



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

**Processo n°** 16682.720614/2012-61  
**Recurso n°** De Ofício e Voluntário  
**Acórdão n°** 1103-001.102 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 27 de agosto de 2014  
**Matéria** Autos de infração de IRPJ, CSLL e Multa isolada. Glosa de despesas.  
**Recorrentes** BANCO BTG PACTUAL S/A  
 FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. DEDUÇÃO INDEVIDA.

É permitida a amortização de ágio nas situações em que uma pessoa jurídica absorve patrimônio de outra, em consequência de incorporação, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, inclusive no caso de incorporação da controladora por sua controlada. Na espécie, mostra-se indevida a amortização, vez que as operações societárias buscaram afinal abusivamente construir, moldar, materializar a hipótese de incidência da regra de aproveitamento fiscal do ágio, com a utilização, inclusive, de sociedade efêmera de passagem, de breve existência, que não se dedicou a qualquer outra atividade empresarial. A defesa, na tentativa de afastar o apontado abuso de direito, compreendido na dimensão de se buscar preponderantemente economia tributária, não logrou comprovar que a engenharia societária justificou-se na otimização de resultados operacionais, tendo deixado de devidamente comprovar tal relação de causa e efeito.

**ÁGIO. COMPROVAÇÃO DE SUA FORMAÇÃO. NECESSIDADE.**

Por ocasião da participação societária, o lançamento do ágio deve basear-se em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante de escrituração. No caso concreto, inexistente comprovação contemporânea do pagamento do ágio com base em rentabilidade futura, além do fato de não haver prova da realização de estudos internos, tendo o contribuinte anexado uma espécie de relatório, redigido no idioma inglês, sem data de elaboração ou assinatura, e desacompanhado dos elementos que confirmem as premissas adotadas. A prevalecer a tese da defesa, até mesmo planilhas sem assinatura, portanto, desprovidas do requisito de existência da declaração de vontade ali veiculada, ou informações prestadas por Diretor do próprio investidor, desprovidas de lastro probatório mínimo, poderiam ser aceitas, em total desconformidade com a legislação de regência. A legislação permite a

amortização do ágio pago, desde que o contribuinte comprove o seu fundamento econômico com base em elementos de prova confiáveis, sem mínima margem para dúvidas.

**ÁGIO. AMORTIZAÇÃO CONTÁBIL. BASE DE CÁLCULO DA CSLL. DEDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.**

Considerando as normas de regência, a indedutível do ágio estende-se à apuração da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

**CSLL. TRIBUTOS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa POR FORÇA DE MEDIDA JUDICIAL. DESISTÊNCIA RECURSAL.**

A desistência expressa do Recorrente quanto a determinados créditos tributários configura renúncia ao direito sobre o qual se funda o recurso interposto (art.78 do Anexo II do Regimento Interno do CARF) e implica o não conhecimento das respectivas alegações de defesa.

**CSLL. ALÍQUOTA APLICÁVEL. ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.**

No âmbito do processo administrativo tributário, veda-se aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2).

**MULTA ISOLADA POR FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTOS DE ESTIMATIVAS DE IRPJ E CSLL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO APÓS O ENCERRAMENTO DO EXERCÍCIO E CONCOMITANTEMENTE À MULTA DE OFÍCIO.**

Conforme entendimento consolidado neste Conselho (v.g. acórdão CSRF/9101-001.854, de 29/01/2014), os recolhimentos por estimativa têm natureza de antecipação do IRPJ e da CSLL, cujo fato gerador ocorre no final do exercício, de modo que o dever de antecipar desaparece após o encerramento do exercício, impossibilitando a aplicação da multa isolada. Além disso, houve *bis in idem* no caso dos autos, o que não pode ser admitido, pois, em decorrência de uma mesma conduta (aproveitamento supostamente indevido da despesa correspondente à amortização do ágio), a Fiscalização apurou (i) valores a pagar a título de estimativas mensais, sobre os quais exigiu a multa isolada e (ii) valores a pagar a título de IRPJ e CSLL devidos no ajuste anual, sobre os quais aplicou a multa de ofício.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

**DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.**

Para fins de contagem do prazo decadencial importa quando foi cometida a infração, consistente na indevida amortização do ágio como despesa, não o momento em que o ágio foi constituído, registrado contabilmente. No caso concreto, considerando os fatos geradores ocorridos em 31/12/07, 31/12/08 e 31/12/09, e a ciência dos lançamentos tributários em 26/10/12, não há se falar

em decadência pela aplicação do art.150, §4º, do CTN ou do art.173, I, do mesmo codex.

**JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC. LEGALIDADE.**

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional, incidindo também sobre esta juros de mora. Tese confirmada em reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1.335.688-PR, julgado em 4/12/12). 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 (Súmula CARF nº 4).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, negar provimento ao recurso de ofício, por maioria, vencidos os Conselheiros Eduardo Martins Neiva Monteiro (Relator) e André Mendes de Moura, que deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Breno Ferreira Martins Vasconcelos. Quanto ao recurso voluntário, não conhecer das alegações de defesa relacionadas à infração 001 (adição à base de cálculo de encargos incidentes sobre tributos com exigibilidade suspensa) em razão de expressa desistência motivada por adesão a parcelamento, por unanimidade; e, quanto à amortização de ágio (infração 002), rejeitar a preliminar de decadência, por unanimidade, e, no mérito, negar provimento, pelo voto de qualidade, vencidos os Conselheiros Fábio Nieves Barreira, Breno Ferreira Martins Vasconcelos e Marcos Shigueo Takata, que deram provimento parcial nos termos das declarações de votos que integram o presente julgado. O Conselheiro Fábio Nieves Barreira acompanhou o voto declarado do Conselheiro Marcos Shigueo Takata. O Conselheiro Aloysio José Percínio da Silva acompanhou o Relator unicamente pelo fundamento de inexistência de obrigatoriedade de aquisição indireta do controle acionário da recorrente. O Conselheiro Breno Ferreira Martins Vasconcelos também apresentará declaração de voto.

(assinado digitalmente)  
Aloysio José Percínio da Silva – Presidente

(assinado digitalmente)  
Eduardo Martins Neiva Monteiro – Relator

(assinado digitalmente)  
Breno Ferreira Martins Vasconcelos – Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Eduardo Martins Neiva Monteiro, Fábio Nieves Barreira, André Mendes de Moura, Breno Ferreira Martins Vasconcelos, Marcos Shigueo Takata e Aloysio José Percínio da Silva.

## Relatório

Trata-se de autos de infração de IRPJ e CSLL, anos-calendário 2007 a 2009, com incidência de multa de ofício no percentual de 75% e juros de mora. Foram também constituídas multas isoladas por falta/insuficiência de recolhimentos de estimativas de IRPJ e CSLL (fls.3.179/3.211).

A ciência do contribuinte ocorreu em 26/10/12 (fls.3.180 e 3.196).

As infrações foram assim descritas nos campos “*Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal*”:

### “IRPJ

*ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL. TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES COM EXIGIBILIDADE SUSPensa. Ausência de adição ao lucro líquido dos períodos fiscalizados, na determinação do Lucro Real, das atualizações monetárias, multas e outros encargos incidentes (tributo/contribuição), cuja exigibilidade suspensa nos termos dos incisos II a IV, do art.151 da Lei nº 5.172/66, conforme demonstrado no Termo de Verificação Fiscal, que é parte integrante e inseparável do presente Auto de Infração.*

*EXCLUSÕES/COMPENSAÇÕES NÃO AUTORIZADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL. EXCLUSÕES INDEVIDAS. Redução indevida do Lucro Real decorrente da amortização de ágio, conforme demonstrado no Termo de Verificação Fiscal, que é parte integrante e inseparável do presente Auto de Infração.*

*MULTA OU JUROS ISOLADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA. Falta de pagamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, incidente sobre a base de cálculo estimada em função da receita bruta e acréscimos e/ou balanços de suspensão ou redução.*

### CSLL

*FALTA/INSUFICIÊNCIA DE ADIÇÕES À BASE DE CÁLCULO AJUSTADA DA CSLL. TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES COM EXIGIBILIDADE SUSPensa. Ausência de adição ao lucro líquido dos períodos fiscalizados, na determinação da base de cálculo da CSLL, das atualizações monetárias, multas e outros encargos incidentes (tributo/contribuição), cuja exigibilidade suspensa nos termos dos incisos II a IV, do art.151 da Lei nº 5.172/66, conforme demonstrado no Termo de Verificação Fiscal, que é parte integrante e inseparável do presente Auto de Infração.*

*EXCLUSÕES INDEVIDAS DA BASE DE CÁLCULO AJUSTADA DA CSLL. EXCLUSÕES INDEVIDAS. Redução indevida da base de cálculo da CSLL decorrente da amortização*

*de ágio, conforme demonstrado no Termo de Verificação Fiscal, que é parte integrante e inseparável do presente Auto de Infração.*

*CÁLCULO DO DIFERENCIAL DA CSLL. Valor diferencial da CSLL apurado de acordo com a 'Planilha de Cálculo do Diferencial da CSLL de 6%', que é parte integrante e inseparável do presente Auto de Infração.*

*MULTA OU JUROS ISOLADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE A BASE ESTIMADA. Falta de pagamento da Contribuição Social incidente sobre a base de cálculo estimada em função da receita bruta e acréscimos e/ou balanços de suspensão ou redução.*

No “*Termo de Verificação Fiscal*” (fls.3.212/3.239), a fiscalização consignou, em síntese:

*DO ÁGIO APURADO NA AQUISIÇÃO DO CONTROLE ACIONÁRIO DO ANTIGO BANCO PACTUAL S/A*

- a ação fiscal originou-se da constatação de inconsistências, “...dentre as quais, a exclusão nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL da amortização de ágio nos anos-calendário sob fiscalização, decorrente do processo de incorporação às avessas, envolvendo a UBS Brasil Participações Ltda, controlada à época pela empresa UBS AG, com sede no exterior”;
- em 9/5/06 foi assinado o Contrato de Compra e Venda entre UBS AG, Pactual S/A e Sócios pessoas físicas;
- em 1/12/06, na Assembléia Geral Extraordinária do Banco Pactual S/A, aprovou-se o Protocolo e Justificação da Incorporação da antiga holding Pactual S/A, tendo a totalidade das ações do Banco sido transferidas aos acionistas pessoas físicas. Na mesma data, a totalidade do controle acionário foi assumida pelo UBS AG (sociedade limitada por ações constituída sob as leis da Suíça), através da holding denominada UBS Brasil Participações Ltda, constituída meses antes;
- a transferência do controle acionário do Banco Pactual S/A e suas subsidiárias para o UBS AG foi aprovada pelo Banco Central do Brasil;
- o contribuinte apresentou contrato de câmbio de compra equivalente a R\$ 2.045.684.177,81, bem como a Primeira Alteração do Contrato Social da UBS Brasil Participações Ltda, de 1/12/06, que aprovou o aumento de capital em tal valor;
- o contribuinte também forneceu extrato da conta corrente da UBS Brasil Participações Ltda no Banco UBS Pactual S/A e avisos de lançamentos de depósitos relativos a cada acionista vendedor do Banco Pactual S/A que evidencia o crédito da primeira parcela da venda (equivalente a US\$920 milhões, acrescidos dos juros contratuais), a favor de cada acionista pessoa física;
- de acordo com o Contrato de Compra e Venda, a contraprestação em dinheiro creditada aos sócios do antigo Banco Pactual S/A, após a dedução dos tributos devidos, ficaria aplicada em fundos especiais, com o aparente objetivo de manter os sócios como empregados do Banco UBS Pactual S/A por um prazo de pelo menos cinco anos;
- consta do Diário da UBS Brasil Participações Ltda registro contábil em 1/12/06, relativo à aquisição do controle acionário do Banco Pactual S/A:

Conta nº	D/C	Valor em R\$	Histórico
2.1.2.10.05.001-8 (ativo)	D	828.325.211,81	Aquisição de x ações do Banco Pactual S/A
2.1.2.10.05.101-7 (ativo)	D	<b>4.415.294.794,55</b>	Ágio na aquisição de x ações do Banco Pactual S/A
1.1.2.80.00.208-2 (ativo)	C	2.037.940.006,36	Aquisição de x ações do Banco Pactual S/A
4.9.9.20.00.101-6 (passivo)	C	3.205.680.000,00	Valor a pagar pela aquisição de x ações do Banco Pactual

- “...o valor contábil do patrimônio líquido do Banco, conforme balancete analítico na data-base do registro contábil da aquisição do Banco correspondia a R\$ 1.153.225.211,81, ao invés do custo de aquisição contabilizado no valor de R\$ 828.325.211,81, pois eventos futuros relativos à distribuição de dividendos e juros sobre o capital próprio não podem ser simplesmente deduzidos do patrimônio líquido do Banco na data da aquisição”, conforme art.385 do RIR/99;

- em 5/2/07 ocorreu a incorporação da UBS Brasil Participações Ltda pelo Banco UBS Pactual S/A, conforme decidido em Assembleia Geral Extraordinária, quando se aprovou: o Protocolo e Justificação de Incorporação da UBS Brasil Participações Ltda pelo Banco UBS Pactual S/A; o Laudo de Avaliação do Patrimônio Líquido da UBS Brasil Participações Ltda; e a incorporação, observados os termos e condições do Protocolo e Justificação;

- conforme Laudo de Avaliação de Patrimônio Líquido datado de 5/2/07, preparado por Acal Consultoria e Auditoria, no item III, que trata da metodologia e sumário dos trabalhos realizados, afirma-se que “...o patrimônio líquido da UBS Brasil Participações Ltda na data-base de 31/12/2006, foi avaliado pelo método de avaliação patrimonial – valor contábil líquido no valor de R\$ 1.215.224.995,41”. O ágio, no valor de **R\$ 4.090.394.794,55**, registrado na incorporada UBS Brasil Participações Ltda, “...em relação a sua participação societária no capital da empresa incorporadora Banco UBS Pactual S/A, apresenta rentabilidade futura como fundamentação econômica”;

- o valor do ágio, apontado no Laudo de Avaliação e no Protocolo e Justificação de Incorporação aprovados pelos sócios da UBS Brasil Participações Ltda e do Banco UBS Pactual S/A, foi assim constituído:

Patrimônio líquido na data de aquisição, conforme balancete contábil	R\$ 1.153.225.211,81
Ágio efetivamente pago (1)	<b>R\$ 884.714.794,55</b>
Valor total pago em 01/12/2006	R\$ 2.037.940.006,36
Valor a pagar, conforme condições do Contrato de Compra e Venda (2)	<b>R\$ 3.205.680.000,00</b>
Ágio apurado no Laudo de Avaliação (1) + (2)	<b>R\$ 4.090.394.794,55</b>

- considerando o desacerto do registro do ágio na Incorporadora e na Incorporada, glosou-se o valor de R\$ 324.900.000,00;

- em 31/7/06, foram constituídas a UBS Brasil Participações Ltda e a UBS Brasil Investimentos Ltda, sendo os primeiros registros contábeis realizados em 27/11/06, subsidiárias integrais da UBS AG (Suíça), tendo como objetos sociais a participação societária em instituições financeiras e a participação em outras sociedades, nacionais ou estrangeiras, na qualidade de sócia, acionista ou quotista, respectivamente;

- nos dias 1/12/06 (sexta-feira) e 4/12/06 (segunda-feira), o contrato social da **UBS Brasil Participações Ltda** sofreu algumas alterações, nos seguintes termos:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 01/04/2015 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 02/04/2015

5 por EDUARDO MARTINS NEIVA MONTEIRO, Assinado digitalmente em 01/04/2015 por BRENÓ FERREIRA MARTINS

VASCONCELOS, Assinado digitalmente em 01/04/2015 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente e

m 13/05/2015 por ALOYSIO JOSE PERCINIO DA SILVA

Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

R\$2.045.684.177,00, totalmente subscrito e integralizado pelo UBS AG.

A 2ª Alteração do Contrato Social realizada em 01/12/2006 aprovou a cessão e transferência da totalidade das quotas pertencentes ao UBS AG para a UBS Brasil Investimentos Ltda.

A 3ª Alteração do Contrato Social realizada em 04/12/2006 aprovou o aumento de capital social dos atuais R\$2.045.685.177,00 para R\$5.251.365.177,00, sendo esse aumento no valor de R\$3.205.680.000,00, totalmente integralizado pela sócia UBS Brasil Investimentos Ltda, mediante a capitalização de créditos detidos pela subscritora contra a sociedade, em moeda corrente do país.

.....  
A 4ª Alteração do Contrato Social realizada em 04/12/2006 aprovou a cessão e transferência ao UBS AG de 3.205.680.000 quotas da UBS Brasil Investimentos Ltda.”

- em 1/12/06, de acordo com a Primeira Alteração do Contrato Social da **UBS Brasil Investimentos Ltda**, aprovou-se o aumento de capital social de R\$1.000,00 para R\$2.045.686.176,00, “...totalmente subscritas e integralizadas pelo sócio UBS AG, mediante a conferência de 2.045.685.176 quotas de titularidade da subscritora, representativas do capital social da UBS Brasil Participações Ltda”;

- os eventos societários realizados no período de três dias (1/12/06 a 4/12/06) tiveram como único objetivo viabilizar a exclusão, na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, dos valores de amortização do ágio contabilizado no Banco UBS Pactual S/A após a incorporação da UBS Brasil Participações Ltda (“incorporação reversa”).

- “...Não havia propósito negocial que justificasse a constituição das citadas sociedades com o mesmo objeto social, visando à aquisição do controle societário do Banco pela empresa UBS AG (Suíça), pois conforme aprovado nas alterações contratuais, após três dias da aquisição do controle acionário do antigo Banco Pactual S.A., o UBS AG (Suíça) passou a deter diretamente 61,04% e indiretamente através da UBS Brasil Investimentos Ltda, 38,96% das ações que compunham o seu capital social”;

- do total do ágio de R\$ 4.090.394.794,55, foram efetivamente pagos R\$ 884.714.794,55, sendo que “...a parcela remanescente a pagar equivalente a R\$3.205.680.000,00 em 01/12/2006, que estava registrada no passivo - contas a pagar na UBS Brasil Participações Ltda foi cedida a UBS Brasil Investimentos Ltda em 04/12/2006 e utilizada no aumento de capital social da UBS Brasil Participações Ltda de R\$2.045.685.177,00 para R\$5.251.365.177,00, e assim viabilizou o registro da provisão sobre o valor integral do ágio na UBS Brasil Participações Ltda.”

- “...o contas a pagar registrado na UBS Brasil Participações Ltda, no valor de R\$3.205.680.000,00 não poderia ser incorporado ao próprio Banco UBS Pactual S.A, pois violaria norma societária, bem como normativos do Banco Central do Brasil”;

- o fato de o passivo, no valor de R\$3.205.680.000,00 ter sido transferido em 4/12/06 para a UBS AG reforça “...o entendimento da ausência de propósito negocial na constituição das duas sociedades de participação utilizadas na aquisição do controle acionário do antigo Banco Pactual S.A, e que de fato, a suposta obrigação a pagar aos antigos sócios do Banco Pactual S.A, no valor de R\$ 3.205.680.000,00, sempre pertenceu a empresa UBS AG (Suíça).

*Os elementos comprobatórios obtidos no curso da presente fiscalização revelaram que a constituição da UBS Brasil Participações Ltda, utilizada na aquisição do antigo Banco Pactual S.A e a sua subsequente incorporação às avessas, ocorrida num prazo exíguo considerando o início das suas atividades, teve como exclusivo propósito a economia tributária mediante sucessivas operações societárias”;*

- registros contábeis da UBS Brasil Investimentos Ltda, relativo ao exercício social findo em 2007, “...já refletindo os efeitos da incorporação, demonstravam o lançamento contábil no grupo investimentos em participações societárias permanentes – desdobrado nas contas nº 2.1.2.10.05.001-8 – Banco UBS Pactual S.A (custo) no valor de R\$947.386.207,00 e 2.1.2.10.05.101-7 – Banco UBS Pactual S.A – Ágio no valor de R\$1.098.298.968,99, no valor total de R\$2.045.684.176,00, que corresponde ao aumento de capital subscrito e integralizado pela sócia UBS AG mediante a conferência de quotas de titularidade da subscritora, representativas do capital social da UBS Brasil Participações Ltda”, demonstrariam o “... entendimento dos acionistas do Banco UBS Pactual S.A que o ágio proveniente do pagamento em dinheiro realizado em 01/12/2006 deveria ser reconhecido integralmente na UBS Brasil Investimentos Ltda”;

- conforme Contrato de Cessão e Assunção, celebrado em 4/12/06 entre a UBS Brasil Participações Ltda (cedente) e a UBS Brasil Investimentos Ltda (cessionária), este “...reconheceria um contas a receber contra o cedente no mesmo valor dos deveres e obrigações equivalentes a US\$1,480 bilhão”, sendo que tal direito “...foi utilizado na mesma data, ou seja,, 04/12/2006 para fins de integralização do capital mencionado anteriormente na UBS Brasil Participações Ltda pela UBS Brasil Investimentos Ltda, no valor equivalente a R\$3.205.680.000,00.”;

- “Mais uma vez, destacamos um negócio jurídico realizado pelo acionista controlador, UBS AG (Suíça), que carece de propósito, pois o mesmo serviu somente de passagem de um compromisso assumido de uma entidade para outra e a sua imediata capitalização, a fim de viabilizar uma estrutura de participação societária planejada pelo UBS AG (Suíça) desde o início do processo de aquisição do Banco, com o máximo de aproveitamento fiscal. A ausência de propósito comercial repousa ainda na inexistência de tempo hábil para que decisões tomadas em um primeiro momento surtam efeito. Assim, passou-se a uma segunda rodada de transações sem qualquer decurso de prazo, denunciando a mera formalidade das decisões.”;

- da análise das respostas do contribuinte às intimações fiscais, quando foi instado a descrever o propósito comercial da constituição das duas sociedades; a justificar a realização de atos societários no período de três dias; a informar sobre suposta redução de custos financeiros, operacionais, e acerca de racionalização de suas atividades; a explicar a razão pela qual a aquisição do Banco Pactual S/A não se realizou diretamente pelo UBS AG, podem ser tecidos os seguintes comentários:

*“[...] O contribuinte não descreveu o propósito comercial para criação das duas sociedades de participações utilizadas no processo de aquisição do antigo Banco Pactual S.A. Afirmou somente ‘a constituição das mencionadas sociedades foi fundamental para a aquisição fosse efetuada de forma a respeitar a legislação do Banco Central, bem como se equacionasse importantes aspectos atrelados à aquisição’. O contribuinte, por exemplo, não elencou a legislação do Banco Central que supostamente determinava a necessidade de duas sociedades de participações a serem criadas no Brasil para*

*aquisição do controle acionário de uma instituição financeira por uma entidade sediada no exterior.*

*Afirmamos novamente, como PROVA CABAL da falta de propósito para a criação das duas sociedades de participações no Brasil é que após três dias da aquisição do controle acionário do antigo Banco Pactual S.A., o UBS AG (Suíça) passou a deter diretamente 61,04% e indiretamente através da UBS Brasil Investimentos Ltda., 38,96% das ações que compunham o seu capital social.*

*Esta sempre foi a estrutura de participação societária desejada pelo UBS AG (Suíça) no processo de aquisição do Banco, ou seja, o seu controle direto através de uma Instituição no país de origem (Suíça) e uma participação minoritária via uma holding de participação localizada no Brasil.*

*Os percentuais de participação entre as entidades descritas acima foram pouco alterados até a venda de 100% do controle acionário do atual Banco BTG Pactual S.A e subsidiárias ocorrida em 2009.*

*No que se refere aos riscos cambiais, já era de conhecimento desde a discussão das condições a serem incluídas no contrato de compra e venda. A constituição do suposto passivo em moeda estrangeira, capitalizado três dias após o seu registro contábil, inicialmente nos livros contábeis da UBS Brasil Participações Ltda., tinha como única finalidade viabilizar a formação, e consequente contabilização de um ágio na Incorporada (UBS Brasil Participações), referente à parcela a ser paga, considerando o atendimento das condições descritas no Contrato de Compra e Venda, no final de 20 trimestres fiscais encerrando em 30 de junho de 2011.*

*Justificar o processo de incorporação às avessas com o objetivo de redução de custos, controles, etc, é improcedente, pois os ganhos decorrentes da incorporação de uma holding sem movimentação financeira/operacional foram ínfimos sob todos os aspectos, considerando o tamanho das operações do Banco. A prova de tal assertiva está demonstrada na imaterialidade das operações lançadas nos seus registros contábeis. A economia tributária é o único item efetivamente relevante, conforme destacada na nota explicativa - Contexto Operacional, em suas demonstrações financeiras do exercício social findo em 31 de dezembro de 2007.*

*Alegar, também, reestruturação das atividades do Grupo UBS no Brasil carece de razões sólidas, pois o que estamos questionando, especificamente, foi a forma utilizada no processo de aquisição do Banco que levou a constituição de uma holding e a sua extinção em curtíssimo prazo, não produzindo neste exíguo período da sua existência, os resultados inerentes do exercício de atividades empresariais, exceto a relevante economia tributária alcançada, cujo início deu-se após dois meses da aquisição do controle acionário do Banco, em decorrência da incorporação às avessas.*

*Com base nos elementos fornecidos pelo contribuinte, afirmamos que a criação das duas sociedades de participações utilizadas no*

*processo de aquisição do antigo Banco Pactual SA. e os sucessivos atos societários realizados em três dias, finalizado com o processo de incorporação às avessas tiveram basicamente um interesse fiscal, ou seja, reduzir as bases de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido no período de fevereiro de 2007 a janeiro de 2012.*

**Não existem razões de caráter econômico, comercial, societário ou financeiro que efetivamente justifiquem os sucessivos atos ou negócios jurídicos praticados no intervalo de três dias pelo UBS AG (Suíça), que estão amplamente descritos nos parágrafos anteriores, exceto a economia fiscal (IRPJ e CSLL) superior a R\$ 1,5 bilhão no prazo de 60 meses.**

*Com exceção do primeiro negócio jurídico representado pelo Contrato de Compra e Venda, os demais evidenciam a interdependência entre as partes envolvidas, ou seja, as operações ocorreram entre sociedades ligadas, todas controladas pelo UBS AG.*

*A utilização das duas sociedades de participações e os atos societários subsequentes possibilitou que o contribuinte se beneficiasse de uma dedução prevista na legislação fiscal - o art. 386, inciso III, do RIR/99, principalmente por não ter havido o correspondente e efetivo pagamento do ágio no valor de R\$3.205.680.000,00, resultando em dano efetivo ao Erário.*

**A legislação fiscal somente admite a dedutibilidade da amortização do ágio proveniente de incorporação de entidade controladora por sua controlada, se efetivamente ocorreu o desembolso do valor pago, ainda que a incorporação realizada tenha atendido as regras da legislação societária.”**

- o montante denominado “Valor do Pagamento Diferido” no Contrato de Compra e Venda (Cláusulas 1.3 e 1.4) representava um compromisso assumido pelo UBS AG (Suíça), que dependia de eventos futuros, de forma que não poderia ser determinado na data de aquisição (1/12/06);

- foi apresentado um relatório, datado de 11/12/07, confeccionado por PricewaterhouseCoopers Corporate Finance & Recovery Ltda, referente à avaliação econômica da totalidade das ações do Banco Pactual S/A com base na metodologia de rentabilidade futura, conforme proposta para a prestação de serviços de 12/02/07, ou seja, posteriormente à data de fechamento da negociação e do respectivo lançamento contábil do ágio, ocorrido em 1/12/06, e até mesmo da incorporação da UBS Brasil Participações S/A pelo Banco UBS Pactual S/A, realizada em 5/2/07;

- a partir de 2007, o contribuinte procedeu a exclusões denominadas “Provisão de Ágio Incorporação – UBS [...]”. *O valor total do ágio equivalente a R\$ 4.415.294.794,55, denominado inicialmente Provisão para Perdas Coligadas e Controladas é oriundo do LALUR, parte B, da extinta UBS Brasil Participações Ltda., que foi transferido para o Banco UBS Pactual no processo de incorporação, cujo montante encontra-se controlado na parte B do LALUR - conta 562002 - Provisão Ágio Incorporação UBS, com lançamentos a débito de R\$809.470.712,33 em 2007, R\$883.058.958,94 em 2008 e R\$883.058.958,99 em 2009.”;*

- a transferência do controle acionário do Banco UBS Pactual S/A e suas subsidiárias a favor de André Santos Esteves, controlador do Grupo BTG foi aprovada pelo Banco Central do

Brasil e comunicada via ofício datado de 4/1/10. Tal pessoa física era o principal sócio do antigo Banco Pactual S/A, conforme Livro de Registro de Transferências de Ações Nominativas do Banco Pactual S/A, “...assumindo novamente o controle acionário do Banco BTG Pactual S.A e suas subsidiárias a partir de setembro de 2009”;

- a maioria dos antigos sócios do Banco Pactual S/A retornou à condição de sócios do atual Banco BTG Pactual S/A;

- da interpretação das cláusulas do Contrato de Compra e Venda de Ações, conclui-se que “...os compromissos futuros assumidos (‘Valor do Pagamento Diferido’) no contrato de compra e venda inicial datado de 09 de maio de 2006 foram renegociados, e, portanto, o ágio registrado na data de aquisição, ou seja, 01/12/2006, que à época teve como contrapartida um contas a pagar de R\$3.205.680.000,00 (US\$1,480 bilhão) não foi pago, conforme comprovado na fórmula acordada entre as partes, prevista na cláusula 1.2 – Pagamento no Fechamento.”.

