fiscal, mediante lançamento, é ato administrativo dotado de presunção de legitimidade, e seu questionamento no âmbito administrativo somente autoriza a suspensão da exigibilidade do crédito tributário lançado, na forma do art. 151 do CTN. No mais, a autoridade tributária tem o poder-dever de adotar as demais providências decorrentes daquela revisão, e dentre elas está a glosa da compensação dos prejuízos/bases negativas infirmados em procedimento fiscal anterior, da qual pode, inclusive, decorrer a necessidade de lançamento, sujeito a prazo decadencial, que poderia transcorrer caso se aguardasse a conclusão do contencioso administrativo para sua formalização.

Assim, cumpre DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário, para afastar a glosa de compensação de base negativa em 31/08/2006, no valor de R\$ 21.567.478,26, por ausência de motivação. Frise-se, apenas, que esta falha não afeta a validade do lançamento, que subsiste íntegro relativamente ao restante da exigência regularmente suportada pelos motivos de fato e de direito expressos pela autoridade lançadora. Às autoridades julgadoras compete verificar a legalidade do crédito tributário exigido, que por ser divisível, permite a exclusão, apenas, de parcelas que não encontram respaldo nos autos do processo administrativo.

Relativamente à aplicação de multa de ofício na hipótese de responsabilidade tributária por sucessão, trata-se de matéria já sumulada neste Conselho:

Súmula CARF nº 47: 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.

Como exhaustivamente demonstrado, o ágio em questão surge a partir do momento em que o Banespa passa a integrar o Grupo Santander, seguindo-se operações envolvendo empresas do mesmo grupo para viabilizar sua amortização, ensejando lançamento em face de incorporadora do Banespa, também do mesmo grupo empresarial. Em tais condições, a jurisprudência já se pacificou, nos termos da Súmula referida, em favor da aplicação da multa de ofício à sucessora.

Por tais razões, deve ser NEGADO PROVIMENTO ao recurso voluntário neste ponto.

Por fim, os juros de mora incidentes sobre a multa de ofício são mantidos com fundamento nas razões de decidir da I. Conselheira Viviane Vidal Wagner expressas em voto vencedor em julgamento proferido em 11/03/2010 na Câmara Superior de Recursos Fiscais, formalizado no Acórdão nº 9101-00.539:

Com a devida vênia, ousou discordar do ilustre relator no tocante à questão da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

De fato, como bem destacado pelo relator, - o crédito tributário, nos termos do art. 139 do CTN, comporta tanto o tributo quanto a penalidade pecuniária.

Em razão dessa constatação, ao meu ver, outra deve ser a conclusão sobre a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

Uma interpretação literal e restritiva do caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96, que regula os acréscimos moratórios sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições, pode levar à equivocada conclusão de que estaria excluída desses débitos a multa de ofício.

Contudo, uma noíma não deve ser interpretada isoladamente, especialmente dentro do sistema tributário nacional.

No dizer do jurista Juarez Freitas (2002, p.70), "interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do direito."

Merece transcrição a continuidade do seu raciocínio:

"Não se deve considerar a interpretação sistemática como simples instrumento de interpretação jurídica. É a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se compreendem os enunciados prescritivos nos plexos dos demais enunciados ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação." (A interpretação sistemática do direito, 3.ed. São Paulo:Malheiros, 2002, p. 74).

Daí, por certo, decorrerá uma conclusão lógica, já que interpretar sistematicamente implica excluir qualquer solução interpretativa que resulte logicamente contraditória com alguma norma do sistema.

O art. 161 do CTN não distingue a natureza do crédito tributário sobre o qual deve incidir os juros de mora, ao dispor que o crédito tributário não pago integralmente no seu - vencimento é acrescido de juros de mora, independentemente dos motivos do inadimplemento.

Nesse sentido, no sistema tributário nacional, a definição de crédito tributário há de ser uniforme.

De acordo com a definição de Hugo de Brito Machado (2009, p.172), o crédito tributário "é o vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional)."

Converte-se em crédito tributário a obrigação principal referente à multa de ofício a partir do lançamento, consoante previsão do art. 113, §1º, do CTN:

"Art. 113 A obrigação tributária é principal ou acessória

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito tributário dela decorrente.