A respeito de tal infração, conclui-se:

*“[...] Em suma, o UBS AG (Suíça), à época, acionista controlador do atual Banco BTG Pactual S.A., valendo-se de sucessivos atos societários realizados em um intervalo de três dias, aprovados pela citada sociedade situada no exterior, e de dois laudos de avaliação contratados junto a consultores externos, a um custo total provavelmente inferior a trezentos mil reais, reduziu o IRPJ e a CSLL devidos num montante nominal superior a um bilhão e quinhentos milhões de reais ao longo de cinco anos.*

*Enfatizamos, novamente, que a parcela do ágio efetivamente pago, após o seu registro contábil inicial na UBS Brasil Participações foi reconhecido contabilmente de forma definitiva na conta do ativo - Investimentos Permanentes da UBS Brasil Investimentos. O objetivo final do acionista controlador era manter uma participação societária minoritária no Banco UBS Pactual S.A., via uma ‘holding’ no país, e que incluísse em seus ativos, para futura amortização, a parcela destacada do ágio inteiramente reconhecido na UBS Brasil Investimentos, até a data da sua extinção ocorrida em 2009.*

*Quanto ao ágio apurado a partir de um compromisso assumido, inicialmente registrado contabilmente por três dias na UBS Brasil Participações, e a seguir assumido integralmente pelo UBS AG (Suíça), destacamos, mais uma vez, tratar-se de um compromisso assumido diretamente pelo acionista controlador junto aos antigos acionistas do Banco Pactual S.A., sujeito a diversas restrições contratuais, pois o pagamento final dependia que determinadas metas fossem alcançadas em bases trimestrais encerradas em 30 de junho de 2011 e, portanto, o seu registro contábil nos livros contábeis da UBS Brasil Participações pelo prazo de três dias, levado a cabo pelo UBS AG (Suíça), teve como exclusivo propósito suportar contabilmente o registro de um ágio e seu imediato aproveitamento fiscal, através de uma operação societária denominada ‘incorporação às avessas’.*

*Conforme descrito nos itens anteriores, estamos procedendo à glosa das exclusões proveniente da amortização do ágio, iniciada em fevereiro de 2007 e lançadas pelo contribuinte nas apurações das bases de cálculo do Imposto de Renda (IRPJ) e da*

*Contribuição sobre o Lucro Líquido (CSLL) nos valores de R\$809.470.712,33 (ano de 2007), R\$883.058.958,94 (ano de 2008) e R\$883.058.958,89 (ano de 2009).*

*Destacamos, ainda, que o prejuízo fiscal, de acordo com o LALUR no valor de R\$52.662.586,39 e da base de cálculo negativa da CSLL no valor de R\$41.088.519,09 referentes ao ano-calendário de 2008 (TIF nº 06) estão divergentes dos saldos da DIPJ 2009 (ND 1800168) fichas 09B e 17, em decorrência de erro no preparo da referida declaração, conforme informação prestada pelo contribuinte.”*

#### DOS ENCARGOS SOBRE TRIBUTOS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa

- procedeu-se à adição, nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL (anos-calendário 2007 e 2008), dos valores a título de atualizações monetárias, multas, juros e outros encargos incidentes sobre tributos, pelo valor líquido, cuja exigibilidade estava suspensa nos termos dos incisos II a IV do art.151 do Código Tributário Nacional;
- os registros contábeis foram obtidos dos arquivos digitais fornecidos pelo contribuinte;

#### DA MULTA ISOLADA NOS ANOS-CALENDÁRIO 2008 E 2009

- apesar de ter apurado estimativas mensais de IRPJ e CSLL, o contribuinte não procedeu aos respectivos pagamentos no curso dos anos-calendário 2008 e 2009;
- elaboraram-se “...Demonstrativos de Apuração da multa isolada sobre o IRPJ e CSLL mensal por estimativa – anos calendário 2008 e 2009, incluindo mensalmente uma adição de R\$73.588.246,58, referente à glosa da amortização do ágio – incorporação UBS nos referidos anos. Dessa forma, na forma da legislação tributária apuramos crédito tributário nos meses de janeiro, fevereiro, abril, junho, outubro e dezembro de 2008 e junho, julho, agosto, outubro, novembro e dezembro de 2009”;

Os lançamentos foram considerados parcialmente procedentes pela Segunda Turma da DRJ – Rio de Janeiro I (RJ), conforme acórdão que recebeu a seguinte ementa (fls.3.814/3.838):

#### **IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ**

*Ano-calendário: 2007, 2008, 2009*

*VERIFICAÇÃO DE OPERAÇÃO COM REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA FUTURA. PRAZO DECADENCIAL. A contagem do prazo decadencial, para efeito de lançamento do crédito tributário de operação com repercussão futura, se inicia a partir do período de apuração do lucro líquido, que sofreu a influência da operação.*

*AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. PREMISSAS BÁSICAS. INCORPORAÇÃO ÀS AVESSAS. As premissas básicas para dedutibilidade na apuração do lucro tributável, em caso de incorporação às avessas, são a finalidade comercial da existência da empresa incorporada, a efetivação do pagamento do ágio e que não haja a duplicação do ágio em outra empresa do mesmo grupo econômico.*

*JUROS E MULTAS SOBRE TRIBUTOS COM AS EXIGIBILIDADES SUSPENSAS. INDEDUTIBILIDADE. Os juros e multas incidentes sobre tributos com as exigibilidades suspensas são indedutíveis do resultado tributável, vez que o acessório acompanha o principal. A contabilização dos acréscimos legais possui natureza de provisão.*

*APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E DE MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA. Conforme jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais é incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e a de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço.*

*JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. O crédito tributário não pago integralmente no vencimento é acrescido de juros de mora, qualquer que seja o motivo determinante. Por ser parte integrante do crédito tributário, a multa de ofício também se submete à incidência dos juros nas situações de inadimplência.*

***ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSLL***

*Ano-calendário: 2007, 2008, 2009*

*LANÇAMENTO DECORRENTE. Aplica-se ao lançamento decorrente o mesmo decido em relação ao lançamento principal, em função de igual fundamento.*

*ELEVAÇÃO DA ALÍQUOTA. INCONSTITUCIONALIDADE. Falece competência aos órgãos da administração tributária para apreciar questão de natureza constitucional.*

Interpôs-se recurso de ofício quanto à parcela do crédito tributário exonerada (multas isoladas por falta/insuficiência de recolhimento por estimativa).

O contribuinte foi cientificado em 6/2/13 (fl.3.845), tendo apresentado recurso voluntário (fls.3.852/3.993), em que alegou, em síntese:

***Da aquisição do Banco Pactual S/A por terceiros independentes mediante pagamento***

- a aquisição do Banco Pactual S/A teria representado para o Grupo UBS um investimento para se firmar no mercado nacional como uma das mais importantes instituições financeiras, conforme notícias veiculadas à época;

- as operações societárias ocorridas no período de 9/5/06 a 5/2/07, das quais participaram a UBS Brasil Participações Ltda, UBS Brasil Investimentos Ltda, UBS AG (Suíça) e Banco Pactual S/A, possibilitaram o registro de dois ágios distintos: (a) decorrente da compra, em dezembro de 2006, do Banco Pactual S/A pela UBS Brasil Participações Ltda, no valor de R\$ 4.415.294.794,55, objeto de questionamento pela fiscalização, que após a incorporação passou a ser registrado no Incorporador; e (b) decorrente da incorporação, em fevereiro de 2007, da UBS Participações pelo Banco Pactual, “...passando a UBS Investimentos a ser detentora direta do Banco Pactual S/A e a registrar um ágio de R\$1.098.298.968,99 pela troca das ações da UBS Participações pelas ações do Banco Pactual S/A”;

- não ocorreu a multiplicação do ágio”, como afirmado na decisão recorrida;

- os fatos demonstrariam que houve uma “Compra e Venda”, na qual o objeto era o Banco Pactual S/A, entre partes independentes, de um lado, o Grupo UBS, e, de outro, pessoas físicas detentoras do Grupo Pactual, sendo o valor negociado em mercado, “...fundamentado em expectativa de rentabilidade futura da entidade adquirida, o que torna evidente o propósito negocial de todas as operações analisadas, correspondente à aquisição do Banco Pactual S/A Note-se, ainda, o que é mais importante, que a última das operações realizadas pelo Grupo UBS para organizar sua estrutura operacional no Brasil é a junção do Banco Pactual com o Banco UBS S/A, operação por si só suficiente a que o ágio pago na aquisição de ações do Banco Pactual S/A fosse aproveitado fiscalmente, caso o Banco UBS S/A fosse a entidade responsável pela aquisição das referidas ações”;

- o aproveitamento fiscal do ágio seria “...mera consequência do conjunto de operações analisadas, uma vez que demonstrado o efetivo propósito negocial correspondente à aquisição do Banco Pactual S/A pelo Grupo UBS e o incremento de suas atividades no mercado nacional”;

#### ***Da decadência/preclusão do direito de questionar os fatos que deram origem ao ágio***

- o Fisco não poderia questionar a legalidade dos atos que deram origem ao ágio, surgido em 1/12/06, pois transcorrido o prazo decadencial de cinco anos entre o fato contábil-societário e a ciência dos autos de infração (26/10/12), nos termos do art.150, §4º, do Código Tributário Nacional (CTN);

- “...o antigo Conselho de Contribuintes e o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais já se manifestaram reiteradas vezes, reconhecendo a impossibilidade de o Fisco questionar a legalidade dos fatos, ocorridos após o transcurso do prazo decadencial de cinco anos, que tenham gerado efeitos em anos subsequentes”, conforme acórdãos nº 1103-00.001, CSRF nº 01-04.442, 107-06.061, 101-97.084, 108-09.501, 107-07.819 e 107-06.572);

#### ***Da validade e do propósito negocial da operação de aquisição***

- equivocara-se a Turma Julgadora da DRJ ao entender que a constituição da UBS Brasil Participações Ltda teve como única finalidade a transferência do ágio apurado na aquisição do Banco Pactual S/A por UBS AG;

“...a aquisição do Recorrente foi realizada de forma direta pela UBS Participações, de modo que não houve transferência de ágio, mas tão somente a sua versão ao patrimônio do Recorrente após a incorporação de sua adquirente, em conformidade com o disposto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97”;

- mesmo sem a utilização das *holding companies*, ou seja, analisando todas as possíveis estruturas para a aquisição do Recorrente, o resultado fiscal seria o mesmo, qual seja, a possibilidade de amortização do ágio;

- caso a aquisição houvesse sido realizada diretamente pela sociedade suíça, “...mediante o pagamento de ágio, tal empresa poderia integralizar o capital de pessoa jurídica constituída no Brasil, com a conferência das ações do Recorrente adquiridas com ágio. Posteriormente, tal sociedade seria incorporada pelo Recorrente, que adquiriria, assim, o direito à amortização do ágio”;

- a aquisição direta pelo UBS AG apresentava, à época, entraves regulatórios e representaria desrespeito a normas do Banco Central do Brasil;

- o Banco Pactual S/A também poderia ter sido adquirido por meio do Banco UBS S/A, instituição financeira brasileira do Grupo UBS já existente, a ser capitalizado para tal finalidade;
- no caso concreto, “...houve efetivo pagamento correspondente à aquisição da participação societária com ágio, entre partes independentes, fundamentado na expectativa de rentabilidade futura”;
- “...embora na esfera tributária não houvesse obstáculos à aquisição do Recorrente diretamente pela UBS AG, é certo que havia, à época dos fatos, regra regulatória do Banco Central do Brasil que impedia a aquisição do controle direto de instituições financeiras por entidades estrangeiras que não estivessem autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, ressalvados os processos de privatização”, a exemplo do art.14 do Regulamento anexo à Resolução nº 3.040/02;
- somente com a Resolução nº 4.122, de agosto de 2012, passou-se a permitir o controle de instituições financeiras brasileiras por instituições financeiras sediadas no exterior;
- quando da celebração do Contrato de Compra e Venda, em maio de 2006, não se sabia que a aprovação pelo Banco Central iria ocorrer, haja vista a legislação restritiva, de forma que “...ante o legítimo receio de que a aquisição direta da Recorrente pelo UBS AG não viesse a ser aprovada, foi criada a UBS Participações, sendo essa a sua finalidade na estrutura ora analisada – e não a de transferir o ágio ou gerar indevida economia fiscal, como entendido, de forma equivocada, pelo Sr. Agente Fiscal e pela Turma Julgadora”;
- com a aprovação em março de 2007, “...a despeito da existência da referida regra proibitiva, o Banco Central acabou por aprovar a operação [...] ainda que em princípio esta fosse contrária à norma”;
- a incorporação da UBS Brasil Participações Ltda representara uma redução de custos operacionais e administrativos na estrutura societária do Grupo UBS no Brasil, sendo “...apenas uma etapa da reestruturação do grupo, encerrada com a incorporação do Banco UBS Brasil S/A pelo Banco Pactual S/A”, devendo a economia ser encarada em tal contexto;
- a UBS Brasil Investimentos Ltda tivera também importante papel nas operações para fins de aquisição do Banco Pactual S/A, sendo o seu objeto social, de participação em outras sociedades, nacionais ou estrangeiras, cumprido desde a sua constituição;
- “...outro legítimo propósito comercial de que se revestia a UBS Investimentos do Grupo UBS no Brasil consistia na finalidade de servir como holding company dos investimentos do Grupo UBS no Brasil. O referido propósito não foi levado adiante por razões alheias ao Grupo UBS, na medida em que no ano de 2008 adveio a crise internacional e a venda do Banco UBS Pactual para o Grupo BTG”;
- “...a transferência da dívida para a UBS AG – que sequer foi questionada ou analisada pela decisão recorrida - justificou-se pela necessidade de proteção da UBS Participações e da UBS Investimentos contra os efeitos nocivos da variação cambial”, o que pode ser comprovado na declaração de Anneliese Schwyter, Diretora-Presidente da área de Group Treasury da UBS AG, “...na qual são descritos os referidos riscos cambiais, assim como o expressivo custo do hedge de tal obrigação, caso fosse este realizado no Brasil”;
- “...a incorporação da dívida ao capital do Banco Pactual representaria aumentar o seu grau de endividamento e, com isso, descumprir-se-iam os padrões estabelecidos pelo Acordo de Basiléia” além do que seria vedado que uma companhia assumisse, como sucessora legal, dívida relacionada à aquisição do seu próprio controle. “Dessa forma, seguindo o princípio de

*boa prática de governança corporativa, era indispensável que a dívida fosse transferida para outra empresa (no caso, inicialmente a UBS Investimentos e, depois, por razões cambiais, à UBS AG) antes da incorporação da UBS Participações pelo Banco Pactual S/A”;*

- ainda que sejam consideradas como empresas veículos a UBS Brasil Participações Ltda e a UBS Brasil Investimentos Ltda, para a recente jurisprudência administrativa não seria motivo suficiente para se infirmar a validade de uma operação que culmine na amortização fiscal do ágio (acórdãos nº 1402-01.077, 1201-00.659 e 1201-00.689);

- a teoria do propósito negocial aplicar-se-ia às operações societárias, encontrando-se presentes o motivo, a finalidade e a congruência dos atos em cada uma das operações realizadas, que não eram predominantemente tributários;

- as operações encontrar-se-iam inseridas no planejamento estratégico do Grupo UBS;

***Da validade do laudo de avaliação que demonstra a expectativa de rentabilidade futura – validação dos estudos prévios***

- a Turma julgadora na DRJ interpretara acertadamente a legislação referente à comprovação do fundamento econômico do ágio, que não exigiria a apresentação de um “laudo”, tampouco a forma ou momento de elaboração, bastando haver um demonstrativo arquivado na contabilidade do contribuinte;

- durante o processo de aquisição do Banco Pactual S/A, o Grupo UBS realizara “...diversos estudos internos acerca da viabilidade do negócio, inclusive sob a perspectiva de rentabilidade futura do investimento a ser adquirido”;

- conforme tais estudos, apresentados com a impugnação, “...é possível notar que, além da valoração isolada das empresas adquirente (então denominada ‘Universe’, para fins de confidencialidade) e adquirida (denominada ‘Guigal’, pelo mesmo motivo), foram consideradas as sinergias decorrentes da negociação – cenário efetivamente adotado, para o qual se estimou um valor de compra do Banco Pactual S/A que variava de US\$2,094 a US\$2,692 bilhões”;

- o esforço interno do Grupo UBS para a determinação do preço da transação comprovar-se-ia também na declaração de Juerg Zimmermann, Diretor Executivo da UBS AG, “...na qual se descreve, de forma detalhada, a evolução dos procedimentos para a avaliação econômica da Recorrente, bem como as premissas e metodologia adotadas e os resultados obtidos”;

- seria “...inverossímil imaginar qualquer alegação no sentido de que o Grupo UBS, líder mundial na prestação de serviços de wealth management, investment banking e gestão de ativos, não teria realizado nenhum estudo interno acerca da expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida para suportar o fundamento econômico da aquisição e, portanto, o preço pago”;

- “...referido estudo interno, elaborado no início de 2006, já seria suficiente, por si só, para justificar e demonstrar o fundamento econômico do Grupo UBS para a aquisição do Recorrente no Brasil. Inclusive, o montante efetivamente definido na transação (US\$ 2,4 bilhões) encontra-se precisamente no intervalo de valores ali previsto (US\$ 2,094 a US\$ 2,692 bilhões)”;

- os estudos internos foram validados por consultoria independente (PricewaterhouseCoopers), que em 11/12/07 apresentou relatório com data base de 30/11/06, ou seja, um dia antes do fechamento da operação;

- na prática, os resultados futuros ocorreram em valor muito superior ao projetado, conforme planilha elaborada com base nas demonstrações contábeis;

### ***Do efetivo pagamento do ágio na aquisição do investimento***

- de acordo com art.385 do RIR/99 não haveria restrição quanto à forma de aquisição do investimento ou à maneira escolhida pelas partes para a quitação;

- “...*dada a ausência de definição legal de custo de aquisição, o profissional contábil deveria registrar a aquisição do investimento e ágio no Banco Pactual S/A na forma prescrita pelas normas contábeis*”;

- a contabilidade (art.7º da Resolução CFC nº 750, de 29/12/93) reconheceria que o custo de aquisição de um ativo pode ser formado pelos valores a serem pagos ou pelo valor justo dos recursos que são entregues para adquiri-los na data da aquisição, devendo “...*incluir, além do desembolso efetuado, obrigações assumidas diferidas ao longo do tempo, inclusive nos casos em que a probabilidade de pagamento seja maior do que a do não pagamento*”;

- conforme Parecer acostado aos autos, elaborado pelo Prof. Eliseu Martins, o custo de aquisição não poderia ser definido meramente como um valor de caixa desembolsado. “...*para a contabilidade, não há dúvida de que o custo deve ser composto pelos valores efetivamente consumidos na aquisição de um bem e não somente pelos valores pagos*”;

- “...*após analisar o conceito de custo de aquisição determinado pelas regras contábeis, bem como a interpretação doutrinária e jurisprudencial para tal conceito, resta claro que o custo de aquisição é o preço pago ou a pagar pelo ativo*”;

- jamais se poderia concluir que o ágio é calculado sobre o valor pago, como fez a autoridade julgadora, sendo o custo composto pelos esforços empreendidos na aquisição;

- também a forma de liquidação do preço não seria elemento necessário à sua formação ou registro contábil, bem como a existência de inadimplemento por parte do adquirente em relação ao alienante, importando “...*para o registro do ativo e o reconhecimento do custo de aquisição é que o adquirente possua, aceite e registre valores a pagar ao alienante, que, inclusive, foi objeto de acordo entre as partes*”;

- no Contrato de Compra e Venda firmado entre UBS AG e Pactual S/A, previu-se o preço total de US\$2.400 milhões, tendo sido estabelecido que o pagamento dar-se-ia de forma parcelada, sendo uma entrada à vista (US\$920 milhões), no ato da aquisição, e a parcela remanescente (US\$1.480 milhões), no prazo máximo de 5 (cinco) anos, considerando os seguintes cenários:

*i. Se o lucro cumulativo antes do Imposto for maior ou igual a zero e o aumento das receitas cumulativas for maior que zero – Pagamento de US\$ 1.480 milhões.*

*ii. Se o lucro líquido cumulativo antes do Imposto for menor do que zero – Pagamento de US\$ 740 milhões.*

*iii. Se o lucro líquido cumulativo antes do Imposto for maior ou igual a zero, mas o aumento das receitas cumulativas for zero – Pagamento de US\$ 1.184 milhões.*

- a decisão recorrida desconsiderara a realidade fática, ao deixar de reconhecer a existência de um pagamento parcelado do preço, “*afirmando ter sido paga apenas a parcela à vista prevista no Contrato de Compra e Venda*”;

- a UBS Brasil Participações Ltda registrara como custo de aquisição das ações do Banco Pactual S/A o valor total que seria pago aos vendedores, tendo sido “...*também obrigada a fazer um registro em seu passivo, equivalente ao valor total do pagamento parcelado devido em favor dos vendedores*”;
- nos termos das projeções de resultados preparadas pelo Grupo UBS quando da aquisição do Banco Pactual S/A, não havia dúvida de que o valor máximo seria pago, haja vista a lucratividade projetada, que de fato concretizara-se;
- o cenário de alta lucratividade nos anos de 2007 a 2001 “...*culminou com a oferta pública de ações realizadas pelo Recorrente no ano de 2012, oportunidade em que o Banco BTG Pactual (atual denominação do Banco Pactual), foi alçado à condição de um dos mais importantes bancos de investimentos do Brasil, com um valor estimado de US\$ 14,5 bilhões, ou seja, muito superior ao valor de negociação em 2006*”;
- “...*a forma pela qual se deu o registro contábil do investimento adquirido no Banco Pactual não era uma opção da UBS Participações, mas um imperativo que decorria das normas contábeis, juridicizada pelas legislações comercial (artigos 176 e 176, dentre outros, da Lei nº 6.404/76) e fiscal (artigos 248 e 274, dentre outros, do RIR/99). Vale dizer, à UBS Participações não restava alternativa senão reconhecer o ativo (ações do Banco Pactual) pelo valor total do esforço financeiro que se esperava pagar, não apenas com base nas disposições do Contrato de Compra e Venda, mas colocando em perspectiva as projeções e o cenário fático à época, o qual foi consistentemente confirmado em períodos posteriores*”;
- os vendedores do Banco Pactual apuraram, em dezembro de 2006, ganhos de capital com base no preço integral de venda das ações, considerando a segunda parcela pelo seu valor máximo. “*Na data base 31/12/2006, com base no regime de caixa, os sócios recolheram o imposto de renda incidente sobre a primeira parcela do preço, ocorrendo o recolhimento do imposto sobre o ganho de capital em valor proporcional a sua participação no preço relativamente ao recebimento da primeira parcela de US\$ 920 milhões. Em 2009, quando do pagamento diferido no valor total de US\$1.480 milhões, houve o recolhimento do imposto sobre ganho de capital calculado de maneira proporcional à segunda parcela do preço, sendo certo que novamente os vendedores consideraram o recebimento do valor máximo previsto no Contrato de Compra e Venda*”;
- “...*a postura adotada pelo Fisco levaria a efeito ainda mais nefasto: haveria tributação dos ganhos de capital dos alienantes com referência ao valor total constante do Contrato de Compra e Venda, mas negar-se-ia ao adquirente o direito de registrar esse valor para fins de apuração do ágio passível de amortização*”;
- do ponto de vista da UBS Brasil Participações Ltda, teria havido quitação do custo de aquisição do Banco Pactual S/A mediante a cessão da dívida para UBS Brasil Investimentos Ltda no valor de R\$3.205.680.000,00;
- “...*em 04 de dezembro de 2006, todo o valor do investimento no Banco Pactual estava quitado nos livros contábeis da UBS Participações pela emissão de quotas em contrapartida à cessão da dívida, não havendo que se falar em ausência de pagamento do ágio como sustentou o Agente Fiscal (vide Termo de Verificação Fiscal página 17) e a decisão recorrida (p.16, item 33)*;
- “...*A partir desse ponto, a UBS Investimentos detinha a obrigação de pagar a segunda parcela aos vendedores, tendo registrado os valores a pagar nos seus livros, tal como havia corretamente feito a UBS Participações*”;

Documento assinado digitalmente em 01/04/2015 por MARCOS SHIGUEO TAKATA. Assinado digitalmente em 02/04/2015 por EDUARDO MARTINS NEIVA MONTEIRO. Assinado digitalmente em 01/04/2015 por BRENO FERREIRA MARTINS VASCONCELOS. Assinado digitalmente em 01/04/2015 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 13/05/2015 por ALOYSIO JOSE PERCINIO DA SILVA

- o preço de venda do Banco Pactual teria sido quitado pelo UBS AG em 2009;

- o pagamento da primeira parcela (US\$ 920 milhões) seria incontroverso, sem questionamento pela autoridade fiscal e tendo sido reconhecido pela decisão recorrida;
- considerando a crise financeira em meados de 2008, o Grupo UBS viu-se obrigado a alienar seu investimento no Banco Pactual S/A sendo que “...alguns dos antigos sócios do Banco decidiram comprar as ações que em 2006 haviam sido alienadas para a UBS Participações”, conforme Contrato de Compra e Venda celebrado em 11/5/09;
- sendo, à época, o UBS AG devedor da parcela diferida do preço, no valor de US\$1.48 bilhão, ocorreria “...a compensação entre o Valor Total do Pagamento Diferido com o valor que o Grupo BTG teria a pagar para o Grupo UBS”, pois “...Não faria sentido que, no ato da venda do Banco Pactual para o Grupo BTG, o Grupo UBS realizasse o pagamento do valor máximo da segunda parcela para, em ato subsequente, receber o valor de volta do Grupo BTG. Assim, as partes optaram por estabelecer o mecanismo de compensação sobre o valor da segunda parcela, ou seja, realizaram um simples ‘encontro de contas’ em relação a essa parcela do preço de revenda”;
- a compensação seria uma forma de extinção de obrigações;
- “...O fato de as dívidas compensadas não estarem vencidas leva a decisão recorrida, equivocadamente, a concluir ter havido uma dedução de valores e não compensação de dívidas”;
- “...o termo ‘pagamento’ utilizado com grande desenvoltura para atacar os procedimentos adotados pela Recorrente, além de não estar presente no texto dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que regulam integralmente a matéria aqui tratada, já que referidos artigos utilizam exclusivamente as palavras ‘aquisição de participação’ e ‘participação adquirida’, não significa, como quer induzir a autoridade fiscal ‘pagamento em dinheiro’, mas tem por único significado a satisfação voluntária daquilo que se deve, ou seja, adimplemento de obrigação contraída, fato esse ocorrido de forma inquestionável nos presentes autos”;
- “...no caso concreto: (i) os ex-sócios do Banco Pactual eram credores do Grupo UBS; (ii) tais acionistas tornaram-se devedores do Grupo UBS, ao recomprarem o Banco Pactual; e (iii) parte do preço de aquisição do Banco Pactual deixa de ser devida pelos seus adquirentes, em contrapartida da extinção de seus créditos”;
- a autoridade fiscal não percebera a existência de um montante mínimo de R\$ 740 milhões, que seria pago a prazo na aquisição do Banco Pactual S/A , mesmo que não gerasse resultados positivos;
- “Não há dúvidas de que em 2009 a extinção da obrigação mediante compensação aconteceu pelo valor de US\$ 1,480 milhões previsto em contrato, mas se assim não fosse, a Fiscalização deveria ter considerado, ao menos, que o valor de US\$ 740 milhões seria pago, não sendo cabível a glosa das parcelas de amortização de ágio relativas a esse valor [...]. Ainda que se admitisse a título argumentativo a linha de raciocínio adotada pelo Agente Fiscal, resta incontroverso que o valor a pagar de US\$ 740 milhões deveria ser reconhecido desde 2006 como um dos componentes do custo de aquisição do investimento detido pela UBS Participações no Banco Pactual e, portanto, do ágio, o que tornam ilíquidos e incertos os presentes lançamentos”;
- qualquer ajuste no valor do ágio somente poderia ocorrer a partir do momento em que a Administração tomasse conhecimento de que o preço total a ser pago deveria ser ajustado;

- “...era obrigação da UBS Participações registrar o valor integral do custo de aquisição do Banco Pactual, uma vez que a administração possuía a firme convicção de que o valor a pagar

*era de US\$2.400 milhões [...]. Entre a data da aquisição e a data dos eventos que indicassem que o valor de US\$ 1.184 milhões não seria pago, mas sim o valor de US\$ 740 milhões ou de US\$ 1.184 milhões, o valor do ágio seria mantido inalterado. Somente haveria alteração no valor do ágio e dos valores a pagar a partir da data da ocorrência desses eventos. Desta forma, resta claro que mesmo na hipótese em que o valor de US\$ 1.480 milhões não fosse pago, mas sim o valor de US\$ 740 milhões ou US\$ 1.184 milhões, ainda assim o procedimento da UBS Participações e, posteriormente, do Recorrente se mostraram acertados.”;*

- os balanços do contribuinte teriam sido auditados nos anos de 2007, 2008 e 2009, não constando ressalva, no parecer dos auditores independentes, quanto ao ágio registrado, além de não ter sido questionado pelo Banco Central do Brasil, inclusive para efeitos de determinação dos limites operacionais do Recorrente;

- considerando, segundo a autoridade fiscal, que o ágio apenas poderia ser amortizado após o pagamento total, então obrigatoriamente deveria ser reconhecido que a partir de maio de 2009 a parcela relativa a US\$1.480 milhões poderia ser validamente amortizada;

#### ***Das diferenças no valor do ágio apontadas no auto de infração***

- quanto à diferença glosada de R\$ 324.900.000,00, a autoridade julgadora já reconheceu não assistir razão à fiscalização. Na realidade, “...deixou o Agente Fiscal de atentar para o fato de que, ao elaborar o Laudo de Avaliação para a Incorporação da UBS Participações, a Acal Consultoria e Auditoria S/A (‘ACAL’) considerou o valor do patrimônio líquido do Banco Pactual S/A sem expurgar os valores de dividendos e juros sobre o capital próprio que não pertenciam à UBS Participações por expressa previsão no Contrato de Compra e Venda firmado em 2006”;

- “...quando da aquisição do Banco Pactual S/A, parte do patrimônio líquido da investida estava destinada ao pagamento de dividendos e juros sobre capital próprios aos antigos acionistas, usufrutuários”;

- o procedimento da UBS Brasil Participações Ltda estaria amparado em normas contábeis, relativas à forma como o método de equivalência patrimonial deve ser aplicado (art.11, incisos I a IV, da Instrução CVM nº 247, de 27/3/96; NPC Ibracon VI, itens 17, 19(a) e 19(b));

- em parecer técnico, o Prof. Eliseu Martins entende que, “...considerando que os compradores ficariam em posição ex-dividendos e ex-juros sobre capital próprio, os valores constantes do patrimônio líquido da entidade adquirida pertencem aos vendedores e não à adquirente”;

- “...a ACAL revisou o matéria preparado e, em 05 de abril de 2007, enviou ao Banco UBS Pactual o Laudo de Avaliação do Patrimônio Líquido revisado, substituindo integralmente o Laudo anterior, emitido em 05 de fevereiro de 2007. O Recorrente também trouxe aos autos a versão revisada do Laudo de Avaliação do Patrimônio Líquido (doc. 12 da impugnação), no qual se pode verificar, por meio da leitura da página 6, que o valor do ágio registrado na operação de aquisição do Banco Pactual foi de R\$ 4.415 milhões.”;

- somente caberia à autoridade fiscal desconsiderar a escrituração contábil quando gerasse resultados diferentes dos devidos ou afrontasse normas contábeis, conforme Parecer Normativo CST nº 347, de 8/10/70;

#### ***Da inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível***

- no Termo de Verificação Fiscal não teria sido apontada a legislação aplicável para fundamentar a adição, das despesas com ágio, à base de cálculo da CSLL;

- “Efetivamente, dentre todos os ajustes, que delimitaram a base de cálculo da CSLL, nada se vê sobre a obrigatoriedade de adição das despesas com a amortização do ágio na aquisição de investimentos. Apenas para que reste claro o quanto exposto, confira-se a evolução legislativa referente à possibilidade de amortização do ágio, bem como as respectivas normas aplicáveis à apuração do IRPJ e da CSLL, por meio das quais se pode verificar que o tratamento fiscal conferido ao ágio não é o mesmo para os dois tributos”;

- acórdãos do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes (nº 103-22.749 e 107-07.315) reafirmariam que a adição à base de cálculo da CSLL, a título de amortização de ágio, não teria fundamento legal;

### ***Da dedutibilidade dos encargos incidentes sobre tributos com a exigibilidade suspensa***

- impetrara o Mandado de Segurança nº 2005.51.01.011370-4, para que lhe fosse assegurado o direito de não recolher a Cofins nos moldes da Lei nº 9.718/98, tendo obtido liminar, em 20/10/05, para suspender a exigibilidade do crédito tributário. Posteriormente, em 5/9/06, foi proferida sentença julgando improcedente o pedido;

- em 1/12/08 foi proferido acórdão dando parcial provimento à apelação e à remessa necessária, para a inclusão das receitas financeiras na base de cálculo da Cofins, motivo pelo qual a partir de 29/12/08 foram realizados depósitos judiciais;

- deduzira das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL as atualizações monetárias dos valores da Cofins, que estavam com a exigibilidade suspensa;

- a despeito das alegações da autoridade fiscal e da DRJ, inexistiria previsão legal para adição, à base de cálculo do IRPJ e da CSLL, das atualizações monetárias, multas, juros e demais encargos relativos a tributos com a exigibilidade suspensa;

- a regra prevista no art.13, I, da Lei nº 9.249/95 não justificaria a tese da fiscalização quanto à base de cálculo da CSLL;

- tratar-se-ia “...da dedução de despesas reconhecidas no resultado em razão da constituição de um passivo efetivo, que advém de uma obrigação legal com prazo certo e valor determinado, gerada pelo dever de recolher os encargos incidentes sobre os tributos com exigibilidade suspensa”;

- a fiscalização e a DRJ incorreram em erro material na apuração e análise da suposta infração, mormente porque os valores não se refeririam a “...despesas com a constituição de meras provisões com contingências passivas”;

- “...tendo em vista que o artigo 41 da Lei nº 8.981/95 (aplicável a obrigações legais decorrentes de tributos e contribuições, inclusive com a exigibilidade suspensa) veda a dedutibilidade dos montantes principais apenas do lucro real, não sendo aplicável à base de cálculo da CSLL e tampouco compreendendo os juros relativos aos tributos com exigibilidade suspensa (conforme já demonstrado), a Fiscalização tentou burlar a lei e ‘forçar’ a aplicação de um dispositivo inapropriado que justificasse a cobrança da CSLL no presente caso, com o intuito nitidamente arrecadatório e em evidente afronta aos princípios da legalidade e da tipicidade tributária, o que não poderá ser admitido por este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.”;

- a Turma julgadora não poderia alterar a fundamentação legal do lançamento;

- teria sido desrespeitado os princípios da legalidade e da tipicidade cerrada, sendo que “(i) o artigo 41, parágrafo 1º, da Lei nº 8.981/95 prevê a indedutibilidade apenas dos valores principais (e não dos juros) relativos aos tributos com exigibilidade suspensa e somente do

*lucro real (e não da base de cálculo da CSLL); bem como que (ii) o artigo 13, inciso I, da Lei nº 9.249/95 não se aplica aos juros e demais encargos incidentes sobre tributos com a exigibilidade suspensa (os quais têm natureza de obrigação legal e não de provisão)”.*

Por fim, o Recorrente sustentou a inconstitucionalidade da instituição, pela Medida Provisória nº 413/08, de alíquota da CSLL mais gravosa às instituições financeiras; a manutenção da decisão recorrida, que afastou a exigência das multas isoladas; e, ainda, a ilegalidade da incidência de juros sobre a multa de ofício.

Em contrarrazões, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) sustentou, em resumo (fls.4.154/4.213):

***Da inexistência de decadência para fiscalizar os atos societários que deram origem ao ágio***

- na contagem do prazo decadencial, dever-se-ia levar em consideração a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, de forma que “...Sem a materialização no campo da existência de qualquer hipótese de incidência tributária prevista em lei, não há que se falar em constituição de crédito fiscal, o que, por sua vez, afasta a possibilidade de contagem do prazo decadencial. Em resumo, não havendo fato gerador, não haverá prazo decadencial a ser contado”;

- “...a legislação aplicável ao IRPJ não admite o enquadramento do pagamento de um ágio como a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza ou de resultado positivo da atividade empresarial”, não se constituindo o pagamento de uma participação societária em fato gerador;

- “...Quem recebe o ágio aufere disponibilidade econômica, mas quem o paga, não”;

- “...O ágio utilizado na apuração das respectivas bases de cálculo não compõe a hipótese de incidência dos referidos tributos, apenas afeta, quando da sua efetiva utilização, o cálculo do montante a ser pago”;

- sendo o ágio um mero registro contábil, cujo valor poderá ser amortizado no futuro, não se poderia falar em cálculo de tributo quando o pagamento;

- apenas quando se deduz o ágio na apuração do lucro é que o Fisco teria algo a homologar, no caso concreto, as apurações do lucro relacionadas aos anos-calendário 2007 a 2009;

- “...embora o ágio tenha surgido de uma operação societária realizada em 01/12/2006, os seus efeitos tributários se prolongaram durante vários anos posteriores”

- o prazo decadencial deve ser contado a partir do tributo apurado pelo sujeito passivo, não do registro do ágio a ser amortizado no futuro;

- “...é uníssono nos Tribunais pátrios que, não havendo fatos geradores tributários, não há que se falar em transcurso do prazo decadencial, e que, o prazo decadencial para o lançamento deve ser contado a partir do tributo apurado pelo sujeito passivo, não do registro da rubrica que será utilizada no futuro como benefício fiscal”, a exemplo dos prejuízos fiscais passíveis de aproveitamento em períodos futuros, como já decidira o Supremo Tribunal Federal (RE nº 344.994-PR);

- de acordo com acórdão nº 1402-00.802, a verificação de registros contábeis pela autoridade fiscal não se submeteria ao prazo decadencial tributário.

- “...Em face de registros contábeis não corre o prazo decadencial tributário. Independentemente de quando esses registros foram realizados pelo sujeito passivo, o Fisco pode realizar ajustes neles quando eles forem efetivamente utilizados para afetar a tributação

*devida pelo contribuinte. A atividade de fiscalização dos procedimentos fiscais adotados pelos sujeitos passivos não pode ser confundida com a atividade de lançamento. Somente contra essa última corre o prazo decadencial”;*

### **Da ineditabilidade do ágio amortizado**

- as operações societárias envolveriam a participação de pessoa jurídica desprovida de propósito negocial, cuja criação visou apenas a “...*permitir que a ‘mais valia’ paga reduzisse a carga tributária sem que o real adquirente do investimento tivesse que incorporar ou ser incorporado por ele. Assim, a ‘engenharia societária’ orquestrada pelo banco estrangeiro que à época adquiriu o contribuinte permitiu que fosse registrado um ágio acima do valor que realmente foi pago pelo investimento, assim como que a redução fiscal dele decorrente acompanhasse o investimento mesmo após a sua nova transferência.*”;

- de acordo com Contrato de Compra e Venda celebrado em 9/5/06, o real adquirente do Banco Pactual S/A teria sido o banco suíço UBS AG, que “...*se comprometeu com o PACTUAL S.A. e determinadas pessoas físicas, a pagar, em troca das ações do BANCO PACTUAL, US\$920 milhões na data do fechamento (pagamento à vista), e até US\$1,48 bilhão até uma data posterior (pagamento diferido). Portanto, o contrato é claro ao dispor que o UBS AG era o destinatário final das ações do BANCO PACTUAL, assim como o responsável pelo respectivo pagamento.*”;

- à luz do contrato de compra e venda que possibilitou a negociação do Banco Pactual S/A, o UBS AG permaneceria vinculado às suas obrigações, conforme Cláusula 10.4;

- “...*não obstante a sequência de operações adotadas, o contrato de compra e venda foi plenamente cumprido. O UBS AG na qualidade de adquirente, assumiu o preço pactuado e recebeu as ações em troca [...] e assumiu o compromisso relativo ao pagamento diferido. Portanto, tanto o sacrifício patrimonial como o benefício decorrente do recebimento do bem adquirido foram sentidos pelo UBS AG. Como a UBS PARTICIPAÇÕES utilizou os recursos que recebeu do UBS AG, transferiu sua dívida para a Suíça, e foi extinta poucos meses depois da aquisição, vê-se que ela agiu como mera interposta pessoa. A holding brasileira serviu apenas para intermediar a realização do pagamento e o recebimento das ações, assim como, conseqüentemente, o registro no Brasil do ágio que seria pago*”;

- não haveria propósito negocial na participação da UBS Brasil Participações Ltda na aquisição do Banco Pactual;

- ao contrário do que afirma o Recorrente, “...*à época em que a aquisição ocorreu, encontrava-se vigente a Circular BACEN nº 3.317/2006, de 29 de março de 2006, a qual, com base no artigo 3º da Resolução nº 3.040/2002, dispunha sobre procedimentos a serem observados na formalização de pleitos para participação no aumento de participação estrangeira no capital de instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Ou seja, ao oposto do que é alegado, havia norma regulatória que autorizava a aquisição do controle direto de instituições financeiras por capital estrangeiro*”;

- a compra do Banco Pactual S/A pelo UBS AG fora aprovada pelo Banco Central do Brasil antes do fechamento do negócio, conforme se nota da Comunicação encaminhada ao contribuinte em 1/3/07, oportunidade em que se atestou que “*a transferência do controle acionário do BANCO PACTUAL para o UBS AG fora aprovada ‘nos termos do Contrato de Compra e Venda de 09.05.2006, operação que recebeu manifestação favorável da Diretoria Colegiada em sessão de 19.09.2006*””. De acordo com Diário Oficial da União, de 28/12/06, o Conselho Monetário Nacional aprovava, em sessão realizada em 27/9/06, a aquisição do controle acionário do Banco Pactual S/A;

- Decreto do Presidente da República, de 29/10/06, por meio do qual se reconheceu como de interesse do Governo brasileiro o aumento da participação estrangeira, até cem por cento, no capital do Banco Pactual S/A, teria aprovado a compra e venda celebrada entre os controladores do Banco Pactual S/A e o UBS AG;
- a obtenção das autorizações governamentais estava expressamente prevista no Contrato de Compra e Venda, como requisito condicionante ao fechamento do negócio;
- “[...] *A despeito do que defende o recorrente, não havia qualquer impedimento legal ou regulatório à aquisição direta pelo banco suíço, assim como, pelo contrário, havia prévia manifestação do Banco Central do Brasil e do Presidente da República autorizando tal aquisição direta (a qual estava prevista no contrato de compra e venda).*”;
- considerando que a participação da UBS Participações visou unicamente a possibilitar a amortização do ágio decorrente de sua incorporação pelo Banco Pactual S/A, estar-se-ia diante de um planejamento fiscal abusivo, com a realização de operações artificiais;
- o contribuinte sequer apresentou motivo razoável que explicaria a participação da UBS Brasil Participações Ltda na aquisição do investimento;
- nos termos do art.386 do RIR/99, no caso de incorporação, fusão ou cisão, a amortização para ser autorizada deve pressupor que o ágio foi pago por alguma das pessoas jurídicas participantes da operação societária. O ágio pode até existir contabilmente, mas não poderia ter sido deduzido das apurações subsequentes;
- “...ao contrário do que muitos entendem, o direito à dedução fiscal do ágio não decorre simplesmente do seu efetivo pagamento. Pelo oposto, como visto na norma supracitada, o direito à dedução nasce da confusão patrimonial. Caso assim não seja entendido, o artigo 386 do RIR/99 se tornará letra morta. Para fins de dedutibilidade do ágio é imperioso que haja o cumprimento do registro contido nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997”. Todavia, para que haja esse encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem, é imprescindível que a ‘mais valia’ contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participa da confusão patrimonial. O real investidor, portanto, deve se confundir com o seu investimento.”;
- “[...] tendo sido o ágio efetivamente suportado pelo UBS AG quando da aquisição do BANCO PACTUAL, não há como a incorporação da UBS PARTICIPAÇÕES justificar a dedutibilidade desse ágio nos termos do artigo 386 do RIR/99. Por certo, com a incorporação da UBS PARTICIPAÇÕES pelo BANCO PACTUAL, não há como defender que houve o encontro num mesmo patrimônio do ágio pago pelas ações do BANCO PACTUAL com a próprio BANCO PACTUAL, pois quem efetivamente adquiriu o BANCO PACTUAL (UBS AG) nunca o incorporou (tanto que ao final o devolveu). Assim, na situação estudada, nenhuma das duas empresas participantes da operação societária arcou de fato com o ágio pago na aquisição das referidas ações. Não houve, portanto, confusão patrimonial da ‘mais valia’ com o investimento que lhe deu causa”;
- a situação dos autos não se enquadraria “...no benefício fiscal previsto no artigo 386 do RIR/99, pois, em face dessa incorporação, não há a confusão patrimonial entre o ágio pago na aquisição de um investimento e esse próprio investimento”;
- “...o UBS AG, na verdade, tentou transformar o ágio por ele pago quando da aquisição da participação societária do BANCO PACTUAL em uma verdadeira ‘moeda de dedução’, a qual poderia ser transmitida por ele a quem quisesse. O UBS AG tentou ‘autonomizar’ o ágio. Sem maiores delongas, é evidente que esse não foi o intuito do legislador ao editar os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997”.