A obrigação tributária principal surge, assim, com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, o que inclui a multa de ofício proporcional.

A multa de ofício é prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, e é exigida "juntamente com o imposto, quando não houver sido anteriormente pago" (§1º).

Assim, no momento do lançamento, ao tributo agrega-se a multa de ofício, tomando-se ambos obrigação de natureza pecuniária, ou seja, principal.

A penalidade pecuniária, representada no presente caso pela multa de ofício, tem natureza punitiva, incidindo sobre o montante não pago do tributo devido, constatado após ação fiscalizatória do Estado.

Os juros moratórios, por sua vez, não se tratam de penalidade e têm natureza indenizatória, ao compensarem o atraso na entrada dos recursos que seriam de direito da União.

A própria lei em comento traz expressa regra sobre a incidência de juros sobre a multa isolada.

Eventual alegação de incompatibilidade entre os institutos é de ser afastada pela previsão contida na própria Lei nº 9.430/96 quanto à incidência de juros de mora sobre a multa exigida isoladamente. O parágrafo único do art. 43 da Lei nº 9.430/96 estabeleceu expressamente que sobre o crédito tributário constituído na forma do caput incidem juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

O art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, ao se referir a débitos decorrentes de - tributos e contribuições, alcança os débitos em geral relacionados com esses tributos e contribuições e não apenas os relativos ao principal, entendimento, dizia então, reforçado pelo fato de o art. 43 da mesma lei prescrever expressamente a incidência de juros sobre a multa exigida isoladamente.

Nesse sentido, o disposto no §3º do art. 950 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99) exclui a equivocada interpretação de que a multa de mora prevista no caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96 poderia ser aplicada concomitantemente com a multa de ofício.

Art. 950. Os débitos não pagos nos prazos previstos na legislação específica serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento por dia de atraso (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61).

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo 13 - previsto para o pagamento do imposto até o dia em que ocorrer o seu pagamento (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, § 1º).

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, § 2º).

§ 3º A multa de mora prevista neste artigo não será aplicada quando o valor do imposto já tenha servido de base para a aplicação da multa decorrente de lançamento de ofício.

A partir do trigésimo primeiro dia do lançamento, caso não pago, o montante do crédito tributário constituído pelo tributo mais a multa de ofício passa a ser acrescido dos juros de mora devidos em razão do atraso da entrada dos recursos nos cofres da União.

No mesmo sentido já se manifestou este E. colegiado quando do julgamento do Acórdão nº CSRF/04-00.651, julgado em 18/09/2007, com a seguinte ementa:

JUROS DE MORA — MULTA DE OFÍCIO — OBRIGAÇÃO PRINCIPAL — A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário

corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

Nesse sentido, ainda, a Súmula Carf nº 5: "São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral."

Diante da previsão contida no parágrafo único do art. 161 do CTN, busca-se na legislação ordinária a norma complementar que preveja a correção dos débitos para com a União.

Para esse fim, a partir de abril de 1995, tem-se a taxa Selic, instituída pela Lei nº 9.065, de 1995.

A jurisprudência é forte no sentido da aplicação da taxa de juros Selic na cobrança do crédito tributário, como se vê no exemplo abaixo:

REsp 1098052 / SP RECURSO ESPECIAL 2008/0239572-8

Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125)

Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento 04/12/2008

Data da Publicação/Fonte DJe 19/12/2008

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. LANÇAMENTO. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

1. É infundada a alegação de nulidade por maltrato ao art. 535 do Código de Processo Civil, quanto o recorrente busca tão-somente rediscutir as razões do julgado.

2. Em se tratando de tributos lançados por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte e na falta de pagamento da exação no vencimento, a inscrição em dívida ativa independe de procedimento administrativo.

3. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários (Precedentes: AgRg nos EREsp 579.565/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 11.09.06 e AgRg nos EREsp 831.564/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 12.02.07).(g.n)

No âmbito administrativo, a incidência da taxa de juros Selic sobre os débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal foi pacificada com a edição da Súmula CARF nº 4, nos seguintes termos:

*Súmula **CARFn**º 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*

Diante do exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso do contribuinte e DAR PROVIMENTO ao recurso da Fazenda Nacional para considerar aplicável a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, devidos à taxa Selic.