- nos termos do acórdão nº 1302-00.834, em caso similar afastou-se a possibilidade de transferência do ágio de uma sociedade para outra, dada a ausência de previsão legal;
- conforme acórdão nº 105-17.219, apenas o ágio efetivamente pago seria dedutível, não aquele decorrente da “mais valia” transferida a outra empresa pertencente ao mesmo grupo;
- *“...os efeitos indesejáveis do aproveitamento indevido do ágio no presente caso restam claros quando ocorre a recompra do BANCO PACTUAL pelos seus antigos controladores (em 11/05/2009). Em face dessa segunda negociação do BANCO PACTUAL entre as mesmas partes, e pelo fato de não ter havido a confusão patrimonial exigida pelo artigo 386 do RIR/99, permite (i) que grande parte do custo de aquisição que deu origem ao ágio inicialmente registrado não seja pago, (ii) que tal ausência de pagamento também ocorra com relação a eventual ágio a ser registrado em face da recompra, (iii) e que, ao final, caso haja nova transferência de ágio pelos novos proprietários, o BANCO PACTUAL deduza dois ágios relativos a mesma rentabilidade futura”;*
- *“...ao haver a compensação da obrigação do UBS AG de pagar US\$ 1,48 bilhão, em face da aquisição do BANCO PACTUAL, com o direito desse banco suíço de receber o mesmo valor de US\$ 1,48 bilhão, como consequência da alienação daquele banco brasileiro, o BANCO PACTUAL acabou aproveitando fiscalmente um ágio cujo maior valor não fora pago, pois do custo de aquisição registrado de US\$ 2,4 bilhões, o UBS AG acabou pagando apenas US\$ 944 milhões”;*
- *“...vendo o ‘filme completo’, antes da compra do BANCO PACTUAL pelo UBS AG e após a sua recompra pelos antigos controladores, vê-se que o ‘vai e vem’ do banco brasileiro envolvendo uma circulação efetiva de aproximadamente US\$ 2 bilhões (considerando os US\$944 milhões pagos no dia 09/05/2006 pelo UBS AG e US\$1 bilhão que pode ter sido pago a esse banco em face da recompra do dia 11/05/2009) pode propiciar dois ágios cuja redução fiscal pode ultrapassar a cifra de US\$3 bilhões (a depender do valor de patrimônio líquido do BANCO PACTUAL no dia 11/05/2009). Destarte, desconsiderando o valor de US\$1,48 bilhão que não fora pago nem recebido por nenhuma das partes, nas duas operações, o valor da redução fiscal poderá ficar maior do que o valor de pagamento propriamente dito”;*
- *“...O valor de US\$1,48 bilhão não pode ser computado no custo de aquisição suportado pelo UBS AG porque, quando houve a compensação, o banco suíço não detinha mais o bem cuja obrigação de pagar foi compensada. Por outro lado, com relação aos antigos controladores do BANCO PACTUAL, nunca houve a obrigação de pagar essa quantia uma vez que eles sequer receberam o pagamento diferido do UBS AG”;*
- inexistiria documento hábil para atestar o pagamento do ágio com base em rentabilidade futura, essencialmente porque: (a) o laudo não fora elaborado à época própria, antes do pagamento; (b) os estudos internos não fariam referência à data em que foram elaborados, sendo imprestáveis para fins de comprovação do fundamento econômico do ágio;
- o art.385 do RIR/99 estabeleceria que o lançamento contábil do ágio deve indicar a razão econômica que justificou o pagamento, demonstrada em documento arquivado na contabilidade, não se podendo *“...imaginar que o documento que ateste a razão econômica de um ágio seja elaborado após o seu efetivo pagamento”;*
- *“...a anterioridade que deve existir do documento que atesta o fundamento econômico do ágio ao seu efetivo pagamento, em que pese não estar expressamente prevista na lei, decorre de uma estrutura lógica que se impõe à realização dos atos negociais que propiciam o surgimento de um ágio. Sendo o ágio fruto de uma negociação, onde uma parte adquire de outra um bem (participação societária), a ordem necessária dos fatos é que a parte adquirente*

*estude o seu interesse no bem antes do negócio ser fechado. Imaginar o contrário, seria admitir que a parte adquiriu o bem e depois analisou se tinha interesse na compra já realizada. O ato existiria antes da vontade. Um absurdo! Assim, numa operação pela qual uma participação societária é adquirida, a razão econômica que justifica o preço cobrado/pago necessariamente deve anteceder o seu efetivo desembolso. Em face de um negócio realizado, o estabelecimento entre as partes do valor envolvido indispensavelmente antecede a sua circulação. Não há como pensar o contrário [...] em total contraposição ao princípio da verdade material, a possibilidade de o laudo econômico de um ágio ser elaborado após o seu efetivo pagamento permite ao contribuinte contabilizar o que quiser, e não o que efetivamente ocorreu. Será dado aos contribuintes o poder de manipular a vontade por trás dos seus atos. O fundamento econômico de um ágio não será aquilo que realmente implicou o seu pagamento, mas sim o que a parte que o suportou quiser que o seja.”;*

- em que pese a negociação das ações do Banco Pactual datada de 9/5/06 e o pagamento de parte do ágio pelo UBS AG em 1/12/06, “...o único documento com data trazido para justificar o fundamento econômico desse pagamento foi elaborado somente em 12/2007, ou seja, UM ANO depois”;

- o laudo fora elaborado, inclusive, após a incorporação que autorizou a dedução da amortização do ágio;

- a verdade material apenas poderia ser averiguada à luz de documentos elaborados à época do pagamento do ágio;

- estaria incorreta a apuração do ágio deduzido, pois: (a) conforme balancete analítico, de 30/11/06, o valor do patrimônio líquido do Banco Pactual era, à época da aquisição pelo UBS AG, de R\$1.153.225.211,81, não de R\$828.325.211,81; (b) “...sendo o ágio resultado da diferença positiva entre o custo de aquisição e o valor do patrimônio líquido do investimento adquirido à época da aquisição, não há como ele ser influenciado por efeitos futuros”;

- no caso da CSLL, inexistindo norma expressa que autorize a dedução da despesa com amortização de ágio, não há se falar em renúncia fiscal. “...Ao contrário do que defende o recorrente, a dedutibilidade na CSLL da despesa com a amortização de um ágio não é assegurada em face da ausência de norma que preveja a adição dessa rubrica”;

- a despesa com amortização de ágio, mesmo quando dedutível para fins de IRPJ, não seria na apuração da CSLL, porque não há autorização legal a respeito, conforme já decidido no acórdão nº 1302-00.834;

- “...uma dedução na apuração da base de cálculo de um tributo não pode ser autorizada em face do silêncio da lei, mas sim em decorrência de norma autorizativa expressa. A regra é a indedutibilidade das despesas, a sua dedutibilidade é a exceção que deve vir expressamente prevista [...]. De acordo com a legislação tributária, o sujeito passivo do IRPJ e da CSLL somente pode reduzir a base de cálculo desses tributos com as deduções expressamente autorizadas pela lei. A legislação é que deve determinar os valores que serão excluídos do cálculo da apuração do lucro real e do resultado positivo ajustado para fins de incidência da CSLL; não o contribuinte de acordo com o seu livre convencimento”;

- seriam não dedutíveis da apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL os encargos incidentes sobre tributos com exigibilidade suspensa, dada a natureza de provisão, conforme precedentes administrativos (acórdãos nº 103-23.031, 1201-00.364, 101-95.997, 101-95.184 e 107-09.344);

- nos termos da Súmula CARF nº 2, não se poderia declarar a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 413/08, convertida na Lei nº 11.727/08;

- não haveria ilegalidade em se exigir a multa isolada por falta/insuficiência de recolhimentos de estimativas concomitantemente à multa de ofício proporcional, dado que se tratam de infrações distintas, não incidindo sobre a mesma base de cálculo como já decidido nos acórdãos n.ºs 193-00.017, 101-96.556, 101-96.481 e 108-08.962. A respeito da aplicação concomitante após a vigência da Lei nº 11.488/2007, destaca-se o acórdão nº 1401-000.761;
- nos termos do art.161 do Código Tributário Nacional (CTN), dos artigos 43 e 61 da Lei nº 9.430/96 e do art.13 da Lei nº 9.065/95, seria cabível a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, calculados à taxa SELIC.

Em 8/5/14, o Recorrente requereu a juntada, autorizada na mesma data pelo Presidente desta Terceira Turma Ordinária, de vasta documentação (fls.4.226/4.410) que contrariaria as afirmações da PGFN, especificamente quando esta sustentou que (a) a Circular BACEN nº 3.317/06 autorizaria a aquisição do controle direto de uma instituição financeira por uma sociedade estrangeira; e (b) que a aquisição direta do Banco Pactual teria sido aprovada pelo BACEN, pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e pela Presidência da República antes do fechamento do contrato de compra e venda.

Após ter tido acesso a tais documentos a PGFN ratificou os argumentos expostos nas contrarrazões, que demonstrariam a validade do lançamento.

Em 26/8/14, o Recorrente formalizou desistência parcial, relativamente à não adição às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL dos encargos incidentes sobre tributos com exigibilidade suspensa, para fins de “...gozo do benefício instituído pelo art.2º da Lei nº 12.996/14, com a redação dada pela MP 651/14, c/c os arts. 1º a 13 da Lei 11.941/09” (fls.4.495/4.506).

É o que importa relatar.

## Voto Vencido

Conselheiro Eduardo Martins Neiva Monteiro, Relator.

A tempestividade do recurso voluntário foi atestada pela Delegacia Especial da Receita Federal de Maiores Contribuintes – DEMAC (RJ), conforme despacho de fl.4.152.

Preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, toma-se conhecimento do recurso.

### 1. RECURSO VOLUNTÁRIO

Como relatado, o Recorrente insurgiu-se quanto à: (a) glosa a título de despesa com amortização de ágio na aquisição de investimento; (b) adição nas bases de cálculo dos juros incidentes sobre depósitos judiciais de Cofins com exigibilidade suspensa; (c) alíquota da CSLL e (d) juros sobre a multa de ofício.

#### 1.1 Da adição nas bases de cálculo do encargos decorrentes de depósitos judiciais com exigibilidade suspensa

Após análise da resposta do contribuinte, relacionada à intimação para informar se as atualizações monetárias apuradas e registradas em contas de resultado, referentes às provisões de tributos com exigibilidade suspensa, foram ou não adicionadas às bases de cálculo, a fiscalização procedeu ao seguinte levantamento a partir dos arquivos digitais que lhe foram fornecidos:

Grupo/Conta nº	Nomenclatura	2007	2008
8.1.99.0000005	Despesa de atualização de impostos e contribuições	20.036.988,48	19.590.728,42
7.1.9.99.000047	Variações monetárias – depósito judicial – IR/CSLL	(2.847.424,72)	(1.572.710,76)
	<b>Valor líquido</b>	<b>17.189.563,76</b>	<b>18.018.017,66</b>

A DRJ – Rio de Janeiro I (RJ) entendeu que tais valores caracterizar-se-iam como provisão contábil, seguindo os acessórios a sorte do principal.

Por sua vez, o Recorrente inicialmente sustentou não haver previsão legal para a adição, às bases de cálculo, das atualizações monetárias, multas, juros e demais encargos relativos a tributos com exigibilidade suspensa. Fundamentou seu entendimento no fato de o artigo 8º da Lei nº 8.541/92 ter considerado indevida a dedução de tais valores e o art.41 da Lei nº 8.981/95, tacitamente revogado aquele dispositivo, que impôs a observância do regime de competência. Ao fazer referência apenas aos “tributos e contribuições”, sem mencionar as atualizações monetárias, como previa a legislação anterior, restaria autorizada a dedução de tais valores. Ademais, seria inaplicável o art.13, I, da Lei nº 9.249/95 para justificar a adição de tais valores à base de cálculo da CSLL, por se tratarem de um passivo efetivo, decorrente de uma obrigação legal, desprovida do caráter de provisão.

Acontece que, conforme relatado, o sujeito passivo formalizou, em 26/8/14, desistência parcial, especificamente quanto à não adição às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL dos encargos incidentes sobre tributos com exigibilidade suspensa, nos seguintes termos (fls.4.495/4.506):

*“A Requerente formula o presente pedido de desistência parcial de forma expressa e irrevogável do recurso com relação, tão somente ao item 1 do Auto de Infração de IRPJ, item 1 do Auto de Infração de CSLL e item 2 do Termo de Verificação Fiscal, renunciando-se, assim, as alegações de direitos sobre os quais se funda parte do presente processo administrativo com base na condição prevista no art.8º, caput e §6º, da Portaria PGFN/RFB 13/14, para o gozo do benefício instituído pelo art.2º da Lei nº 12.996/14, com a redação dada pela MP 651/14, c/c os arts. 1º a 13 da Lei 11.941/09”.*

Sendo assim, as alegações de defesa relacionadas à infração 001 (adição à base de cálculo de encargos incidentes sobre tributos com exigibilidade suspensa) não podem ser conhecidas em razão de expressa desistência recursal. De acordo com o Anexo II do Regimento Interno do CARF, o pedido de parcelamento configura renúncia ao direito sobre o qual se funda o recurso interposto:

*Art. 78. Em qualquer fase processual o recorrente poderá desistir do recurso em tramitação.*

*§1º A desistência será manifestada em petição ou a termo nos autos do processo.*

§2º *O pedido de parcelamento, a confissão irretratável de dívida, a extinção sem ressalva do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso.*

§3º *No caso de desistência, pedido de parcelamento, confissão irretratável de dívida e de extinção sem ressalva de débito, estará configurada renúncia ao direito sobre o qual se funda o recurso interposto pelo sujeito passivo, inclusive na hipótese de já ter ocorrido decisão favorável ao recorrente, descabendo recurso da Procuradoria da Fazenda Nacional por falta de interesse.*

## 1.2 Das glosas a título de despesa com amortização de ágio na aquisição de investimento

### ***Da decadência***

Sustenta-se no recurso voluntário que o Fisco não poderia, quando do lançamento, questionar os registros contábeis relacionados ao ágio, originado em 1/12/06, mediante pagamento de parcela do preço de aquisição à vista e de quitação do restante quando da recompra em 2009. Em síntese, a defesa aduz que, embora a amortização refira-se aos anos-calendário 2007 a 2009, “...o fato contábil-societário, que lhe deu origem ocorreu no ano-base de 2006”. Além disso, o art.9º do Decreto nº 70.235/72 imporia, mesmo na hipótese de não exigência de crédito tributário, a lavratura do respectivo auto de infração no prazo decadencial do art.150, §4º, do Código Tributário Nacional (CTN).

Ao tratar da decadência, tal *codex* tributário assim dispôs:

*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.*

De acordo com tais dispositivos, a Fazenda Nacional dispõe do prazo de cinco anos para realizar o lançamento, contado da ocorrência do fato gerador, na hipótese de haver antecipação de pagamento, ou do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Tais regras foram chanceladas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgado abaixo, proferido sob a sistemática de recurso repetitivo e, portanto, de observância obrigatória pelos membros do CARF, conforme estabelece o art.62-A do Anexo II do Regimento Interno:

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

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

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

*3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos*

*previstos nos artigos 150, §4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Sarni, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199) (...)” (1ª Seção, REsp nº 973.733 – SC, Rel. Min. Luiz Fux)*

O próprio STJ, posteriormente, esclareceu o alcance da expressão "ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible", contida no REsp 973.733. Vejamos:

*PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTOS NÃO EFETUADOS E NÃO DECLARADOS. ART. 173, I, DO CTN. DECADÊNCIA. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA. ACOLHIMENTO. EFEITOS MODIFICATIVOS. EXCEPCIONALIDADE.*

*1. Trata-se de embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional objetivando afastar a decadência de créditos tributários referentes a fatos geradores ocorridos em dezembro de 1993.*

*2. Na espécie, os fatos geradores do tributo em questão são relativos ao período de 10 a 31.12.1993, ou seja, a exação só poderia ser exigida e lançada a partir de janeiro de 1994. Sendo assim, na forma do art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial teve início somente em 1º.1.1995, expirando-se em 1º.1.2000. Considerando que o auto de infração foi lavrado em 29.11.1999, tem-se por não consumada a decadência, in casu.*

*3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para dar parcial provimento ao recurso especial. (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 674497/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/02/2010, Die 26/02/2010)*

Em suma, no caso de inexistir antecipação de pagamento incide o art.173, I, do CTN, com início do prazo decadencial no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; caso contrário, o art.150, §4º, do CTN como, aliás, vem reiteradamente decidindo este Conselho.

Os lançamentos em questão, quanto à impossibilidade de amortização de ágio pretendida pelo contribuinte, referem-se a fatos geradores ocorridos em 31/12/07, 31/12/08 e 31/12/09.

No caso concreto, então, o prazo decadencial, considerando-se o fato gerador mais remoto (31/12/07), encerrou-se ao final de 2012, pela regra do art.150, §4º, do CTN; ou ao final de 2013, caso não tenha havido antecipação de pagamento, quando incidiria a regra do art.173, I, do CTN. Ora, por quaisquer dessas regras, com a ciência dos autos de infração em 26/10/12 (fls.3.180 e 3.196), **não há se falar em decadência.**

À luz dos dispositivos acima transcritos, que tratam da contagem do prazo decadencial, conclui-se com tranquilidade que a tese do Recorrente, de que o Fisco não poderia mais alterar o “fato gerador” da dedutibilidade do ágio, não encontra suporte legal. Baseia-se, na realidade, em um jogo de palavras. O fato gerador não pode assentar em outra realidade, senão naquela conferida, por força do art.146, III, a, da Constituição Federal, pelo CTN, que, em seu art.43, evidencia que o fato gerador do Imposto sobre a Renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendido o produto do capital, trabalho ou da combinação de ambos; ou de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os demais acréscimos patrimoniais.

Por sua vez, a apuração do IRPJ, e também da CSLL, ocorre em períodos trimestrais ou anuais, como no caso concreto.

É óbvio que o ágio apontado pela fiscalização decorreu ou, como prefere o Recorrente, foi gerado a partir de operação anterior à amortização das parcelas glosadas nos períodos de apuração; contudo, tal fato, não obstante a sua repercussão jurídico-contábil, não se confunde com os fatos geradores tributários, nos termos do CTN e das respectivas regras matrizes do IRPJ e da CSLL.

Também é verdade que a autoridade fazendária pode desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária (art.116, parágrafo único), como afirma o Recorrente com base em doutrina de Eurico Marcos Diniz de Santi, mas tal dever-poder não implica exigir do Fisco que seja onipresente e onisciente a ponto de fiscalizar todas as operações societárias que ocorrem cotidianamente com o pagamento ou não de ágio, mas que de alguma maneira repercute em apurações subsequentes. E, mais, não representa um ônus do qual decorra a perda do direito de constituir crédito tributário quando decorrido o prazo de cinco anos contado daqueles eventos.

Especificamente acerca da aquisição de investimento com ágio, não faz o menor sentido impor ao Fisco o dever de controlá-la, antes de ter havido a consequência tributária, no caso, a amortização das parcelas. Ao contrário do que se diz, a causa jurídica da pretendida amortização foi sim considerada pela fiscalização, mas na época própria, quando o contribuinte passou a se valer das deduções nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. A possibilidade de amortização a título de ágio decorre do preenchimento de certos requisitos legais, e foi exatamente a tal observação que o Fisco restringiu-se.

A interpretação conferida pelo Recorrente às regras tributárias deve ser avaliada pela Administração quantos ao períodos em que a aquisição de investimento com ágio passou a produzir efeitos tributários, ou seja, nos períodos de apuração em que ocorreram as amortizações. Pensar diferente, adotando-se como premissa temporal o “*fato societário que gerou direito à utilização do ágio*” significa, na prática, a criação de nova regra de contagem do prazo decadencial, desprovida, repita-se, de sustentáculo legal.

Em uma oração, a aquisição de investimento com ágio ou o seu registro contábil não são fatos geradores do IRPJ ou da CSLL.

Não se pode olvidar, conforme leciona Rubens Gomes de Souza (*in* *Compêndio de legislação tributária*. Coordenação IBET, obra póstuma, São Paulo, Ed. Resenha Tributária: 1975, p.101), que “*a função do lançamento é individualizar a obrigação prevista em abstrato pela lei e surgida em concreto com a ocorrência do fato gerador*”. Para um dos

precursores do direito tributário no Brasil, o fato gerador “...é justamente a hipótese prevista na lei tributária em abstrato, isto é, em termos gerais e objetivamente, como dando origem à obrigação de pagar o tributo” (p.87). Trazendo tais lições ao caso concreto, não há como, à luz do art.150, §4º, do CTN, definir o *dies a quo* do prazo decadencial como a data da aquisição do investimento com ágio, mesmo porque, para o investidor, não origina qualquer obrigação de pagar IRPJ ou CSLL.

Quanto ao art.9º do Decreto nº 70.235/72, relaciona-se à verificação de determinado período de apuração, o que não significa que a tese do Recorrente possa nele se ancorar. Por exemplo, se quanto ao período de apuração 31/12/07, mesmo com a glosa a título de amortização de ágio, não se apurasse qualquer crédito tributário, mas uma redução do estoque de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativas de CSLL, apurados em períodos pretéritos, imperiosa seria a lavratura de autos de infração, essencialmente para formalizar o ajuste e possibilitar a defesa do contribuinte.

Sobre a questão da decadência em casos semelhantes ao ora tratado, a maioria da Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da Primeira Seção de Julgamento (acórdão nº 1402-00.993, de 11/4/12, Relator do voto vencedor Cons. Antonio José Praga de Souza), assim decidiu:

*“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 norteadado pelo nascimento da obrigação tributária, ou seja, que se dá com a ocorrência do fato gerador..*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.206-2, de 2004, art. 4º, III, em vigor desde 16/7/2006. Outros acórdãos, com idêntica conclusão, podem ser mencionados como precedentes. Exemplificativamente:

Autenticado digitalmente em 01/04/2015 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 02/04/2015 por EDUARDO MARTINS NEIVA MONTEIRO, Assinado digitalmente em 01/04/2015 por BRENO FERREIRA MARTINS VASCONCELOS, Assinado digitalmente em 01/04/2015 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 13/05/2015 por ALOYSIO JOSE PERCINIO DA SILVA

Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*“DECADÊNCIA. FORMAÇÃO DE ÁGIO EM PERÍODOS ANTERIORES AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. INOCORRÊNCIA. Somente pode se falar em contagem do prazo decadencial após a data de ocorrência dos fatos geradores, não importando a data contabilização de fatos passados que possam ter repercussão futura. A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador e somente a partir de então pode se falar em lançamento (...)” (Acórdão nº 1402-001.495, de 6/11/13, Rel. Cons. Fernando Brasil de Oliveira Pinto)*

*“DECADÊNCIA. Na hipótese de fato que produza efeito em períodos diversos daquele em que ocorreu, a decadência não tem por referência a data do evento registrado na contabilidade, mas sim, a data de ocorrência dos fatos geradores em que esse evento produziu o efeito de reduzir o tributo devido (...)” (Acórdão nº 1301-000.999, de 7/12/12, Rel. Cons. Valmir Sandri)*

*“(... ) DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. APURAÇÃO DO TRIBUTO. DEDUÇÃO DA DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL. INÍCIO. O marco inicial para a contagem do prazo decadencial é a data em que foi cometida a infração, consistente na indevida amortização do ágio como despesa, reduzindo o resultado tributável, e não o momento em que o ágio foi constituído (...)” (Acórdão nº 1202-000.883, de 3/10/12, Rel. Cons. Viviane Vidal Wagner).*

Acrescente-se que foi a partir das Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ), dos anos-calendário 2007 a 2009, que a Administração tributária federal tomou conhecimento das exclusões das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, tendo no prazo que lhe é deferido por lei encerrado a auditoria.

Por tais razões, rejeita-se a preliminar de decadência.

### ***Do usufruto de ações***

De acordo com lançamento contábil registrado no Livro Diário em 1º/12/06, a aquisição do antigo Banco Pactual S/A (atual Banco BTG Pactual S/A), com a assunção da totalidade do controle acionário por UBS AG (Suíça) através de sua subsidiária UBS Brasil Participações Ltda, teria resultado em um ágio de R\$ 4.415.294.794,55.

A fiscalização, por sua vez, inicialmente entendeu que o valor do ágio, levando-se em conta o patrimônio líquido do Banco Pactual S/A, alcançaria, no máximo, R\$4.090.394.794,55, conforme registrado nos livros da UBS Brasil Participações Ltda, com a constituição da respectiva provisão em igual valor, fato que se confirmaria no Laudo de Avaliação de Patrimônio Líquido daquela sociedade pra fins de incorporação pelo Banco UBS Pactual S/A (fls.514/526), elaborado por ACAL Consultoria e Auditoria S/S em 5/2/07:

*“O ágio no valor de R\$ 4.090.394.794,55 registrado nos livros comerciais da empresa incorporada UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA, em relação a sua participação societária no capital da empresa incorporadora BANCO UBS PACTUAL S.A apresenta rentabilidade futura com fundamentação econômica.*

*Em expressa observância às disposições contidas na Circular BACEN nº 3.017 de 6 de dezembro de 2000, que trata dos processos de incorporação envolvendo instituições financeiras regulada pelo Banco Central do Brasil, foi constituída provisão sobre o valor do ágio da incorporada no investimento da incorporadora BANCO UBS PACTUAL S.A”*

A glosa de R\$ 324.900.000,00 foi assim justificada pela autoridade fiscal, levando-se em consideração balancete do Banco Pactual S/A, de 30/11/06 (fl.1.189):

*“Na forma do art.385 do RIR/99, o valor contábil do patrimônio líquido do Banco, conforme balancete analítico na data-base de registro contábil da aquisição do Banco correspondia a R\$1.153.225.211,81, ao invés do custo de aquisição contabilizado no valor de R\$828.325.211,81, pois eventos futuros relativos à distribuição de dividendos e juros sobre o capital próprio não podem ser simplesmente deduzidos do patrimônio líquido do Banco na data da aquisição (fls.anexo7)”.*

Conforme art.20 do Decreto-lei nº 1.598, de 26/12/77, na hipótese de avaliação de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor do patrimônio líquido, o ágio consistirá na diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido, a ser “*determinado de acordo com o disposto no artigo 21*”, que reza:

*“Art 21. Em cada balanço o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no artigo 248 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as seguintes normas:*

*I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até 2 meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda.*

*II - se os critérios contábeis adotados pela coligada ou controlada e pelo contribuinte não forem uniformes, o contribuinte deverá fazer no balanço ou balancete da coligada ou controlada os ajustes necessários para eliminar as diferenças relevantes decorrentes da diversidade de critérios;*

*III - o balanço ou balancete da coligada ou controlada levantado em data anterior à do balanço do contribuinte deverá ser ajustado para registrar os efeitos relevantes de fatos extraordinários ocorridos no período;*

*IV - o prazo de 2 meses de que trata o item aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimentos relevantes que devam ser avaliados pelo valor de patrimônio líquido para efeito de determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).*

*V - o valor do investimento do contribuinte será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido*

*ajustado de acordo com os números anteriores, da porcentagem da participação do contribuinte na coligada ou controlada.”*

Sustenta o Recorrente que haveria a prévia estipulação, no Contrato de Compra e Venda, do pagamento de dividendos e juros sobre capital próprio, que não pertenceriam à UBS Brasil Participações Ltda, mas aos vendedores do Banco Pactual S/A, razão pela qual deveriam ser subtraídos do valor do patrimônio líquido. Para um melhor entendimento, vale transcrever algumas passagens do recurso voluntário:

*“[...] os dividendos e juros sobre capital próprio acima referidos não pertenciam à UBS Participações, mas aos vendedores do Banco Pactual; isso é fora de questão. Assim, o valor a eles correspondentes deveria ser excluído do montante do patrimônio líquido destinado a UBS Participações, em razão da aquisição do Banco Pactual. Se não fosse, UBS Participações estaria tratando como seu algo que pertencia aos vendedores do Banco Pactual. Por outro lado, se tratasse os valores devidos aos vendedores do Banco Pactual como seus, por integrarem o patrimônio líquido do Banco Pactual, UBS Participações deveria registrar a obrigação de repassar os referidos valores aos vendedores do Banco Pactual, o que equivaleria ao reconhecimento de que lhes seria devido um complemento de preço.*

*Em ambas as hipóteses, como bem reconhece a decisão recorrida, o montante do ágio registrado por UBS Participações na aquisição do Banco Pactual seria idêntico e compreenderia tais valores na sua quantificação. Ou seja, na primeira hipótese, em razão de o valor dos juros sobre o capital próprio e dos dividendos ser excluído do patrimônio líquido do Banco Pactual; na segunda, em razão de corresponderem a um complemento do preço de aquisição do Banco Pactual.*

.....

*A cláusula 6.13 (b) do Contrato de Compra e Venda de 2006 criou um usufruto (já destacado quando da análise dos fatos) sobre todas as ações do Banco Pactual S/A transferidas para a UBS Participações:*

.....

*Há que se ter em conta que tanto os dividendos, quanto os juros sobre capital próprio, foram calculados tendo como referência período anterior à celebração do Contrato de Compra e Venda de 2006 (a serem deduzidos dos lucros já auferidos). O que ocorreu foi apenas que seu pagamento acabou não se verificando antes da transferência das ações à UBS Participações, motivo pelo qual se optou pela constituição do usufruto já mencionado.”*

A defesa ainda alega que o ajuste estaria amparado na Instrução CVM nº 247, de 27/3/96<sup>1</sup>, e na NPC VI Ibracon, itens 17 e 19 (a) e (b), sendo este também o entendimento

<sup>1</sup> Art.11 - Para a determinação do valor da equivalência patrimonial, a investidora deverá: I - Eliminar os efeitos decorrentes da diversidade de critérios contábeis, em especial, referindo-se a investimentos no exterior; [...] IV - Reconhecer os efeitos decorrentes de classes de ações com direito preferencial de dividendo fixo, dividendo cumulativo e com diferenciação na participação de lucros.

do Prof. Eliseu Martins em parecer técnico acostado aos autos. Teria havido, na realidade, um erro formal no registro do custo de aquisição, tendo sido revisado o Laudo de Avaliação do Patrimônio Líquido em 5/4/07, por quem elaborou o primeiro, Acal Consultoria e Auditoria S/S.

Pois bem.

Consta da mencionada Cláusula 6.13 (“*Pagamentos Especiais. Usufruto*”) (fls.726/730), em sua alínea (b), disposição sobre a obrigação de estipulação de um usufruto sobre “*todas as Ações do Pactual transferidas no Fechamento à Adquirente (como nu-proprietária)*”, estabelecendo, em contrapartida, o direito do Pactual S/A (denominado “*Controladora*”) ou de seus Sócios como usufrutuário(s) de receber “*distribuições em dinheiro no valor total equivalente a US\$150 milhões, determinado em 30 de junho de 2006*”, a que se denominou de “*Dividendo Posterior ao Fechamento*”. Nos termos da alínea (c), “*O Dividendo Posterior ao Fechamento deverá ser pago de todo e qualquer dividendo, distribuição, juros sobre o capital próprio, ou distribuições semelhantes relacionadas às Ações do Pactual realizadas após a Data de Fechamento, e nenhum valor deverá ser distribuído em relação às Ações do Pactual a nenhum detentor antes do pagamento total do Dividendo Posterior ao Fechamento*”.

Em havendo usufruto de ações não se discorda da possibilidade de caber ao usufrutuário o direito econômico que resultará no recebimento de dividendos. O problema, no caso concreto, está na forma como foi estabelecido, com uma espécie de “carimbo” em termos econômicos (US\$150 milhões), aposto em 30/6/06, antes mesmo do fechamento da negociação de compra e venda e do encerramento do exercício social.

Nos termos do art.40 da Lei nº 6.404, de 15/12/76, Lei das S/A, é inconteste que o usufruto pode incidir sobre ações:

*“Art. 40. O usufruto, o fideicomisso, a alienação fiduciária em garantia e quaisquer cláusulas ou ônus que gravarem a ação deverão ser averbados:*

*I - se nominativa, no livro de "Registro de Ações Nominativas";*

*II - se escritural, nos livros da instituição financeira, que os anotará no extrato da conta de depósito fornecida ao acionista. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)*

*Parágrafo único. Mediante averbação nos termos deste artigo, a promessa de venda da ação e o direito de preferência à sua aquisição são oponíveis a terceiros.” (destaquei)*

Vê-se que a eficácia do usufruto perante a Companhia e terceiros, com a produção de efeitos *erga omnes*, condiciona-se à averbação nos livros da instituição financeira, até mesmo para segurança do próprio usufrutuário, não bastando, conforme a Lei das S/A, estipulação em contrato, como sustenta o Recorrente.

A decisão de distribuição de dividendos deve ser ainda objeto de deliberação em Assembleia-Geral Ordinária, a ocorrer no prazo de quatro meses após o término do exercício social, conforme art.132, II, da Lei das S/A, cabendo ao Conselho Fiscal opinar sobre as propostas dos órgãos de administração relativas à distribuição.

A estipulação prévia de dividendos mediante cláusula contratual em um acordo de compra e venda não está em conformidade com a legislação societária.

Como poderia se saber o valor a ser distribuído de dividendos, antes da deliberação pela Assembleia-Geral? Antes mesmo do implemento do fechamento do aludido contrato de compra e venda? O que a estipulação de usufruto confere aos usufrutuários é o gozo dos direitos inerentes à ação, não determinado valor previamente fixado por contrato, que afinal ainda dependerá de decisão do órgão societário competente. Com isso, repita-se, não se nega o direito dos usufrutuários a dividendos, mas apenas se reafirma que se concretiza à época própria, nos moldes definidos pela lei societária.

Normalmente, celebra-se contrato de usufruto para a concessão de direitos relacionados a determinado número de ações, relativos a recebimento de dividendos, juros sobre capital próprio ou outros direitos econômicos que vierem a ser pagos. O usufruto de ações com valor pré-determinado, da forma como estipulado, é singular, atípico, não podendo ser oponível para fins de redução do patrimônio líquido em futura concretização de um negócio de compra e venda.

Quando do “fechamento” do Contrato de Compra e Venda poder-se-ia discutir o ajuste do patrimônio líquido do Banco Pactual S/A, a título de dividendos e juros sobre capital próprio, por exemplo, caso, relativos a períodos anteriores, sua distribuição já houvesse sido regularmente deliberada, quando então se poderia afirmar, como sustenta o Recorrente, que “...parte do patrimônio líquido da investida já estava destinada ao pagamento de dividendos e juros sobre capital próprio aos antigos acionistas, usufrutuários”. Da maneira como realizada, andou bem a fiscalização ao afirmar que “...eventos **futuros** relativos à distribuição de dividendos e juros sobre capital próprio não podem simplesmente ser deduzidos do patrimônio líquido do Banco na data da aquisição”.

A defesa ainda alega que os dividendos e juros sobre capital próprio teriam sido calculados com base em período anterior à celebração do Contrato de Compra e Venda, sendo que “...apenas o seu pagamento acabou não se verificando antes da transferência das ações à UBS Participações, motivo pelo qual se optou pela constituição do usufruto”, porém sobre tal assertiva inexistente nos autos documentação comprobatória a respeito (v.g., ata de assembleia, registro contábil).

A questão agora é saber se o valor em discussão caracteriza-se como parte do preço de aquisição como alegado subsidiariamente pela defesa.

Em que pese ser indevida a redução do patrimônio líquido em decorrência dos pagamentos que supostamente foram realizados a título de dividendos e juros sobre capital próprio, é possível se extrair do aludido Contrato de Compra e Venda, mormente levando-se em conta que as pessoas físicas beneficiadas constaram como parte no acordo, que os recebimentos, em vez de terem aquela natureza jurídica anunciada pelo contribuinte desde o procedimento fiscal, compuseram, na realidade, o preço da transação, **de forma que o valor do ágio alcançou R\$ 4.415.294.794,55**, sendo impropriedade o que a fiscalização denominou de “glosa” da importância de R\$ 324.900.000,00.

Na precisa observação do acórdão recorrido:

351 *Por ser parte do contrato de compra e venda, se o montante de R\$ 324.900 mil não for ajustado na apuração do patrimônio do Banco Pactual, o seria como parte do preço de*

Documento assinado digitalmente conforme Lei nº 11.367-2006 e Lei nº 12.365-2012. Autenticado digitalmente em 01/04/2015 por EDUARDO MARTINS NEIVA MONTEIRO, Assinado digitalmente em 01/04/2015 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 13/05/2015 por ALOYSIO JOSE PERCINIO DA SILVA

Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*compra pago. Assim, para efeitos de apuração do valor do ágio pago, não faz diferença a forma em que se consideram os pagamentos efetuados aos usufrutuários.”*

Prima-se aqui pela substância do negócio jurídico, não pelo aspecto formal de como foi realizado.

De toda forma, a conclusão acerca da impropriedade da fiscalização, acima identificada, não produzirá efeito favorável ao contribuinte, tendo em vista que as amortizações a título de ágio não foram acolhidas pelas variadas razões abaixo esmiuçadas.

Antes de adentrar na análise da oponibilidade do planejamento tributário perante o Fisco, passa-se à apreciação de como se efetivou o pagamento do ágio.

### ***Do pagamento do ágio***

Conforme Contrato de Compra e Venda (fls.558/802), restou pactuado que o pagamento pela aquisição do investimento dar-se-ia em duas parcelas: uma, em 1º/12/06, em dinheiro; outra, após o que se nomeou de medição final (cinco anos contados da data de fechamento), cuja definição do valor a ser pago **dependia do implemento de determinadas condições**. Vejamos o teor das Cláusulas 1.1 a 1.4, no que importa reproduzir:

*“ESTE CONTRATO DE COMPRA E VENDA (conforme alterado, editado, consolidado ou de qualquer outro modo modificado de tempos em tempos, este ‘Contrato’) é celebrado em 9 de maio de 2006 por e entre UBS AG, uma sociedade limitada por ações com (Aktiengesellschaft), constituída sob as leis da Suíça (‘Adquirente’), Pactual S.A, uma sociedade anônima constituída sob as leis do Brasil (‘Controladora’) e as pessoas físicas listadas no Anexo 1 deste instrumento (cada uma, um ‘Sócio e, em conjunto, os ‘Sócios’);*

.....

*CLÁUSULA 1.1. Aspectos Gerais. De acordo com os termos e sujeito às condições previstas neste Contrato, no Fechamento, a Controladora ou, se a Reorganização estiver concluída, cada um dos Sócios deverá vender, ceder, transferir, alienar e entregar à Adquirente, e a Adquirente deverá comprar da Controladora ou, se a Reorganização estiver concluída, de cada um dos Sócios, todas as Ações do Pactual então em circulação, representando a totalidade do capital social do Pactual (a ‘Compra de Ações’) em troca da Contraprestação Total (conforme aqui definido).*

*CLÁUSULA 1.2. Contraprestação do Fechamento. (a) Em troca das Ações do Pactual transferidas à Adquirente no Fechamento, a Adquirente deverá, no Fechamento e sujeito aos termos e condições aqui estabelecidas: (i) pagar à Controladora ou, se a Reorganização for concluída, aos Sócios, e a Controladora ou os Sócios deverão imediatamente efetuar o pagamento de tais quantias (após dedução da CPMF aplicável) à GCP Brasil, um montante em dinheiro equivalente a (x) (A) US\$ 920 milhões acrescido de (B) juros sobre os US\$ 920 milhões calculados pela LIBOR durante o período a partir de e incluindo 1º de julho de 2006 até mas excluindo a Data de Fechamento (a ‘Contraprestação do Fechamento em Dinheiro’), menos (y) No*

*valor total necessário para pagar todos os Tributos incorridos pelos Sócios relacionados ao pagamento da Contraprestação do Fechamento em Dinheiro, conforme determinado de boa-fé, em bases razoáveis, pelos Representantes do Sócio, à Adquirente, cujo cálculo, junto com os comprovantes razoavelmente detalhados, deverão ser fornecidos pelos Representantes do Sócio à Adquirente em até dez Dias Úteis antes da Data de Fechamento (o 'Valor Designado dos Tributos'), por meio de transferência eletrônica de fundos imediatamente disponíveis para uma ou mais contas detidas pela GCP Brasil em um banco comercial localizado no Brasil, conforme designado pela Controladora, por escrito, em até dois Dias Úteis antes da Data de Fechamento e (ii) pagar a cada Sócio um valor igual à parcela de tal Sócio do Valor Designado dos Tributos, em dinheiro, por meio de transferência eletrônica de fundos imediatamente disponíveis para uma conta detida por tal Sócio em banco comercial localizado no Brasil, em cada caso, no valor e para a conta designada pelos Representantes do Sócio, por escrito, em até dois Dias Úteis antes da Data de Fechamento.*

.....

*CLÁUSULA 1.3. Pagamento Diferido (a) Sujeito aos termos e condições aqui previstos, na data especificada na Cláusula 1.4 (d), a Controladora ou, se a Reorganização estiver concluída antes do Fechamento, os Sócios deverão ter direito a receber, como contraprestação adicional pela Compra de Ações, um valor igual a:*

*(i) (x) US\$ 1,48 bilhão (sujeito ao reajuste conforme previsto na Cláusula 1.4(e)), se o Lucro Líquido Cumulativo antes do Imposto de for maior ou igual a zero e o Aumento das Receitas Cumulativas for maior do que zero;*

*(y) US\$ 740 milhões (sujeito ao reajuste conforme previsto na Cláusula 1.4(e)), se o Lucro Líquido Cumulativo antes do Imposto for menor do que zero; ou*

*(z) US\$ 1,184 bilhão (sujeito ao reajuste conforme previsto na Cláusula 1.4(e)), se o Lucro Líquido Cumulativo antes do Imposto for maior ou igual a zero, mas o Aumento das Receitas Cumulativas for (ou for considerado de acordo com sua definição) zero (o valor a ser pago em decorrência desta cláusula (i), o 'Valor Base do Pagamento Diferido'); menos*

*(ii) o Valor a Compensar.*

*Se o valor determinado na subtração do Valor a Compensar do Valor Base do Pagamento Diferido for um número positivo, será aqui denominado "Valor do Pagamento Diferido". Quaisquer controvérsias relativas ao cálculo do Valor a Compensar deverá ser resolvida conforme previsto na Cláusula 1.7. Para que não parem dúvidas, o Valor Base do Pagamento Diferido mínimo, antes de quaisquer reduções conforme previsto na Cláusula 1.4(e), é de US\$ 740 milhões.*

(b) Não obstante qualquer disposição em contrário prevista neste Contrato, nenhum valor deverá ser pago pela Adquirente nos termos desta Cláusula 1.3 se o Valor a Compensar, conforme finalmente determinado de acordo com os termos deste Contrato, exceder o Valor Base do Pagamento Diferido.

CLÁUSULA 1.4. Determinação do Valor Base do Pagamento Diferido

.....

(d) A Adquirente deverá efetuar o pagamento do Valor do Pagamento Diferido previsto na Declaração Final de Pagamento Diferido relativa ao quinto Período Anual, mais juros sobre tal valor calculados com base na LIBOR desde a Data de Medição Final até, mas excluindo a data de tal pagamento, em um prazo de três Dias Úteis a partir do que ocorrer por último entre a determinação do Extrato Final do Pagamento Diferido relativo ao quinto Período Anual em conformidade com o parágrafo (c) acima e a designação, pelos Representantes do Sócio, de uma conta para pagamento conforme previsto na sentença a a seguir. Os pagamentos especificados nesta Cláusula 1.4(d) deverão ser efetuados por meio de transferência eletrônica de fundos imediatamente disponíveis em uma conta em um banco comercial localizado no Brasil designada pelos Representantes do Sócio por escrito antes ou junto com a determinação do Extrato Final do Pagamento Diferido relativo ao quinto Período Anual (a 'Conta do Pagamento Diferido').”

Quanto à primeira parcela (“*Contraprestação do Fechamento em Dinheiro*”), a própria fiscalização atestou o seu pagamento, nos termos abaixo, **sendo, portanto, incontroverso:**

“O contribuinte forneceu também o extrato da conta corrente da UBS Brasil Participações Ltda no Banco UBS Pactual S.A e os avisos de lançamento de depósito de cada acionista vendedor do Banco Pactual S.A, que evidencia o crédito da primeira parcela (equivalente a US\$ 920 milhões, acrescidos dos juros contratuais) referente à venda do Banco a favor de cada acionista – pessoa física, (fls. Anexos 10, 12 e 13).”

Sobre o restante (“*Valor do Pagamento Diferido*”), como visto, dependia de eventos futuros e incertos, não tendo sido pago na data do fechamento do negócio (1º/12/06), quando o ágio foi escriturado pela UBS Brasil Participações Ltda e já na apuração do ano-calendário seguinte passou a ser amortizado. Nem o valor mínimo de US\$ 740 milhões, ao contrário do que afirma o Recorrente, estaria garantido, conforme Cláusulas 1.3 (b) e 8.3:

CLÁUSULA 1.3

.....

Pagamento Diferido (b) Não obstante qualquer disposição em contrário prevista neste Contrato, nenhum valor deverá ser pago pela Adquirente nos termos desta Cláusula 1.3 se o Valor a Compensar, conforme finalmente determinado de acordo com os

*termos deste Contrato, exceder o Valor Base do Pagamento Diferido.*

....

*CLÁUSULA 8.3. Limites de Redução do Valor do Pagamento Diferido. Não obstante qualquer outra disposição em contrário prevista neste Contrato, (A) nenhum Prejuízo deverá reduzir o Valor do Pagamento Diferido em virtude de qualquer violação de qualquer declaração e garantia da controladora ou de qualquer um dos Sócios previstas neste Contrato (exceto (x) uma violação de qualquer declaração ou garantia prevista nas Cláusulas 3.20 ou 3.30, (y) qualquer questão descrita na alínea (x) (B) da definição de “Valor a Compensar” ou (z) qualquer questão prevista na Cláusula 10.1 (xx) do Termo de Divulgação da Adquirente), a menos que o valor agregado dos Prejuízos que a Adquirente e suas Afiliadas tenham sofrido, pago ou incorrido por qualquer tal violação de declaração ou garantia exceda US\$10 milhões (a “Parcela a Deduzir”) e (ii) a adquirente somente terá o direito de reduzir o Valor do Pagamento Diferido pelo valor dos Prejuízos sofridos, pagos ou incorridos por tal violação da declaração e garantia que, no total, excedam a Parcela a Deduzir (fica neste ato acordado que a Parcela a Deduzir é uma “parcela a deduzir efetiva”). Não obstante qualquer outra disposição em contrário prevista neste Contrato, nenhum Prejuízo deverá reduzir o Valor do Pagamento Diferido por qualquer violação de qualquer declaração ou garantia da Controladora ou de qualquer um dos Sócios previstas neste Contrato (exceto uma violação de qualquer declaração ou garantia incluída na Cláusula 3.20 ou 3.30 ou qualquer questão prevista na alínea (x) (B) da definição de “Valor a Compensar”), a menos que os Prejuízos sofridos, pagos ou incorridos pela Adquirente ou por suas Afiliadas por reivindicações individuais ou uma série de reivindicações relacionadas decorrentes de, relativas ou em relação a tal violação da declaração ou garantia excedam US\$25.000 (o “Valor Mínimo de Reivindicação”); ressalvado, no entanto, que sujeito aos termos da primeira sentença desta Cláusula 8.3, se o valor dos Prejuízos por qualquer tal violação das declarações e garantias exceder o Valor Mínimo de Reivindicação, o Valor do Pagamento Diferido deverá ser reduzido a partir do primeiro dólar dos Prejuízos decorrentes de tal violação.”*

O valor de US\$ 1,48 bilhão, que de acordo com a supracitada Cláusula 1.3 (1) do Contrato de Compra e Venda era a primeira opção do denominado “Pagamento Diferido”, foi considerado, na realidade, apenas quando da operação posterior de venda/recompra da instituição, conforme contrato celebrado em 11/5/09 (fls. **1.803/1.931**) (o Sr. André Santos Esteves retomou o controle acionário do Banco UBS Pactual S/A e a maioria dos antigos sócios do Banco Pactual S/A passaram à condição de sócios do Banco BTG Pactual S/A). Vejamos:

*“O PRESENTE CONTRATO DE VENDA E COMPRA ALTERADO E CONSOLIDADO (conforme periodicamente alterado, aditado, consolidado ou de outra forma modificado, este Contrato) é celebrado em 11 de maio de 2009 por e entre*

a BTG INVESTMENTS LP, uma sociedade em comandita simples constituída de acordo com as leis das Bermudas ('Adquirente'), UBS AG, uma sociedade limitada por ações (Aktiengesellschaft) constituída de acordo com as leis da Suíça ('Vendedor Um'), UBS Brasil Investimentos Ltda, uma sociedade limitada constituída de acordo com as leis do Brasil ('Vendedor Dois'), UBS Internacional Holdings BV, uma sociedade privada de responsabilidade limitada (besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid) constituída de acordo com as leis dos Países Baixos ('Vendedor Três') e Waburco Nominees Ltd, uma sociedade de responsabilidade limitada constituída na Inglaterra e no País de Gales ('Vendedor Quatro', e em conjunto com o Vendedor Um, Vendedor Dois e Vendedor Três, os 'Vendedores').

#### PREÂMBULO

CONSIDERANDO QUE o Vendedor Um, Vendedor Dois, Vendedor Três e Vendedor Quatro detêm conjuntamente todo o capital social emitido e em circulação e os direitos de voto do Banco UBS Pactual S.A, uma sociedade anônima constituída de acordo com as leis do Brasil ('Guigal');

CONSIDERANDO QUE, (i) de acordo com um Contrato de Venda e Compra, datado de 9 de maio de 2006 (conforme periodicamente alterado, aditado, consolidado ou de outra forma modificado, o 'SPA Original'), por e entre o Vendedor Um, Pactual S.A, uma sociedade anônima constituída de acordo com as leis do Brasil, e os indivíduos listados no Anexo I ao referido instrumento (individualmente, um 'Sócio' e, conjuntamente, os 'Sócios'), o Vendedor Um e outras pessoas jurídicas controladas pelo Vendedor Um adquiriram a totalidade do capital social emitido e em circulação e os direitos de voto do Guigal, e (ii) de acordo com um Contrato de Depósito em Garantia, datado de 1º de dezembro de 2006 (conforme periodicamente alterado, aditado, consolidado ou de outra forma modificado, o 'Contrato de Depósito em Garantia'), por e entre o Vendedor Um, The Bank of New York e certos representantes dos Sócios nele nomeados, determinadas quantias foram depositadas em garantia.

.....

"CLÁUSULA 1.2 Pagamento no Fechamento. Em troca das Ações do Guigal transferidas ao Adquirente no fechamento, o Adquirente deverá, no Fechamento e sujeito aos termos e condições do presente instrumento, pagar aos Vendedores (em conformidade com seus respectivos Percentuais de Pagamentos aos Vendedores) um valor em dinheiro equivalente a US\$ 2.475.000.000,00 **menos** o Valor Total do Pagamento Diferido Descontado **menos** o Valor Total da Dívida Descontada do UBS (cuja redução está sendo realizada em decorrência da assunção de determinados obrigações pelo adquirente) **mais** o Valor do Pagamento Diferido Descontado dos Sócios Dissidentes **menos** o Valor Descontado de Retenção **menos** o Valor do Pagamento Posterior (o "**Pagamento em Dinheiro no Fechamento**") através de transferência eletrônica de fundos imediatamente

*disponíveis a uma ou mais contas mantidas pelo Vendedor UM, Vendedor Dois, Vendedor Três e Vendedor Quatro em um banco comercial designado pelos Vendedores, por escrito, no mínimo, dois Dias Úteis antes da Data de Fechamento.*

*CLÁUSULA 9.1 Outras Definições. Os termos a seguir, utilizados neste Contrato terão os seguintes significados:*

*(a) 'Coligada' significa, com relação a qualquer Pessoa, qualquer outra Pessoa que, diretamente ou através de um ou mais intermediários, controle, seja controlada por ou esteja sob o controle comum com a Pessoa especificada, incluindo, no caso do Guigal, os Fundos Exclusivos.*

*(b) 'Pagamento Total' significa a soma do (i) Pagamento em Dinheiro no Fechamento e (ii) Pagamento Posterior.*

*(c) 'Valor do Pagamento Diferido Total' significa US\$1,48 bilhões.*

*(d) 'Valor Total do Pagamento Diferido Descontado' significa o Valor do Pagamento Diferido Total, conforme este valor seja descontado a partir de 1º de julho de 2011 ao seu valor presente na data do Fechamento, utilizando uma taxa de desconto da LIBOR para Um Mês na Data de Fechamento mais 100 pontos básicos ao ano."*

Da forma como "quitada" a parcela remanescente, para o Recorrente uma "compensação", nota-se que se dissociou do previsto no Contrato de Compra e Venda celebrado para a aquisição do antigo Banco Pactual S/A, conforme já antecipado acima, que previa, em sua Cláusula 1.4 (d) o pagamento "...por meio de transferência eletrônica de fundos imediatamente disponíveis em uma conta em um banco comercial localizado no Brasil", também confirmado na Cláusula 1.5:

*"CLÁUSULA 1.5. Condições de Pagamento, Cálculo dos Prejuízos, Retenção. (a) **Todos os pagamentos a serem efetuados de acordo com este Capítulo I, salvo quaisquer outros pagamentos a serem efetuados pela Adquirente, deverão ser feitos em moeda corrente do Brasil por meio de transferência eletrônica a uma ou mais contas correntes, conforme aqui previsto, em um banco comercial localizado no Brasil. Cada um dos Sócios deverá cooperar com as instruções razoavelmente dadas pela Adquirente relativas a tal transferência, inclusive abrindo tais contas em um banco conforme determinado pela Adquirente para o recebimento da parcela pro-rata de tal Sócio da Contraprestação do Fechamento em Dinheiro. Para fins desta Cláusula 1.5(a), os valores especificados em dólares norte-americanos neste Contrato deverão ser convertidos em Reais utilizando a taxa de compra de dólares norte-americanos informada pelo Banco Central do Brasil ('BCB') por meio de seu Sistema de Informações, Operação PTAX 800, Opção 5, Moeda 220 (tal taxa, 'Taxa de Câmbio'), no encerramento do Dia Útil imediatamente anterior à data do respectivo pagamento.**"*

Portanto, além de o valor remanescente não ter sido efetivamente desembolsado, quando da aquisição do controle acionário do antigo Banco Pactual S/A, pois dependia de uma evento futuro e incerto, o encontro de contas apenas em maio de 2009 não se realizou como inicialmente acordado.

Em termos de valores, é fato que em 1º/12/06 não se poderia falar em efetivo pagamento de ágio quanto à parcela de R\$ 3.205.680.000,00, pois não houve qualquer dispêndio de recursos.

Ainda que pertinente à análise do conhecido ágio interno, as considerações sobre a sua formação, constantes do entendimento da CVM, podem ser aqui aproveitadas, pois confirmam exatamente a necessidade de haver pagamento do preço acordado, ocorrência de dispêndio para se obter algo de terceiros, o que definitivamente não ocorreu no caso concreto, ao menos integralmente. No Ofício Circular/CVM/SNC/SEP IV 01/2207, tal autarquia orientou:

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

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

A realidade é que tendo sido efetivamente pago ao final de 2006 o valor de R\$ 884.714.794,55, ao término do ano-calendário 2008 a amortização já alcançava R\$1.692.529.671,27, sem que tal montante houvesse sido desembolsado ou quitado de qualquer outra forma.

Não se discute o fato de o valor do negócio (US\$ 2,4 bilhões) ter sido definido, ainda que sob três distintos cenários, quando da celebração do Contrato de Compra e Venda, mas se e quando os valores acordados foram efetivamente pagos. Quanto à primeira parcela, não resta dúvida quanto ao pagamento. Sobre o valor remanescente, como visto, não se extrai a mesma conclusão.

Afirma o Recorrente que, em conformidade com “*profundo estudo e projeção da lucratividade do empreendimento*”, poder-se-ia concluir pela certeza do pagamento do valor máximo. Ainda que tais estudos supostamente tenham apontado em tal sentido, não dispensam o efetivo pagamento, dispêndio, pelo adquirente, que, no caso concreto, é importante ressaltar, jamais ocorreu. A legislação que autoriza a amortização do ágio pago não contempla (artigos 385 e 386 do RIR/99), como se verá adiante, esta presunção de pagamento futuro. Com mais propriedade no caso concreto, quando o pagamento diferido era incerto, dependente de determinadas condições estipuladas em contrato.