Estas as razões, portanto, para NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente aos juros de mora aplicados sobre a multa de ofício.

Por todo o exposto, além de REJEITAR as preliminares de nulidade da decisão recorrida e do lançamento, bem como a arguição de decadência/preclusão, e uma vez

Processo nº 16643.000142/2010-21
Acórdão n.º **1101-000.961**

S1-C1T1
Fl. 133

prevalecendo o entendimento desta Turma contrário à aplicação dos efeitos da conexão, o presente voto é no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário para excluir da base tributável pela CSLL parte da glosa de compensação de bases negativas, no valor de R\$ R\$ 21.567.478,26 e afastar a qualificação da penalidade.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro JOSÉ RICARDO DA SILVA

As razões para rejeitar a preliminar de conexão suscitada pela Conselheira Relatora foram bem expostas em voto vencedor de lavra do Conselheiro Benedito Celso Benício Júnior, integrado ao Acórdão nº 1101-000.889, exarado por esta Turma de Julgamento em sua antiga composição. Mantendo-me filiado ao entendimento ali exteriorizado, reproduzo-o como razões de decidir do presente julgado:

Em que pese a conveniência do simultâneo julgamento de matérias afins do mesmo contribuinte, evitando-se decisões divergentes versando sobre situações análogas, o fato de existir outro processo, cujo julgamento foi concluído, não é fator impeditivo de julgamento por este colegiado do presente processo, muito menos implica a replicação de julgado anterior.

Não se vinculam decisões proferidas por órgãos distintos, exaradas no exercício de suas respectivas competências. Juízes distintos podem interpretar os mesmos fatos e as mesmas normas jurídicas de formas diversas, de maneira que exigir que o julgamento de um processo tenha que obedecer a decisão de outro julgado anterior importa afronta à ampla defesa e o contraditório, na medida em que restaria impossibilitada uma parte de argumentar para provar seu alegado direito e as razões de discordar de decisão de outro julgador.

Busca-se, com replicação do julgamento, privilegiar o princípio da segurança jurídica, porquanto as decisões seriam conformes. Impor, porém, que as sentenças se reproduzam de acordo com o entendimento daquele primeiro julgador que decidiu a matéria ensejaria enorme prejuízo a outros caros princípios do Estado Democrático de Direito, como o da ampla defesa e do contraditório.

Se tanto não bastasse, o princípio do livre convencimento do juiz restaria seriamente comprometido, porque os julgadores que sobreviessem ao primeiro estariam condicionados à decisão daquele. Lembre-se que não raras vezes julgadores distintos fundamentam decisões atinentes a situações análogas das mais variadas formas.

Lembre-se que estão previstas no Regimento Interno as hipóteses em que ficam condicionadas as decisões dos julgadores administrativos, não figurando dentre elas, a hipótese de existência anterior decisão, nos autos de outro processo que verse sobre situações análogas para o mesmo contribuinte.

Este tribunal administrativo está vinculado às decisões do Supremo Tribunal Federal e do Supremo Tribunal de Justiça nas hipóteses prevista no artigo 62-A do RICARF, verbis:

“Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF”

Os diversos colegiados do CARF também estão vinculados às súmulas editadas por este Tribunal, conforme inteligência do artigo 72 do RICARF, verbis:

“Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF”.

Com todas as vênias, ainda que se verifique a identidade das razões de fato e de direito, é imperioso admitir que efetivamente não deve haver qualquer vinculação entre os julgados. Isso prejudicaria, por um lado, os já alegados direitos individuais da ampla defesa e do contraditório; e, por outro, engessaria a jurisprudência e negaria o princípio do livre convencimento do juiz.

Além disso, como é pacífico, tanto na esfera judicial como na administrativa, a coisa julgada não alcança os motivos e fundamentos da decisão, ou seja, a apreciação da situação fática não produz efeitos extra processo e, desta forma, não é suficiente para vincular outro órgão julgador, conforme se depreende do disposto no art. 469 do CPC, verbis:

“Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.”
(destacamos)

Por todo exposto, afasto a preliminar de conexão.

(documento assinado digitalmente)

JOSÉ RICARDO DA SILVA – Redator designado