A respeito da cessão de dívida, em 4/12/06, da UBS Brasil Participações Ltda, correspondente a R\$ 3.205.680.000,00 (saldo devedor do preço de aquisição das ações do Banco Pactual S/A), para a UBS Brasil Investimentos Ltda, ao contrário do que entende o Recorrente, não representa a quitação da diferida parcela do preço acordado. Além de tal decisão societária ter sido implementada por partes interdependentes, vez que as duas sociedades eram subsidiárias integrais da UBS AG, a obrigação a pagar, antes da UBS Brasil Participações Ltda com o antigo Banco Pactual S/A, ao menos formalmente, passou a ser perante a UBS Brasil Investimentos Ltda, o que não implica dizer que tal parcela foi paga, mas simplesmente que o passivo passou a ser registrado contabilmente em face desta última sociedade.

O aumento de capital da UBS Brasil Participações Ltda, de US\$2.045.686.176,00 para US\$5.251.365.177,00, subscrito e integralizado pela UBS Brasil Investimentos Ltda exatamente mediante os créditos desta advindos da cessão de dívida daquela, serviu também para outros propósitos, por exemplo, para viabilizar o registro da provisão sobre o valor integral do ágio contabilizado na UBS Brasil Participações Ltda.

Acrescente-se que com a transferência, na mesma data, daquele passivo de R\$3.205.680.000,00, da UBS Brasil Investimentos Ltda para UBS AG Suíça, passando esta a deter diretamente 61,04% do capital social do Banco Pactual S/A, reforça, em conjunto com a sua negociação em maio de 2009, que a parcela restante até esta data não havia sido paga, tendo, como visto, composto o preço da transação a título de “*Valor do Pagamento Diferido Total*”.

Não se pode concordar com a tese do Recorrente, de que “...*não é relevante se houve ou não inadimplemento da obrigação a pagar, já que essa é superveniente à formação do custo de aquisição*”. Se assim fosse, estaria escancarada a possibilidade de amortização a título de ágio de qualquer valor, a gosto dos contratantes, mesmo sem o efetivo cumprimento da contraprestação, como no caso concreto, ou, em termos outros, sem a antecipação dos benefícios econômicos a serem gerados com o investimento e que justificaria a amortização (Pronunciamento Técnico CPC nº 15).

O Recorrente ainda sustenta que a diferença teria sido paga mediante compensação quando da venda do Banco Pactual S/A ao Grupo BTG, o que, no seu entender, teria extinguido a obrigação relativa à segunda parcela do custo de aquisição do Banco Pactual S/A em 2006. Tal fato confirma que tal parcela apenas teria sido, quando muito, adimplida em maio de 2009. Tal operação assemelha-se a uma verdadeira “*devolução*”/“*aquisição*” do investimento anteriormente adquirido/vendido, com identidade de objeto.

Assim, caso vingue a tese de defesa, a amortização a título de ágio, proporcionalmente a tal parcela, apenas poderia se dar após 11/5/09. O Recorrente subsidiariamente aponta inconsistência da autuação ao não considerar tal possibilidade, *in verbis*:

*“Ora, se a Autoridade Fiscal sustenta que o ágio somente pode ser amortizado depois de ter havido o pagamento total em favor dos vendedores, não lhe restaria alternativa senão reconhecer que, a partir de maio de 2009, a parcela do ágio relativa ao US\$1,480 milhões poderia ser validamente amortizada para fins fiscais.”*

*Vale dizer, a partir de maio de 2009, a parcela do ágio acima referida poderia ser computada no lucro real do referido período-base, bem como no dos períodos-bases subsequentes, à razão de 1/60 avos por mês.*

*Assim, os autos de infração seriam improcedentes no que se refere à rejeição dos efeitos fiscais da amortização do ágio a partir de maio de 2009”*

Acontece que nem tal pretensão pode ser acolhida no caso concreto, conforme análises seguintes, o que dispensa neste voto qualquer discussão sobre a natureza de pagamento do adimplemento da parcela diferida por meio do mencionado encontro de contas.

### ***Do propósito negocial***

O Recorrente sustenta que a UBS Brasil Participações Ltda adquirira de forma direta o Banco Pactual S/A, não se podendo falar em transferência de ágio, “...mas tão somente a sua versão ao patrimônio do Recorrente após a incorporação de sua adquirente, em conformidade com o disposto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97”. Acrescenta que a aquisição do Banco Pactual S/A poderia ter ocorrido de outra maneira, sem a participação das *holding companies*.

Não se ignora que a operação societária pudesse ter sido efetivada por diferentes caminhos que não o adotado pelos contratantes. Mas a análise pelos julgadores não deve se ater à eventualidade. O intérprete deve debruçar-se sobre o caso concreto, ao que de fato aconteceu, não ao que poderia ter ocorrido, ainda que diversa situação pudesse ter sido implementada. Uma nova situação fática e jurídica seria dotada de particularidades, que exatamente orientariam o rumo decisório. Porém, não é desta situação virtual que estamos tratando. O caso concreto é que tem o condão de informar sobre a oponibilidade ou não ao Fisco do planejamento tributário implementado. É ele que possibilita ao julgador definir a norma, diria especialíssima, a regê-lo. Não se pode olvidar que o sistema jurídico impõe consequências ao que foi acordado/implementado, não ao que poderia ter sido realizado.

A matéria controvertida, com a qual o colegiado depara-se, diz respeito, em um primeiro momento, à aquisição do Banco Pactual S/A com a participação, considerando-se o contexto completo, da UBS Brasil Participações Ltda e da UBS Brasil Investimentos Ltda, subsidiárias integrais da companhia suíça UBS AG.

Apreciando em conjunto todas as operações até a incorporação reversa não é exagero, por exemplo, se entender que o quadro revela, no mínimo, um planejamento tributário que em seu ânimo encerra um verdadeiro abuso de direito, cuja teoria representa uma reação à teoria clássica dos direitos absolutos e visa a coibir determinadas práticas que prestigiem unicamente direitos individuais em prejuízo de interesses gerais.

Em conformidade com o Código Civil, o abuso de direito é considerado ato ilícito, conforme art.187: “*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”. A partir de sua vigência, diante de tal patologia, cai por terra o argumento da regularidade do planejamento tributário, pois a premissa deste é ancorar-se em atos lícitos.

Reconhece-se ser tênue o limite que separa a licitude de determinadas operações do excesso/abuso, mormente porque ninguém é obrigado a submeter-se a uma determinada carga tributária, quando pode enveredar por caminho que conduza à sua redução. Mas sempre, é importante ressaltar, quando se esteja diante de uma razão consistente extratributária, como muito bem leciona Marco Aurélio Grego em importante estudo sobre o tema, a conformar com propriedade, à luz da Constituição Federal de 1998, o abuso de direito ao ramo tributário (*in* Planejamento tributário, 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2011, pp.212/217):

*“[...] sempre que o exercício de auto-organização se apoiar em causas reais e não unicamente fiscais, a atividade do contribuinte será irrepreensível e contra ela o Fisco nada poderá objetar, devendo aceitar os efeitos jurídicos dos negócios realizados.*

.....

*No entanto, os negócios jurídicos que não tiverem nenhuma causa real e predominante, a não ser conduzir a um menor imposto, terão sido realizados em desacordo com o perfil objetivo do negócio e, como tal, assumem um caráter abusivo; neste caso, o Fisco a eles pode se opor, desqualificando-os fiscalmente [...]. Ou seja, se o objetivo predominante for a redução da carga tributária, ter-se-á um uso abusivo do direito.*

.....

*Com a tese do abuso de direito aplicado ao planejamento fiscal, se o motivo predominante é fugir à tributação, o negócio jurídico será abusivo e seus efeitos fiscais poderão ser neutralizados perante o Fisco. Ou seja, sua aplicação não se volta a obrigar ao pagamento de maior imposto, mas a inibir as práticas sem causa, que impliquem menor tributação.*

.....

*No âmbito civil, fala-se em ‘perdas e danos’ porque pelo uso abusivo alguém poderá ter sofrido diminuição patrimonial, especialmente aquele que tiver sido a contraparte no negócio abusivo ou um terceiro atingido pelos seus efeitos jurídicos ou materiais. Em matéria fiscal, o prejudicado pelo ato abusivo terá sido o Fisco, pois a receita tributária terá sido menor do que a que decorreria se não tivesse havido o abuso. Daí a neutralização como forma de recompor a diminuição patrimonial do Fisco.*

.....

*Não nego a existência do direito de o contribuinte se auto-organizar; afirmo apenas que o exercício deste direito é dependente de uma razão extratributária, econômica, empresarial, familiar etc., que seja a causa fundamental do negócio e que o justifique [...]. Não afirmo que o Fisco possa, a seu bel-prazer, desqualificar as operações realizadas; afirmo, isto sim, e peremptoriamente, que cabe ao Fisco o ônus da prova de que o motivo predominante da operação foi a busca de menor carga tributária.*

*O abuso de direito em matéria fiscal caracteriza-se por implicar “inoperância” ou “ineficácia” do ato em relação ao Fisco, independente de ser ilegal ou ilícita a operação.”*

À luz do Termo de Verificação Fiscal, pode-se afirmar que o Fisco entendeu que os negócios jurídicos privados não se apoiaram em causas reais, mas tiveram como propósito, ou como “único item efetivamente relevante” a economia tributária. Senão, vejamos:

**“Afirmamos novamente, como PROVA CABAL da falta de propósito para a criação das duas sociedades de participações no Brasil é que após três dias da aquisição do controle acionário do antigo Banco Pactual S.A., o UBS AG (Suíça) passou a deter diretamente 61,04% e indiretamente através da UBS Brasil Investimentos Ltda., 38,96% das ações que compunham o seu capital social.”**

.....

*No que se refere aos riscos cambiais, já era de conhecimento desde a discussão das condições a serem incluídas no contrato de compra e venda. A constituição do suposto passivo em moeda estrangeira, capitalizado três dias após o seu registro contábil, inicialmente nos livros contábeis da UBS Brasil Participações Ltda., tinha como única finalidade viabilizar a formação, e consequente contabilização de um ágio na Incorporada (UBS Brasil Participações), referente à parcela a ser paga, considerando o atendimento das condições descritas no Contrato de Compra e Venda, no final de 20 trimestres fiscais encerrando em 30 de junho de 2011.*

**Justificar o processo de incorporação às avessas com o objetivo de redução de custos, controles, etc, é improcedente, pois os ganhos decorrentes da incorporação de uma holding sem movimentação financeira/operacional foram ínfimos sob todos os aspectos, considerando o tamanho das operações do Banco. A prova de tal assertiva está demonstrada na imaterialidade das operações lançadas nos seus registros contábeis. A economia tributária é o único item efetivamente relevante, conforme destacado na nota explicativa – Contexto Operacional, em suas demonstrações financeiras do exercício social findo em 31 de dezembro de 2007.**

*Alegar, também, reestruturação das atividades do Grupo UBS no Brasil carece de razões sólidas, pois o que estamos questionando, especificamente, foi a forma utilizada no processo de aquisição do Banco que levou a constituição de uma holding e a sua extinção em curtíssimo prazo, não produzindo neste exíguo período da sua existência, os resultados inerentes do exercício de atividades empresariais, exceto a relevante economia tributária alcançada, cujo início deu-se após dois meses da aquisição do controle acionário do Banco, em decorrência da incorporação às avessas.*

*Com base nos elementos fornecidos pelo contribuinte, afirmamos que a criação das duas sociedades de participações utilizadas no processo de aquisição do antigo Banco Pactual SA. e os sucessivos atos societários realizados em três dias, finalizado*

*com o processo de incorporação às avessas tiveram basicamente um interesse fiscal, ou seja, reduzir as bases de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido no período de fevereiro de 2007 a janeiro de 2012.*

**Não existem razões de caráter econômico, comercial, societário ou financeiro que efetivamente justifiquem os sucessivos atos ou negócios jurídicos praticados no intervalo de três dias pelo UBS AG (Suíça), que estão amplamente descritos nos parágrafos anteriores, exceto a economia fiscal (IRPJ e CSLL) superior a R\$ 1,5 bilhão no prazo de 60 meses.”**

Vê-se, portanto, que a figura do abuso de direito, em que pese não ter sido mencionada expressamente, consistiu em uma das razões que levaram o Fisco a neutralizar a redução tributária almejada.

Daí a importância da análise do caso concreto, repita-se, para que se possa identificar exatamente se houve excesso com relação aos fins propostos, na espécie, pela norma que autoriza a amortização do ágio, o que inclui necessariamente a forma como foi gerado. A verificação das datas em que as operações societárias foram implementadas agregam importantes informações para que se possa concluir sobre a abusividade ou não do planejamento tributário empreendido.

Da assinatura do Contrato de Compra e Venda, em 9/5/06, celebrado entre UBS AG, Pactual S/A e os Sócios, e a incorporação da UBS Brasil Participações Ltda pelo Banco Pactual S/A, em 5/2/07, decorreram apenas nove meses. Como sustenta o Recorrente, seria tempo suficiente para que as reorganizações societárias pudessem ter sido engendradas em um contexto de natural efetivação de ganhos operacionais.

Porém, uma análise mais detida revela outra situação.

Em 31/7/06, o Adquirente UBS AG constituiu não uma, mas duas subsidiárias integrais, as *holding* UBS Brasil Participações Ltda e UBS Brasil Investimentos Ltda, sendo que o primeiro registro contábil em ambas ocorreu apenas em 27/11/06 (fls. **808 e 1.011**).

A análise das operações que levaram à economia tributária inicia-se com a celebração do Contrato de Compra e Venda, quando se previu que “...antes do Fechamento, a Adquirente pretende constituir uma Subsidiária integral sob as leis do Brasil e ceder a tal Subsidiária, no todo ou em parte, os direitos e as obrigações da Adquirente” (preâmbulo). Anote-se que a criação de subsidiária(s) não consistiu em condição para o fechamento do negócio. Ao contrário, a Cláusula 10.4 estabelece, ao tratar dos sucessores e cessionários, uma mera possibilidade de transmissão de direitos e obrigações para subsidiárias doravante existentes, o que, inclusive, não tinha efeito liberatório da Adquirente quanto às obrigações acordadas:

*“[...] a Adquirente poderá ceder todo e qualquer um de seus direitos e obrigações previstos neste Contrato a uma ou mais de uma de suas agências ou Subsidiárias (quer sejam ora ou doravante existentes) sem o consentimento prévio da Controladora ou dos Representantes do Sócio, mas nenhuma de tal cessão liberará a Adquirente de suas obrigações previstas neste Contrato.”*

Chama à atenção o desenrolar de importantes acontecimentos em **dois dias úteis**, precisamente em 1º/12/06 (sexta-feira) e 4/12/06 (segunda-feira). Vejamos:

1º/12/06

- incorporação da holding Pactual S/A pelo Banco Pactual S/A, com transferência da totalidade das ações aos acionistas pessoas físicas;
- aumento do capital social da UBS Brasil Participações Ltda para R\$ 2.045.684.177,00, totalmente subscrito e integralizado por UBS AG;
- conclusão (fechamento) da operação de compra e venda do Banco Pactual S/A através da UBS Brasil Participações Ltda;
- transferência da totalidade das quotas da UBS Brasil Participações Ltda, pertencentes à UBS AG, para a UBS Brasil Investimentos Ltda;

4/12/06 (primeiro dia útil seguinte)

- cessão do passivo da UBS Brasil Participações Ltda, referente à parcela do valor de aquisição do Banco Pactual S/A, para UBS Brasil Investimentos Ltda;
- aumento de capital da UBS Brasil Participações Ltda no valor de R\$3.205.680.000,00, integralizado pela UBS Brasil Investimentos Ltda exatamente mediante créditos detidos pela subscritora contra aquela sociedade, relativos à dívida cedida;
- transferência da dívida da UBS Brasil Investimentos Ltda, relativa à aquisição do Banco Pactual S/A e decorrente da cessão pela UBS Brasil Participações Ltda, para a controladora suíça UBS AG.

Um dos motivos alegados pelo Recorrente, no bojo dessa reorganização societária, de afastar riscos cambiais atrelados ao pagamento da parcela futura do preço, não subsiste a uma análise temporal. Tal risco, como bem apontou a fiscalização, já era do conhecimento da adquirente, mesmo antes da celebração do Contrato de Compra e Venda, haja vista as cláusulas afinal pactuadas apenas 7 (sete) meses antes. Ademais, do fechamento à cessão do passivo para a UBS Brasil Investimentos Ltda e transferência da dívida para a controladora estrangeira transcorreu 1(um) dia útil.

Finalmente, em 5/2/07, houve a incorporação da UBS Brasil Participações Ltda pela adquirida Banco Pactual S/A, **sociedades sujeitas ao mesmo controle final**, com o registro do ágio nesta companhia e consequente início da amortização de suas parcelas do total contabilizado.

A parte do roteiro que efetivamente interessa aos apreciadores do “filme completo” **restringiu-se a um curto período de pouco mais de dois meses: de 1º/12/06, quando do “fechamento” do Contrato de Compra e Venda, a 5/2/07, data da incorporação da UBS Brasil Participações Ltda pelo Banco Pactual S/A.** Em que pese inexistir lapso temporal definido legalmente para se averiguar a eficácia dos efeitos tributários perante o Fisco, decorrentes de operações societárias como as ora analisadas, consiste em dado relevante posto à disposição do intérprete, que não pode ser desprezado, mormente quando os fatos demonstram que **em sua breve vida a sociedade não cuidou de qualquer outro propósito a que se prestava (“participação societária em instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil”).**

Até então, pelo que se expôs, não se vislumbra motivo extratributário a afastar a acusação de abuso de direito, compreendido na dimensão de se buscar preponderantemente economia tributária.

A possibilidade de aquisição do Banco Pactual S/A por outro caminho, por exemplo por meio do Banco UBS S/A, trata-se de mera hipótese e, como tal, não serve como motivo para o que realmente aconteceu. Quanto à justificativa para a criação da UBS Brasil Investimentos Ltda, de servir como holding company dos investimentos do Grupo UBS no Brasil, não justifica a criação da UBS Brasil Participações Ltda, tampouco a necessidade da incorporação reversa.

Quanto à aquisição diretamente por UBS Brasil Participações Ltda ter como motivo uma suposta redução do risco de o Banco Central do Brasil negar o pleito de controle direto pela instituição financeira estrangeira, não passa de mera especulação. Como visto, em que pese a constituição da UBS Brasil Participações Ltda em 31/7/06, o primeiro registro contábil ocorreu apenas em 27/11/06, posteriormente à aprovação do voto BCB nº 277/2006, referente à aquisição do controle acionário do Banco Pactual S/A, pela Diretoria Colegiada do Banco Central do Brasil em sessão realizada em 19/9/06 (fl.4.269) e à publicação, em 27/10/06, do Decreto presidencial reconhecendo o interesse do Governo brasileiro no aumento da participação estrangeira no capital do Banco Pactual S/A (fl.4.311). Além do mais, se era considerado o risco de que a aquisição direta pelo UBS AG fosse indeferida, porque não a realizou, como sustenta o próprio Recorrente, por meio de sociedade do grupo já existente?

No mencionado voto proferido pelo Diretor de Normas e Organização do Sistema Financeiro, Sr. Alexandre Antonio Tombini, não obstante o pleito de autorização para aquisição de forma indireta, em momento algum se adentrou no papel desempenhado pela subsidiária [ou na necessidade de sua existência] que viria a ser criada, no caso a UBS Brasil Participações Ltda. Vê-se, também, que quando da aprovação da incorporação da UBS Brasil Participações Ltda, o Bacen, por meio da Gerência Técnica no Rio de Janeiro, do Departamento de Organização do Sistema Financeiro, ressaltou que “...*este Banco Central, ao aprovar a operação, não entrou no mérito de questões de competência de outros órgãos da Administração Tributária Federal*” (fl.4.379).

Outro dado que igualmente não pode passar despercebido consiste na própria justificativa para a incorporação às avessas, constante do “*Protocolo e Justificação da Incorporação da UBS Brasil Participações Ltda pelo Banco Pactual S.A*” (fls.500/510), celebrado em 5/2/07. Será que quando do fechamento da aquisição do Banco Pactual S/A, dois meses e quatro dias antes, as partes não teriam condições de minimamente projetar que uma estrutura simplificada do Grupo UBS no Brasil já resultaria na aludida “*redução de custos financeiros, operacionais e a racionalização das atividades*”? Pouco provável! Principalmente, quando considerados os sócios pessoas físicas, as sociedades e os valores envolvidos.

A ausência de comprovação pelo contribuinte de motivo extratributário, que, nas palavras de Marco Aurélio Grego (op.cit., p.237), fosse “...*pertinente ao que fez e suficiente no sentido de existirem razões reais em dimensão relevante para levar a agir daquela forma e que sua conduta concreta manteve-se dentro dos parâmetros de proporcionalidade e congruência*”, não leva a outra consequência, senão a de neutralização do excesso do exercício do direito legalmente previsto, tendo em conta o motivo preponderante de economia tributária na aquisição do Banco Pactual S/A, considerando-se a forma como efetivou-se. Por outro viés, na ausência de motivo extratributário.

Nesse contexto, note-se, ainda, que a UBS Brasil Investimentos Ltda passou a deter ações do Banco Pactual S/A em substituição às quotas que detinha da UBS Participações Ltda, o que gerou outro ágio na UBS Brasil Investimentos Ltda superior a R\$1bilhão, ágio este que, como bem alerta o Recorrente, não foi objeto da autuação, mas cuja criação e efeitos tributários não podem igualmente ser simplesmente desprezados na apreciação do caso como um todo.

Reitere-se que a constituição de uma subsidiária integral no Brasil, antes do fechamento, estava prevista no contrato, para quem o Adquirente poderia ceder, no todo ou em parte, os direitos e as obrigações relacionadas à aquisição e ao pagamento das ações do Pactual. Das disposições contratuais, vê-se que não se tratava de uma condição para o fechamento do negócio e, mais, caso a cessão ocorresse, **o Adquirente (UBS AG) não estaria liberado de suas obrigações**. Vejamos:

*“CONSIDERANDO QUE, antes do Fechamento, a Adquirente pretende constituir uma Subsidiária integral sob as leis do Brasil e ceder a tal Subsidiária, no todo ou em parte, os direitos e as obrigações da Adquirente aqui previstas relacionadas à aquisição e ao pagamento das Ações do Pactual, de acordo com a Cláusula 10.4;*

.....

*CLÁUSULA 10.4. Sucessores e Cessionários; Terceiros Beneficiários. Este Contrato e qualquer um dos direitos, participações e obrigações de qualquer parte previstos neste Contrato não deverão ser cedidos, no todo ou em parte (por força da lei ou de qualquer outro modo), por qualquer parte sem o consentimento prévio da Adquirente, no caso de qualquer tal cessão pela Controladora ou por qualquer Sócio, ou da Controladora (ou, após o Fechamento, dos Representantes do Sócio), no caso de qualquer tal cessão pela Adquirente; ressalvado, no entanto, que a Adquirente poderá ceder todo e qualquer um de seus direitos e obrigações previstos neste Contrato a uma ou mais de uma de suas agências ou Subsidiárias (quer sejam ora ou doravante existentes) sem o consentimento prévio da Controladora ou dos Representantes do Sócio, **mas nenhuma de tal cessão liberará a Adquirente de suas obrigações previstas neste Contrato.** Observadas as disposições acima, este Contrato obrigará e vigorará em benefício de e será exequível pelas partes deste instrumento e por seus respectivos sucessores e cessionários autorizados. Qualquer cessão não permitida de acordo com esta Cláusula 10.4 será nula de pleno direito. Nenhuma disposição deste Contrato, expressa ou implícita, pretende conferir a qualquer Pessoa, que não as Partes deste instrumento ou seus respectivos sucessores e cessionários autorizados, quaisquer direitos, remédios, obrigações ou responsabilidades de acordo com ou em virtude deste Contrato.” (negritei)*

Tais disposições, em conjunto com aquelas cláusulas iniciais transcritas alhures, corroboram a conclusão da fiscalização, de que o UBS AG foi o real adquirente do Banco Pactual S/A (novamente a preponderância do aspecto substancial sobre o formal), considerando-se que no primeiro dia útil seguinte ao “fechamento” da compra e venda a dívida

supostamente assumida pela UBS Brasil Participações Ltda foi transferida àquela sociedade. O Adquirente suíço pagou inicialmente US\$ 920 milhões e assumiu como dívida o restante, sendo incontroverso que no dia útil seguinte à aquisição do Banco Pactual S/A por intermédio da UBS Brasil Participações Ltda, o UBS AG passou a deter diretamente 61,04% e, indiretamente, por meio da UBS Brasil Investimentos Ltda, 38,96% do controle acionário.

Ressalte-se que os principais arranjos que conduziram à amortização do ágio em debate foram travados entre partes **interdependentes**, que envolveram decisões societárias relevantes (capitalizações, cessão de dívida, transferência de dívida ao exterior), sem outro dispêndio além daquela parcela inicial.

As duas subsidiárias integrais da UBS AG, tomando-se as operações aqui analisadas, serviram ao propósito de máximo aproveitamento fiscal inerente à aquisição do Banco Pactual S/A, não tendo desenvolvido, em especial a UBS Brasil Participações Ltda, o seu objeto social em outros negócios.

Além do mais, **não houve comprovação pela defesa de que a engenharia societária tenha tido justificativa na otimização de resultados operacionais, tendo ainda deixado de devidamente comprovar tal relação de causa e efeito**, o que confirma, conforme observou a autoridade fazendária, que a economia tributária proporcionada, no contexto da compra e venda firmada e da incorporação às avessas, preponderou, ou, conforme Termo de Verificação Fiscal, consistiu em item relevante, como consignado no Termo de Verificação Fiscal:

*“[...] Alegar, também, reestruturação das atividades do Grupo UBS no Brasil carece de razões sólidas, pois o que estamos questionando, especificamente, foi a forma utilizada no processo de aquisição do Banco que levou a constituição de uma holding e a sua extinção em curtíssimo prazo, não produzindo neste exíguo período da sua existência, os resultados inerentes do exercício de atividades empresariais, exceto a relevante economia tributária alcançada, cujo início deu-se após dois meses da aquisição do controle acionário do Banco, em decorrência da incorporação às avessas.*

*Com base nos elementos fornecidos pelo contribuinte, afirmamos que a criação das duas sociedades de participações utilizadas no processo de aquisição do antigo banco Pactual S.A e os sucessivos atos societários realizados em três dias, finalizado com o processo de incorporação às avessas tiveram basicamente um interesse fiscal, ou seja, reduzir as bases de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido no período de fevereiro de 2007 a janeiro de 2012.*

*Não existem razões de caráter econômico, comercial, societário ou financeiro que efetivamente justifiquem os sucessivos atos ou negócios jurídicos praticados no intervalo de três dias pelo UBS AG (Suíça), que estão amplamente descritos nos parágrafos anteriores, exceto a economia fiscal (IRPJ e CSLL) superior a R\$ 1,5 bilhão no prazo de 60 meses.*

*Com exceção do primeiro negócio jurídico representado pelo Contrato de Compra e Venda, os demais evidenciam a interdependência entre as partes envolvidas ou seja, as*



*de direitos e deveres, mas que, em última análise, por ser o mesmo grupo não ocorreram alterações substanciais. Ou seja, operações mediante as quais jurídica e patrimonialmente o grupo permanece inalterado; a única consequência relevante é que o Fisco deixa de receber determinado tributo.*

*Embora não exista no Brasil a tributação englobada do grupo de sociedades e cada pessoa jurídica seja tratada isoladamente, este é um aspecto que merece atenção nos casos concretos.*

.....

*Outra questão importante envolve o uso de sociedades. Neste ponto, três observações preliminares devem ser referidas.*

*A primeira é que o elemento relevante quando estamos perante uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal (no registro competente etc.); tão importante ou até mais – em matéria tributária – é a identificação do empreendimento que justifica sua existência. A criação de uma pessoa jurídica tem sentido na medida em que corresponda à vestimenta jurídica de determinado empreendimento econômico ou profissional. A ideia de empresa é o núcleo a ser perquerido.*

.....

*A terceira é que a figura da simulação pode se dar mediante o uso de pessoas jurídicas. Com efeito, a simulação pode ser objetiva, quando forem utilizados atos, ou subjetiva, quando a aparência do negócio se der mediante a criação ou a atribuição de poderes ou deveres a uma pessoa jurídica.*

*Feitas estas considerações iniciais, examinemos quatro situações que merecem especial atenção.*

.....

*A primeira situação a observar é das chamadas *conduit companies* (empresas-veículos ou de passagem) em que uma pessoa jurídica é criada apenas para servir como canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro sem que tenha efetivamente outra função dentro do contexto.*

.....

*Aqui, surge novamente uma bandeira amarela, uma operação preocupante, consistente nas *conduit companies* que servem apenas para transitar um patrimônio ou um determinado recurso.*

.....

*O quarto caso é o das sociedades efêmeras ou de curta duração; são aquelas sociedades que nascem para morrer ou para serem extintas depois de alguns dias ou algumas horas, tão logo compareçam em determinada operação.*

.....

*Não é pelo simples fato de ser efêmera que a operação estará contaminada, mas ser efêmera gera uma interrogação quanto ao motivo pelo qual foi efêmera.*

*Por que criada e extinta naquele dia? Por vezes, a resposta é a de que, dentro de um planejamento, a sociedade foi criada para participar de determinado negócio ou receber determinado patrimônio em trânsito para outra pessoa jurídica, eventualmente ligada à figura do ágio; feito isto pode desaparecer.*

*Mas, em outras situações ela foi criada por razão não tributária – por vezes para atender a exigência legal de controle – e sua extinção pode resultar do simples esgotamento dessa razão determinante.*

*Particularmente delicado é o exame das situações concretas em que se identifica a figura do ágio, pois, em si mesmo, é eventualidade que existe no dia a dia da vida empresarial. A questão central não é a sua existência, mas a sua criação onde não existe ou onde não há fundamento para reconhecê-lo (por exemplo, intragrupo). Também delicada é a questão da sua alocação.*

*Nas sociedades efêmeras, um elemento-chave a ser questionado é o da affectio societatis. Com efeito, até que ponto existe affectio entre os sócios se eles criam para extingui-las?*

*Em suma, o caráter efêmero da sociedade é outro ponto relevante a ser considerado no exame dos casos concretos.*

.....

*Por vezes, quando uma pessoa adquire determinada participação societária o faz com ágio, pois o valor da aquisição é superior ao respectivo valor de patrimônio líquido.*

*Ocorre que, num momento posterior à aquisição, por vezes sucede de ser feita uma incorporação às avessas que gera uma situação curiosa em relação ao ágio na aquisição da participação societária. Com efeito, o ágio tem por objeto uma participação societária de titularidade da controladora, que representa fração do capital da pessoa jurídica controlada à qual ela se reporta. Na medida em que a controlada incorpora a controladora, desaparece o sujeito jurídico titular da participação societária. Assim, caso preservado, o montante do ágio passaria a estar dentro da incorporadora (antiga controlada), possuindo como origem um elemento que agora integra a própria incorporadora. Seria um “ágio em si mesmo”, o que sugere uma preocupação quando se analisa caso concreto que apresente este feito.*

*Também aqui é preciso fazer uma distinção entre o surgimento do ágio (motivos e finalidades da operação) e o seu aproveitamento, pois a lei tributária pode admitir essa hipótese (“ágio de si mesmo”) e prever algum tipo de dedução, seja como elemento integrante da apuração da renda como tal, seja a título de incentivo ou benefício fiscal. O cerne da questão não será o seu aproveitamento, mas o meio utilizado e o modo de agir adotado para, eventualmente, ‘construir’ ou ‘materializar’ a hipótese de incidência da regra de aproveitamento.” (destaquei)*

Tal base doutrinária, é relevante observar, não impõe uma sentença de morte aos planejamentos tributários com o envolvimento de sociedades-veículo ou sociedades-efêmeras. Como bem pontua o autor, constituem-se em operações preocupantes responsáveis por ligar o alerta que demanda uma apurada análise do contexto. Não se tratam de operações normais, que podem simplesmente ser justificadas, escudadas em mera formalidade documental.

A conclusão final, porém, cabe naturalmente ao julgador quando da valoração dos elementos de prova, à luz do particularizado contexto fático.

Analisaremos agora se teria sido necessária a constituição, em especial da UBS Brasil Participações Ltda, à luz da legislação regulatória do setor financeiro, que trata da aquisição do controle acionário de instituição nacional por instituição estrangeira.

De acordo com a PGFN, em contrarrazões, a Circular Bacen nº 3.317, de 29/3/06, editada com base no artigo 3º da Resolução nº 3.040/2002, anterior à celebração do Contrato de Compra e Venda, previa a possibilidade de aquisição de participação societária em instituições financeiras com o ingresso de participação estrangeira, “...independentemente do percentual, direto ou indireto”:

*“Art 1º Estabelecer que os pleitos para constituição de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil em que haja participação estrangeira, direta ou indireta, devem ser formalizados nos termos do art. 5º do Regulamento anexo à Resolução 3.040, de 28 de novembro de 2002, e da Circular 3.179, de 26 de fevereiro de 2003, com as alterações introduzidas pela Circular 3.218, de 8 de janeiro de 2004, acrescidos das seguintes informações:*

.....

*§2º As disposições deste artigo aplicam-se aos pleitos de:*

*I - aquisição de participação societária em instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, com ingresso de participação estrangeira, independentemente do percentual, direto ou indireto;*

*II - aumento de participação estrangeira, direta ou indireta;*

*III - instalação, no País, de agências de instituições financeiras domiciliadas no exterior.” (destaquei)*

Sustenta que, em 19/9/06, a Diretoria do Bacen emitiu parecer favorável quanto à transferência do controle acionário do Banco Pactual S/A diretamente para o UBS AG. De igual maneira, o Conselho Monetário Nacional, em sessão realizada em 27/9/06, teria aprovado também a aquisição nos moldes do Contrato de Compra e Venda, confirmada por Decreto do Exmo. Sr. Presidente da República, publicado no Diário Oficial da União de 27/10/06 (nº 207, Seção 1, p.12):

*“Reconhece como de interesse do Governo brasileiro o aumento da participação estrangeira no capital do Banco Pactual S.A., com o conseqüente reflexo em suas controladas, e dá outras providências.*

*O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 52, parágrafo único, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, D E C R E T A :*

*Art.1º É de interesse do Governo brasileiro o aumento da participação estrangeira, até cem por cento, no capital do Banco Pactual S.A., sediado no Rio de Janeiro - RJ, com o conseqüente reflexo nos capitais da Pactual Corretora de Títulos e Valores Mobiliários S.A., Pactual Asset Management S.A. Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários e Pactual Serviços Financeiros S.A. Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários.*

*Art.2º O Banco Central do Brasil adotará as providências necessárias à execução do disposto neste Decreto.*

*Art.3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.*

*Art.4º Fica revogado o Decreto de 25 de março de 2003, que reconhece como de interesse do Governo brasileiro o aumento da participação estrangeira no capital social do Banco Pactual S.A.” (destaquei)*

À vista destas autorizações, concedidas, diga-se, antes do “fechamento” da compra e venda, no entender da PGFN, “*não havia qualquer impedimento legal ou regulatório à aquisição direta do BANCO PACTUAL pelo UBS AG*”:

*“[...] antes do fechamento do contrato de compra e venda já havia três documentos oficiais que autorizavam a operação: uma decisão da Diretoria Colegiada do Banco Central de 19/09/2006, um voto do Conselho Monetário Nacional de 27/09/2006 e um Decreto Presidencial de 26/10/2006.”*

Com base em tais documentos e argumentos, restaria a seguinte indagação: como poderia a Diretoria do Banco Central ter emitido parecer favorável à aquisição, o Conselho Monetário Nacional aprovado-a e o chefe do Executivo federal ter decretado o interesse do Governo brasileiro no “*aumento da participação estrangeira, até cem por cento*”, à luz de uma legislação restritiva? A constatação de autoridades governamentais agindo sem autorização normativa não parece ser crível, de sorte que, à primeira vista, não mereceria guarida a tese do Recorrente de “*...a despeito da existência da referida regra proibitiva, o Banco Central acabou por aprovar a operação [...] ainda que em princípio esta fosse contrária à norma*”.

Tendo sido a PGFN a última parte a se pronunciar nos autos com as contrarrazões, não restou outra solução à defesa senão, em memoriais, devidamente anexados ao processo e cientificados àquele órgão, tentar refutar as conclusões da Fazenda Nacional com farta documentação específica sobre o procedimento no âmbito do Bacen.

Em homenagem ao princípio da verdade material, inerente ao processo administrativo tributário federal, conheço dos documentos, ainda que disponibilizados após o prazo recursal. É inegável que agregam luzes sobre o caso, sendo digna de aplausos, registre-se, a diligente atuação do patrono do sujeito passivo, a exemplo da postura adotada pela PGFN, **buscando proporcionar aos Conselheiros a adequada compreensão dos fatos.**

Em síntese, foram acostados aos autos os seguintes documentos (fls.4.226/4.410):

1. Requerimento dirigido ao Bacen pelo UBS AG e Banco Pactual S/A, protocolizado em **2/6/06**, em que, com base no referido Contrato de Compra e Venda, submete à apreciação a pretensão de *“...alienação da totalidade do controle social do Banco Pactual à sociedade holding que o UBS AG pretende constituir no Brasil, com objeto social exclusivo, nos termos da Resolução nº 3.040/2002, daí resultando a transferência do controle do Banco Pactual, e a elevação da participação estrangeira indireta em seu capital social para 100% (cem por cento).”*;
2. Exigência do Bacen ao Banco Pactual S.A, de **10/7/06**, por meio da Correspondência Deorf/Conif-2006/06696, em que são feitas várias exigências, dentre as quais a *“remessa do organograma de ambos os conglomerados econômico-financeiros, no Brasil, antes e após o ato de concentração”*;
3. Carta de esclarecimentos do UBS AG e Banco Pactual S/A ao Departamento de Organização do Sistema Financeiro do Bacen, datada de **19/7/06**, com referência ao encaminhamento do organograma requerido;
4. Despacho da Deorf/GTRJA, de **19/9/06**, acerca da transferência do controle acionário do Banco Pactual S.A e de suas controladas para o UBS AG (Suíça), com proposta de deferimento do pleito à autoridade superior e registro de que o assunto deveria ser submetido à Diretoria Colegiada, nos termos do Regimento Interno, *“...com vistas ao seu encaminhamento ao Conselho Monetário Nacional, em face do aumento da participação estrangeira no capital de instituições financeiras com sede no País como prévia condição para submissão ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República”*, sendo a proposta aprovada pelo Diretor de Normas e Organização do Sistema Financeiro, Sr. Alexandre Antonio Tombini, na mesma data;
5. Voto BCB nº 277/2006, proferido pelo mencionado Diretor, também de **19/9/06**, referente à *“...aquisição, pelo UBS AG, do controle acionário do Banco Pactual S.A e de suas controladas”*, aprovado pela Diretoria Colegiada do Bacen em sessão de **27/9/06**. A publicação no DOU, do Extrato da Ata da 821ª Sessão do CMN, ocorreu em **28/12/06** (nº 248, Seção 1, p.60);
6. Decreto do Exmo. Sr. Presidente da República, de **26/10/06** (DOU nº 207, de **27/10/06**, Seção 1, p.12), conferindo-se a devida publicidade de que era do *“...interesse do Governo brasileiro o aumento da participação estrangeira, até cem por cento, no capital do Banco Pactual S.A”*;
7. Comunicação do Bacen (Deorf/Cofin II – 2006/09485), de **27/10/06**, ao Banco Pactual S/A em que o informa sobre a publicação do Decreto presidencial, bem como requer o encaminhamento da *“...documentação comprobatória do fechamento da operação referente à aquisição, por parte do UBS AG, do controle acionário [...], conforme Contrato de Compra e Venda firmado em 9.5.2006”*;
8. Correspondência do Banco UBS Pactual S/A, protocolizada no Bacen em **12/12/06**, por meio da qual encaminhou a seguinte documentação: mapas de composição acionária do Banco Pactual S/A e da Pactual S/A; ata da Assembleia Geral Extraordinária do Banco Pactual S/A, realizada em 1/12/06, em que se deliberou a incorporação da Pactual S/A; Protocolo de Justificação da Incorporação; Declaração da UBS Brasil Participações Ltda, autorizando o pagamento aos sócios do Banco Pactual S/A pela alienação das ações representativas do capital

social desta instituição financeira; e Contrato de Câmbio celebrado em 1/12/06 entre o Banco Pactual S/A e UBS Brasil Participações Ltda;

9. Protocolo e Justificação da Incorporação da UBS Brasil Participações Ltda pelo Banco UBS Pactual S/A, celebrado em **5/2/07**;

10. Ata de Reunião de Sócios da UBS Brasil Participações Ltda, realizada em **5/2/07**, em que se aprovou o Protocolo e Justificação de Incorporação da sociedade pelo Banco UBS Pactual S/A;

11. Comunicação do Banco UBS Pactual S/A ao Departamento de Organização do Sistema Financeiro do Bacen, protocolizada em **8/2/07**, por meio da qual encaminha os documentos relativos à “...primeira etapa do projeto de reestruturação do grupo econômico UBS Pactual” (Protocolo e Justificação da Incorporação da UBS Brasil pelo Banco UBS Pactual S/A, Ata da Assembleia Geral Extraordinária dos Acionistas do Banco UBS Pactual S/A e Ata da Reunião de Sócios da UBS Brasil Participações Ltda);

12. Publicação no DOU (nº 40, de **28/2/07**, Seção 3, p.42), pela Diretoria de Normas e Organização do Sistema Financeiro Nacional do Bacen, da aprovação da incorporação, “...transferência de controle acionário para UBS AG do Banco UBS Pactual S/A e de suas subsidiárias [...], nos termos do Contrato de Compra e Venda de 09.05.2006, operação que recebeu manifestação favorável da Diretoria Colegiada em sessão de 19.9.2006”, e reforma estatutária;

13. Comunicação do Bacen (Deorf/GTRJA-2007/01063) ao Banco UBS Pactual S/A, de **1/3/07**, cientificando-lhe sobre as aprovações acima;

14. Comunicação do Bacen (Deorf/GTRJA-2007/06642) ao Banco UBS Pactual S/A, de **19/7/07**, nos seguintes termos:

*“Comunicamos que este Banco Central, por despacho do Sr. Chefe do Departamento de Organização do Sistema Financeiro, de 6.7.2007, publicado no Diário Oficial da União de 10.7.2007, aprovou a incorporação da UBS Brasil Participações Ltda (CNPJ 08.245.975), mediante versão da totalidade de seu patrimônio e consequente extinção, sucedendo-lhe a incorporadora em todos os direitos e obrigações, conforme deliberado na AGE de 5.2.2007.*

*2. Informamos que este Banco Central, ao aprovar a operação, não entrou no mérito de questões de competência de outros órgãos da Administração Pública Federal.*

*3. Anexamos documentação autenticada, para fins de arquivamento no Registro do Comércio.”*

15. Parecer assinado por Sérgio Darcy da Silva Alves, Ex-Diretor de Normas e Organização do Sistema Financeiro do Bacen, datado de **6/5/14**, “...a respeito dos procedimentos adotados para o exercício do controle de instituição financeira nacional e/ou adquirida à luz do arcabouço regulatório nacional, em especial o disposto no parágrafo único do art.52 do Ato das Disposições Transitórias, do artigo 14 da Resolução do Conselho Monetário Nacional n. 3.040, de 28 de novembro de 2002 e da Circular do Banco Central do Brasil n. 3.317, de 29 de março de 2006”.

do Bacen, em 2/6/06, já previa que se daria de forma indireta, por meio de sociedade holding que viria a ser constituída.

Por outro lado, não permite concluir que a aquisição do Banco Pactual S/A por meio da holding UBS Brasil Participações Ltda, e não diretamente pelo UBS AG, decorreu de um imperativo normativo. As aprovações do Bacen reportaram-se às operações que lhe foram submetidas para fins de aquisição do controle acionário da instituição financeira nacional, que, de acordo com o Contrato de Compra e Venda, previa, é verdade, a possibilidade de participação de *holdings*.

Em que pese no Parecer elaborado por Sérgio Darcy Consultores Associados Ltda haver a concordância de que a constituição de uma *holding* para exercer o controle do Banco Pactual S/A seguiu os preceitos determinados em especial no art.14 da Resolução CMN 3.040/02 e que decorreria de adequada interpretação do dispositivo à luz do caso concreto, nele não se concluiu taxativamente que o único caminho possível, à vista das normas de regulação, seria aquele. Aponta, de igual forma que o Recorrente, para o risco de não aprovação do negócio caso a aquisição houvesse sido direta. Vejamos:

*“[...] Ao longo do texto procuramos demonstrar as razões que levaram a expedição da Circular Bacen n. 3.317/2006, claramente vinculada à busca de fundamentação para ingresso no nosso País de uma instituição financeira estrangeira, sendo esse o foco principal do normativo, em atendimento ao disposto no art.52, parágrafo único da ADCT.*

*Em seguida, conforme mencionado, o caso concreto passou a ser regido pelo regime previsto na Resolução CMN 3.040/2002, em especial do art.14.*

*E com base no referido normativo, entendemos que a proposta da UBS AG de constituir uma holding para exercer o controle do Banco Pactual S.A segue os preceitos determinados no referido dispositivo normativo, visto o não enquadramento dos pretendentes em relação aos demais itens deste dispositivo legal.*

*De fato, conforme já destacamos, a UBS AG realizou o pleito perante o BACEN de aquisição do controle do Banco Pactual S.A de forma indireta, por meio da holding UBS Brasil Participações Ltda, pois esta era a correta interpretação, para o seu caso, do artigo 14 da Resolução CMN 3.040/2002.*

*Reafirmamos que a prévia análise do Bacen para encaminhamento à Presidência da República, na etapa de admissibilidade prevista no art.52 da ADCT, cingiu-se aos pontos previstos na Circular Bacen n 3.317/2006.*

*Sendo de destacar que, como demonstramos ao longo do parecer, em nenhum momento a Presidência da República, por meio de decreto, entra na forma de como o controle societário estrangeiro é exercido.*

*Ou seja, concordamos com o procedimento do UBS AG à época da operação, pois do ponto de vista legal a situação estava prevista no art.14 da Resolução CMN n. 3.040/2002, e esta optou exatamente no que se enquadrava.*

*Não tenho dúvida em afirmar que a opção pela criação de uma holding pura, no âmbito do Sistema Financeiro do Brasil, atendeu totalmente aos objetivos do ato normativo em pauta, por dar melhores condições ao Banco Central de acompanhamento das diretrizes firmadas pelas instituições via sociedade holding.*

*Ressaltamos que a estrutura societária para o fechamento da operação determinada no Anexo I do Voto BCB nº 277/2006 (aprovado pelo Voto CMN nº 093/2006) correspondeu à aquisição do Banco Pactual S/A nos exatos termos em que pleiteado pelo UBS AG: por meio da holding UBS Brasil Participações Ltda.*

*Após a aprovação expressa da estrutura societária proposta, em atendimento ao artigo 14 da Resolução CMN 3.040/2002, também houve a aprovação dos atos concretos de fechamento da aquisição pela UBS Brasil Participações Ltda, conforme Comunicação do BACEN de 01/03/2007 (estrutura societária esta que era condizente com os termos do Voto BCB aprovado pelo CMN).*

*Inclusive, assinalo que participações paralelas via holdings internacionais, cujo objetivo não era limitado, não foram aprovadas. Dessa forma, **caso não fosse feito o pleito de aquisição do controle do Banco Pactual S.A de forma indireta, por meio da holding UBS Brasil Participações Ltda, existia o risco concreto e significativo de que a operação não fosse aprovada.***

*Por fim, uma vez aprovada aquisição do controle do Banco Pactual S.A, não havendo mais o risco de que o pleito fosse negado pelo BACEN, o UBS AG pleiteou uma reestruturação societária que contemplava a incorporação de UBS Brasil Participações Ltda, tendo o BACEN aprovado tal reestruturação.” (destaquei)*

Observe-se que o douto parecerista, ao interpretar a legislação de regência, empregou o termo “risco”, a indicar uma probabilidade, não uma certeza, de insucesso na aprovação, pelo Bacen, caso a opção fosse pela aquisição do Banco Pactual S/A diretamente pelo UBS AG.

Tais órgãos governamentais não decidiram que a aquisição do controle acionário do Banco Pactual S/A necessariamente deveria efetivar-se por meio de uma holding nacional. Aqueles apreciaram o pleito, repita-se, a partir deste cenário posto pelos requerentes.

Além do mais, considerando que a constituição da *holding* não consistiu em condição para o fechamento do negócio, a aquisição direta poderia ter sido submetida ao Bacen. Caso fosse indeferida, aí sim, por eventual imperativo normativo do setor financeiro, também com lastro no Contrato de Compra e Venda, a aquisição indireta seria levada ao crivo de tal autarquia federal. Da forma como a autorização foi pleiteada desde o início, é inescapável concluir pelo motivo preponderante da redução tributária futura, ou melhor, em um um brevíssimo futuro.

**Se o intuito da defesa, ao refutar os argumentos da PGFN, era demonstrar que a criação da UBS Brasil Participações Ltda não objetivou unicamente a economia tributária em**

debate, mas decorreu da necessária observância de norma regulatória, a documentação apresentada não confirma esta justificativa.

Assim, os elementos carreados aos autos após o recurso voluntário não são capazes de afastar a conclusão anterior, de que, no caso concreto, as operações societárias buscaram afinal abusivamente construir, moldar, materializar a hipótese de incidência da regra de aproveitamento fiscal do ágio.

Prosseguindo.

Ainda que prevalecesse a tese de que para a aquisição do controle acionário do Banco Pactual S/A imprescindível seria a constituição principalmente da UBS Brasil Participações Ltda, ou, sob outro prisma, de que inexistiria vedação quanto à implementação das operações analisadas, com a demonstração do propósito negocial, a amortização fiscal não poderia ser deferida à luz da legislação tributária, mesmo considerando as tão destacadas autorizações governamentais, que não se relacionam com o aproveitamento tributário do valor do ágio efetivamente pago.

Vejamos.

#### ***Da demonstração arquivada como comprovante da escrituração do ágio***

O Recorrente, além de aduzir a ausência de norma que estipule formalidade para a elaboração de um “laudo”, reafirma que o estudo da PricewaterhouseCoopers, apresentado no curso da ação fiscal, foi elaborado com base em momento anterior ao fechamento da compra e venda, mais precisamente em 30/11/06, data de referência.

Acerca do lançamento contábil do ágio decorrente da aquisição de investimento e da possibilidade de amortização, dispõe o Decreto nº 3.000, de 26/3/99 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99):

*“Art.385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):*

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

*II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.*

*§1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, §1º).*

*§2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, §2º):*

*I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;*

*II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;*

*III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.*

*§3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, §3º).*

*Art.386. 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 artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):*

.....

*III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do §2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;*

*IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do §2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.*

.....

*§6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):*

*I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;*

*II - a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.*

*§7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no §2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11).” (destaquei)*

O Decreto-lei nº 1.598, de 26/12/77, fundamento do art.385 do RIR/99, é também cristalino ao dispor que, **por ocasião da aquisição da participação**, o lançamento do ágio deveria basear-se “em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante de escrituração”:

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

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

*II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.*

.....

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

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

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

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

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

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

A compreensão do supracitado parágrafo terceiro não se dissocia do *caput* do artigo, que completa o seu sentido e alcance. Assim, o lançamento do ágio, com base no fundamento econômico da rentabilidade futura da coligada ou controlada, **a ocorrer por ocasião da aquisição da participação**, deve estar baseado em demonstração a ser arquivada como comprovante de tal escrituração. O legislador, ao empregar no supracitado parágrafo terceiro o tempo verbal no futuro, não autorizou o contribuinte a confeccionar a demonstração quando bem entendesse.

Considerando a legislação vigente à época, não é absurdo concluir, sendo até mesmo intuitivo, que o registro desdobrado do custo de aquisição, tendo o ágio fundamento em previsão de resultados em exercícios futuros, baseie-se, considerando-se a data em que deve ser lançado contabilmente, em indicativo, estudo, já finalizado à época da aquisição da participação, constituindo-se em uma das mais importantes variáveis avaliadas pelos administradores do investidor quando decidem pagar ágio com base naquele fundamento econômico. **Penso** ser raro, talvez até impensável, que alguma sociedade, fixando-se a premissa da rentabilidade futura, aventure-se a adquirir investimento sem uma mínima margem razoável de segurança quanto a tal possibilidade. Para isso, é natural haver um estudo prévio, que também sirva, por exemplo, para lastrear o registro contábil e justificar perante o Fisco federal as amortizações nos períodos de apuração seguintes à incorporação, por exemplo.

No caso concreto, ainda com mais ênfase, porque em questão um ágio superior a R\$ 4 bilhões.

É verdade que a norma textualmente não exige a confecção de um laudo formal, no sentido de ter sido elaborado por perito(s) externo(s), o que autoriza a discussão sobre a possibilidade de a exigência legal quanto ao comprovante de escrituração consistir em estudos internos que o contribuinte possa ter arquivado. Porém, ainda que tais documentos sejam idôneos, devem existir quando da aquisição do investimento com ágio.

Acrescente-se não se poder presumir que o fundamento econômico da aquisição esteja sempre, ou quase sempre, baseado em uma previsão de rentabilidade futura do investimento, como tenta fazer prevalecer o Recorrente, ao sustentar que seria “...*inverossímil imaginar qualquer alegação no sentido de que o Grupo UBS, líder mundial na prestação de serviços de wealth management, investment banking e gestão de ativos, não teria realizado nenhum estudo interno acerca da expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida*”.

Tal tese, com a devida vênia, esbarra no próprio dispositivo legal, que contempla outras duas hipóteses para o fundamento do ágio, bem como nas inúmeras outras intenções eventualmente subjacentes à decisão de compra, a exemplo de expansão de mercados, dominação de setor econômico, e, até mesmo, no limite, mero capricho do adquirente. No próprio recurso voluntário sustentou-se que as operações societárias como efetivadas proporcionaram ao Grupo UBS “... *incremento de suas atividades no mercado nacional*”.

De fato, o conglomerado suíço pode até ter buscado incrementar suas atividades no Brasil, ainda que, em tese, a decisão pela aquisição pudesse não necessariamente relacionar-se com rentabilidade futura.

A amortização do valor do ágio, de que cuida o art.7º, III, da Lei nº 9.532, de 10/12/97, com a redação conferida pela Lei nº 9.718, de 27/11/98, **apenas** é autorizada quando apurado “*segundo o disposto no art.20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977*”:

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

.....

*III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do §2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)*

.....

*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.” (destaquei)*

Ao dispor que a apuração do ágio realiza-se segundo o disposto no art.20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, o legislador exigiu, como visto, que deve, **por ocasião da aquisição do investimento**, estar baseado em demonstração a ser arquivada como comprovante da escrituração.

Por tais razões, entendo, à luz da legislação de regência vigente à época, que quando da aquisição do investimento deveria haver demonstrativo a justificar a rentabilidade futura.

No caso concreto, um dos fundamentos da glosa das despesas com amortização de ágio consistiu exatamente no fato de a rentabilidade futura estar baseada em demonstrativo elaborado em 11/12/07, ou seja, **há mais de um ano do registro contábil do ágio, ocorrido em 1º/12/06.**

Consta às fls.1.323/1.426 estudo elaborado por PricewaterhouseCoopers Corporate Finance & Recovery Ltda, datado de 11/12/07, em que se concluiu, com base em rentabilidade futura, que “...o valor de 100% das ações do Banco Pactual S.A, na data base de 30 de novembro de 2006, pela metodologia de fluxo de caixa descontado, ajustado pelo excesso de capital regulatório de US\$ 178 milhões, é de US\$ 3.300 milhões, equivalente a R\$ 7.148 milhões convertidos pela taxa de câmbio vigente na data-base”

Chama à atenção em tal estudo, a limitação de responsabilidade dos autores, quando afirmam que se valeram de informações **não auditadas fornecidas pelo contratante**, por escrito **ou verbalmente**, o que, decerto contribui para enfraquecer a fidedignidade das conclusões: “Ao elaboramos a avaliação, utilizamos informações e dados históricos e projetados, não auditados, fornecidos por escrito ou verbalmente pela Administração do UBS Pactual ou obtidos das fontes mencionadas”.

Mas este nem é o ponto a comprometer definitivamente tal estudo como comprovação do fundamento econômico do ágio e posterior aproveitamento fiscal, nos termos da legislação vigente à época.

A data em que tal estudo foi elaborado, considerando-se ainda que a proposta para a prestação de serviços formalizou-se após o fechamento da negociação de aquisição do Banco Pactual S/A, confirma o descumprimento do requisito legal acima analisado (demonstração contemporânea à aquisição do investimento), necessário para se autorizar a amortização do ágio supostamente pago.

Além disso, sustenta o Recorrente que o Grupo UBS realizou “*diversos estudos internos acerca da viabilidade do negócio, inclusive sob a perspectiva de rentabilidade futura do investimento a ser adquirido*”, em que teriam sido “...consideradas as sinergias decorrentes da negociação”, conforme documentação acostada à impugnação.

Entretanto, anexou-se à impugnação (fls.3.586/3.621) uma espécie de relatório, redigido em idioma inglês, **sem data de elaboração ou assinatura**, razão pela qual, por óbvio, não podem ser aceitos para justificar o pagamento de ágio com base em rentabilidade futura. Mesmo que em tal documento, disponibilizado sem elementos outros que confirmem as premissas adotadas, não se confirme, com a assinatura, a declaração de vontade de seus supostos elaboradores (requisito de existência à luz da legislação civil brasileira), anota o Recorrente que com base nele estimou-se o valor de compra do Banco Pactual S/A entre US\$2.094 bilhões e US\$ 2.692 bilhões, valor inferior ao definido pela PricewaterhouseCoopers (US\$ 3.3 bilhões).

O Recorrente ainda sustenta que houve “...um efetivo esforço do Grupo UBS **previo à aquisição, decorrente de diversos estudos e avaliações [...] para que se determinasse qual seria o preço da transação**”, deixando, entretanto, de anexá-los. Somente acostou ao

recurso voluntário uma declaração do Sr. Juerg Zimmermann, Diretor Executivo do UBS AG, constante de um Memorando (fls.4.104/4.109), elaborado em 23/11/12, encaminhado diretamente a um dos patronos responsáveis pela elaboração do recurso voluntário (Dr. Celso Costa - Machado Meyer) em 19/12/12, quando afirma ter sido um dos responsáveis, em 2006, pela avaliação do investimento, cujas negociações teriam iniciado em 2005.

Em tal declaração, menciona que o principal trabalho de avaliação, adotando-se a metodologia do fluxo de caixa descontado, teria sido uma proposta de aquisição, finalizada em março e abril de 2006, **deixando, porém, de anexá-la, bem como qualquer outro documento que pudesse lastrear as informações prestadas.**

Aqui não se duvida que o Sr. Juerg Zimmermann tenha participado de tratativas com os antigos acionistas do Banco Pactual S/A, tendo sido, como afirma, o principal responsável por sua avaliação, com o dispêndio, para tanto, de “centenas de horas”.

Contudo, faz-se necessário que as afirmações lançadas nos autos estejam devidamente acompanhadas de mínimo lastro probatório existência, válido e eficaz.

**O Recorrente deixou de apresentar minimamente os estudos internos que tantas vezes fez referência**, limitando-se ao Memorando do Diretor Executivo da UBS AG com a informação de que realmente teriam sido realizados da maneira como declarou. Sem comprovação hábil, não é possível dar-lhe credibilidade suficiente para permitir a amortização de despesas decorrentes do pagamento de ágio com base na rentabilidade futura, **pois, afinal, esta não foi comprovada como fundamento econômico do ágio registrado contabilmente.**

Concluir diferentemente seria chancelar a aceitação de documento sem assinatura e data, acompanhado apenas de declaração de Diretor do próprio adquirente.

Em que pese a Segunda Turma da DRJ – Rio de Janeiro I (RJ) ter concluído que a existência de uma demonstração com a previsão da rentabilidade futura, elaborada por ocasião da aquisição da participação, não seria “...relevante para determinação da dedutibilidade fiscal”, o que, com a devida licença, tornaria inócuo dispositivo legal vigente, apenas mencionou genericamente que o “...interessado possuía estudos internos”, deixando, contudo, de especificá-los nos autos. Vejamos:

*“36. No que se refere ao laudo de avaliação do Banco Pactual, o §3º, do art.385, do RIR/1999 não estabelece qual o documento específico que o contribuinte deve possuir para justificar o ágio em expectativa de rentabilidade futura. O dispositivo determina apenas que ‘deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração’. Podem ser, por exemplo, estudos internos ou laudos preparados por consultores externos. O interessado possuía estudos internos e laudo de consultores, apesar deste último ter sido elaborado um ano após a aquisição. Ao caso, esta questão não é relevante para determinação da dedutibilidade fiscal do ágio apurado”.*

Na realidade, contrariamente ao fixado no acórdão recorrido, à vista dos documentos acostados aos autos, constata-se que o contribuinte, por ocasião da aquisição do investimento, **não detinha estudo com lastro probatório que fundamentasse o pagamento de ágio com base em rentabilidade futura**, em total desacordo, portanto, com o §3º do art.20 do Decreto-lei nº 1.598/77, que não pode ser interpretado, repita-se, dissociado de seu *caput*,

c/c com o art.7º, III, da Lei nº 9.532/97, o que inviabiliza as amortizações pretendidas, devidamente glosadas pela fiscalização.

Interpretação outra pode abrir espaço para manobras, desvirtuamento da lei quanto ao requisito para a amortização. Pode-se pagar determinado valor por um investimento, sem que no preço esteja representada uma decisão empresarial tomada com base no fundamento econômico de previsão de resultados em exercícios futuros, e, posteriormente, para verificar a viabilidade de se amortizar o valor como despesa, encomendar determinado estudo para atestar tal rentabilidade, ainda que com base na data do fechamento das negociações. Não é demasiado lembrar novamente que, no caso concreto, após um ano do fechamento da negociação, o laudo confeccionado por auditores independentes baseou-se em “...informações e dados históricos e projetados, **não auditados**, fornecidos por escrito ou **verbalmente** pela Administração do UBS Pactual”.

Como bem observou a PGFN, ao se abrir tal possibilidade, “...o fundamento econômico de um ágio não será aquilo que realmente implicou o seu pagamento, mas sim o que a parte que o suportou quiser que o seja.”.

A prevalecer a tese da defesa, até mesmo planilhas sem assinatura, portanto, desprovidas do requisito de existência da declaração de vontade ali veiculada, ou informações prestadas por Diretor do próprio investidor, de que tenha participado das negociações para a aquisição do investimento, mesmo desacompanhadas de base mínima probatória, poderá ser aceita.

A legislação permite sim a amortização do ágio pago, sendo ônus do contribuinte comprovar o seu fundamento econômico com base em elementos de prova confiáveis, que não deixem mínima margem para dúvidas.

Decididamente, não é o caso do autos!

O necessário rigor na análise da demonstração do fundamento econômico, inclusive quanto ao aspecto temporal, foi ressaltado pela Primeira Turma Ordinária da Quarta Câmara da Primeira Seção de Julgamento nos seguintes termos:

*“Embora a doutrina divirja quanto ao grau de amplitude e liberdade que se empresta a essa “demonstração” não há dúvidas que uma interpretação lógica e sistemática conduz nosso entendimento de que deve ser respeitado o rigor no critério temporal. Ora, no momento da aquisição onde a Lei manda fazer o desdobramento e registro do ágio o laudo já deve existir indicando além do aspecto quantitativo, o seu fundamento legal, no caso, a rentabilidade futura projetada.” (acórdão nº 1401-000.850, de 11/9/12)*

Assim, descumprido tal requisito legal, qual seja, ausência de demonstração a comprovar o fundamento econômico do ágio com base na rentabilidade futura, a glosa da fiscalização mostrou-se em conformidade com a legislação de regência, o que dispensaria, a rigor, toda a precedente análise das demais questões envolvidas.

Em outros termos, repita-se, ainda que, por exemplo, o propósito negocial da constituição da UBS Brasil Participações Ltda venha a ser considerado aceitável em todos os sentidos, com a comprovação de motivo(s) extratributário(s), o pagamento do ágio, seja em

montante integral ou parcial, não autorizará a amortização. A ausência de comprovação do fundamento econômico da rentabilidade futura *de per si* basta para confirmar as glosas fiscais.

### ***Da base de cálculo da CSLL***

Especificamente quanto à CSLL, o Recorrente entende inexistir previsão legal para a adição à base de cálculo das despesas com amortização de ágio consideradas não dedutíveis pela fiscalização. Inicialmente, aduziu que a ausência de indicação, no auto de infração, da legislação aplicável já macularia o lançamento por ofensa ao princípio da legalidade, para depois sustentar, *verbis*:

*“[...] analisando-se o histórico legislativo acima transcrito, denota-se que: (i) a base de cálculo da CSLL é o lucro líquido com ajustes expressamente previstos; (ii) a amortização contábil do ágio sempre foi permitida pela legislação brasileira até a edição da Lei nº 11.638/07, de modo que, para a CSLL, o ágio é plenamente dedutível; (iii) a base de cálculo do IRPJ, por sua vez, é o lucro real, para o qual existem previsões específicas relativamente aos efeitos da amortização do ágio que não se aplicam à base de cálculo da CSLL (nem as regras previstas no Decreto-Lei nº 1.598/77 que tratam da adição do ágio no lucro real, nem as regras previstas na Lei nº 9.532/97, que permite sua amortização em algumas hipóteses).”*

Quanto à ofensa ao princípio da legalidade, não se vislumbra no caso concreto, vez que no corpo do lançamento tributário de CSLL constou expressamente farta fundamentação legal quanto à infração. Além do mais, como é cediço, suposta incorreção quanto aos dispositivos mencionados, dada a ausência de caracterização de prejuízo ao exercício da defesa, não implica qualquer vício que conduza, por exemplo, à nulidade.

O histórico legislativo mencionado pelo Recorrente principia com observações sobre lições constantes do Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações - FIPECAFI acerca da Lei nº 6.404/76, que se referem ao “*ágio pago por expectativa de lucros futuros*”, o que, como visto, não foi comprovado, razão pela qual tal doutrina contábil, ao menos relativamente ao que foi transcrito, não socorre a defesa e compromete na origem o desenvolvimento da sua linha de raciocínio baseada no que denominou “*evolução legislativa*”. Ademais, faria parte dessa “*evolução*” a possibilidade de amortização, como afirmado pelo próprio Recorrente, até a edição da Lei nº 11.638/07, que entrou em vigor em 1/1/08. Assim, pode-se concluir que em conformidade com as razões de defesa, a discussão limitar-se à apuração relativa ao ano-calendário 2007.

Entendo que não há reparos a fazer no procedimento fiscal. As previsões legais das Leis nº 7.689/88 e nº 8.981/95, devidamente mencionadas na fundamentação legal do auto de infração, bastam à confirmação da autuação:

#### ***Lei nº 7.689/88***

*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;*

.....  
.....  
c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela:

1. exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido;
2. exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computado como receita;
3. exclusão do lucro decorrente de exportações incentivadas, de que trata o art. 1º, § 1º do Decreto-Lei nº 2.413, de 10 de fevereiro de 1988, apurado segundo o disposto no art. 19 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e alterações posteriores;
4. adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido.

**Lei nº 8.981/95**

*Art. 57. 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. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)*

Acrescente-se, conforme ressaltado pela PGFN, que “...não há que se falar em ampliação ilegal da base de cálculo da CSLL, visto que a autoridade administrativa apenas aplicou regras de apuração para chegar ao montante correto da base de cálculo – sem qualquer alteração no conceito trazido pelo caput do art. 2º da Lei nº 7.689, de 1988”, sendo que “...eventual dedução de uma despesa deve ser expressamente autorizada por lei, não pode ser realizada em face do seu silêncio”.

Confirmado o lançamento em relação à glosa do IRPJ, deve-se estender o mesmo entendimento para a apuração da CSLL. Não pode prevalecer a tese do contribuinte de que não existe norma que impeça a dedução da despesa com amortização do ágio da base de cálculo da CSLL. Nesse ponto, é importante lembrar o comando expresso do art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995, acima referido.

Ddesde o extinto Primeiro Conselho de Contribuintes, a jurisprudência administrativa consolidou-se, em casos análogos de amortização de ágio, no sentido de estender à CSLL a solução conferida ao lançamento do IRPJ, dada a íntima relação de causa e efeito entre eles existente (v.g., acórdãos nºs 101-95141, 101-95469, 105-15822, 101-94136.).

Em tempo, o art.75 da IN SRF nº 390/04, que trata da CSLL, também trata da amortização do ágio, contemplando os mesmos requisitos, a exemplo do fundamento da rentabilidade futura.

**Por tais razões, também não se acolhe a pretensão da defesa.**

Portanto, quanto às glosas relativas às amortizações a título de ágio não há reparos a fazer nos lançamentos tributários.

### 1.3 Da alíquota da CSLL

Insurge-se o Recorrente contra a aplicação do diferencial de 6% (seis por cento), nos anos-calendário 2008 e 2009, da alíquota da CSLL, instituído pela Medida Provisória nº 413, de 3/1/08. Pleiteia a incidência, na espécie, do princípio da referibilidade, entendendo, com base em decisão da CSRF (acórdão CSRF/01-066), que ao Executivo caberia retirar a eficácia de uma determinada norma quando confrontasse com dispositivo constitucional. Acrescenta que a elevação da alíquota tivera como exclusivo propósito aumentar a arrecadação, de sorte que “...*Se a atuação estatal permanece a mesma, inconstitucional será a fixação de encargo mais gravoso a determinado contribuinte*”.

Em essência, busca a defesa a não incidência de dispositivo da MP nº 413/08, convertida na Lei nº 11.727, de 23/6/08:

*Art.17. O art. 3º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, passa a vigorar com seguinte redação:*

*‘Art.3º A alíquota da contribuição é de:*

*I - quinze por cento, no caso das pessoas jurídicas de seguros privados, as de capitalização e as referidas nos incisos I a XII do § 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001; e*

*II - nove por cento, no caso das demais pessoas jurídicas.’*

Tal discussão descortina uma limitação inerente ao processo administrativo tributário federal, qual seja, a impossibilidade de, regra geral, as autoridades julgadoras afastarem a aplicação ou deixarem de observar dispositivo de lei, tratado ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, conforme prevê o Decreto nº 70.235/72:

*Art.26-A No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.*

No mesmo sentido, o art.59 do Decreto nº 7.574, de 29/9/11, e o art.62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF.

À autoridade fiscal cabe prestigiar a lei, não podendo dela se distanciar, ainda que sob argumento de violação aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade ou, como alega o Recorrente, da referibilidade. Cabe lembrar que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (art.142, parágrafo único, do CTN).

O entendimento acima já se encontra consolidado administrativamente, conforme Enunciado nº 2 da súmula de jurisprudência do CARF: “*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*”.

interpretação, já superada, dos extintos Conselhos de Contribuintes. Atualmente, todavia, esbarra na inteligência da Súmula Vinculante STF nº 10 (DOU de 27/6/08):

*“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”*

Assim, nem mesmo órgão fracionário de Tribunal pode burlar a cláusula de reserva de plenário (art.97 da CF/88: *“Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”*), para, embora sem expressamente declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, afastar a sua incidência, ou como sustenta o Recorrente, torná-los ineficazes. Tal restrição, por óbvio, alcança igualmente, com mais propriedade, pois sequer podem declarar a inconstitucionalidade de tais atos, órgãos julgadores administrativos, a exemplo do CARF.

Tendo assento legal a alíquota aplicada na apuração da CSLL, deve ser mantida.

#### 1.4 Da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício

Com relação à incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, o CTN autoriza tal exigência. Em seu artigo 161, dispõe:

*“Art. 161. O **crédito** não integralmente pago no vencimento é **acrescido de juros de mora**, seja qual for o motivo determinante da falta, **sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.***

*§ 1º **Se a lei não dispuser de modo diverso**, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.*

*§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.” (destaquei)*

Nesse contexto, não se pode olvidar que o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta (art.139, CTN), tendo por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (art.113, CTN).

Por sua vez, a Lei nº 9.430/96 dispõe que sobre os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, incidirão juros de mora à taxa SELIC. Vejamos:

*“Art.5º O imposto de renda devido, apurado na forma do art. 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.*

.....

*§3º **As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e***

**Custódia** - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

.....

**Art.61.** Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, 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.

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, 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.” (destaquei)

A expressão “débitos para a União, decorrentes de tributos e contribuições”, contemplada no caput do art.61 da Lei nº 9.430/96, inclui todas as rubricas, dentre as quais se inclui a multa de ofício, que, como a própria lei dispõe, decorre da falta de pagamento de tributos.

Neste sentido, podem ser mencionados os seguintes precedentes da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

**JUROS DE MORA COM BASE NA TAXA SELIC SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. APLICABILIDADE.** O art. 161 do Código Tributário Nacional – CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o ‘crédito’ a que se refere o caput do artigo. É legítima a incidência de juros sobre a multa de ofício, sendo que tais juros devem ser calculados pela variação da SELIC. (Segunda Turma, Acórdão nº 9202-01.806, de 24/10/2011, Redator designado Cons. Elias Sampaio Freire)

**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. (Primeira Turma, Acórdão nº 9101-00.539, de 11/03/2010, Redatora Designada Cons. Viviane Vidal Wagner)

**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. (Quarta Turma, Acórdão n.º 04-00.651, de 18/09/07, Rel. Cons. Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho)*

Recentemente, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça reiterou entendimento no sentido de ser “legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário” (AgRg no REsp 1.335.688-PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 4/12/12), tendo o acórdão recebido a seguinte ementa:

**PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. 1. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido de que: “É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário.” (REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010. 2. Agravo regimental não provido. (destaquei)**

Colhe-se do respectivo voto condutor:

*“[...] Quanto ao mérito, registrou o acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região à fl. 163: ‘... os juros de mora são devidos para compensar a demora no pagamento. Verificado o inadimplemento do tributo, é possível a aplicação da multa punitiva que passa a integrar o crédito fiscal, ou seja, o montante que o contribuinte deve recolher ao Fisco. Se ainda assim há atraso na quitação da dívida, os juros de mora devem incidir sobre a totalidade do débito, inclusive a multa que, neste momento, constitui crédito titularizado pela Fazenda Pública, não se distinguindo da exação em si para efeitos de recompensar o credor pela demora no pagamento.’”*

Quanto ao percentual, não há mais discussão. O entendimento quanto à aplicação da taxa SELIC consolidou-se administrativamente, sendo, inclusive, objeto do Enunciado nº 4 da súmula de jurisprudência do CARF, de observância obrigatória por seus membros:

*“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”.*

Mantém-se, portanto, a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, aplicados com base na taxa SELIC.

## 2. RECURSO DE OFÍCIO

A Segunda Turma da DRJ – Rio de Janeiro I (RJ) afastou as multas isoladas por falta/insuficiência de recolhimento de estimativas, essencialmente com fundamento nas razões constantes do acórdão nº 9101-00.500, proferido pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), especialmente porque a exigência caracterizaria infligir duas punições sobre o mesmo tributo apurado, incidindo na espécie o princípio da consunção.

De início, vale dizer que tal precedente da CSRF não vincula os demais julgamentos no âmbito do CARF. A propósito, em que pese a Primeira Turma daquele colegiado realmente continuar afastando a exigência da multa isolada, não há se falar em jurisprudência consolidada quanto aos fatos geradores ocorridos após a vigência da Medida Provisória nº 351, de 22/1/07, convertida na Lei nº 11.488, de 15/6/07, que procedeu a alterações no art.44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, deixando ainda mais evidente duas hipóteses de incidência distintas, conforme se vê abaixo:

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

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

*II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

.....

*b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)*

Assim, presentes os substratos fáticos (falta do pagamento de imposto ou contribuição; e falta de pagamento das estimativas), é de rigor a incidência das duas multas, sob pena de se negar vigência à lei federal, o que é vedado ainda que sob fundamento de inconstitucionalidade, conforme apregoa o Enunciado nº 2 da súmula do CARF (“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”), em conformidade com o art.26-A do Decreto nº 70.235/72 e art.59 do Decreto nº 7.574, de 29/9/11.

Não obstante o contribuinte sustentar que o crédito tributário não poderia ser exigido concomitantemente com as multas proporcionais anuais, há, como visto, dispositivo legal que assegure a exigência de ambas penalidades.

A Lei nº 9.430/96 estabelece hipóteses de incidência distintas para a multa proporcional ao imposto ou contribuição apurados ao final do ano-calendário e para a multa por insuficiência/falta de recolhimento de estimativas. São previsões não excludentes, de tal modo que podem ser exigidas mesmo que concomitantemente, “ainda que tenha sido apurado

*prejuízo fiscal ou base de cálculo negativas para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente”.*

Há vários julgados administrativos neste sentido, como por exemplo:

*“(…) MULTA ISOLADA. FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA. MULTA PROPORCIONAL, CONCOMITÂNCIA. INEXISTÊNCIA - Não há que se falar em aplicação concomitante sobre a mesma base de incidência quando resta evidente que as penalidades, não obstante derivarem do mesmo preceptivo legal, decorrem de obrigações de naturezas distintas (...)” (1ª SJ, 3ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, Acórdão nº 1302-00.083, de 29/09/09).*

*“(…) MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS - CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO SOBRE O TRIBUTOS DEVIDO NO FINAL DO ANO. Não há entre as estimativas e o tributo devido no final do ano uma relação de meio e fim, ou de parte e todo (porque a estimativa é devida mesmo que não haja tributo devido). Por isso, a multa pela falta de estimativas não se confunde com a multa pela falta de recolhimento do tributo apurado em 31 de dezembro, além disso, não há no direito tributário algo semelhante ao princípio da consunção (absorção) do direito penal, o que também afasta os argumentos sobre a concomitância de multas (...)” (1ª SJ, 2ª Turma Especial, Acórdão nº 1802-00.610, de 30/08/10)*

*“(…) INSUFICIÊNCIA NO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA. Em função de expressa previsão legal, deve ser aplicada a multa isolada sobre os pagamentos que deixaram de ser realizados concernentes ao imposto de renda a título de estimativa, seja qual for o resultado apurado no ajuste final do período de apuração” (1º CC, 3ª Câmara, Acórdão nº 103-23510, Rel. Leonardo de Andrade Couto, Sessão de 26/06/08).*

*“(…) CONCOMITÂNCIA ENTRE A MULTA ISOLADA E A MULTA VINCULADA AO TRIBUTOS - Em virtude de se tratarem de infrações distintas, a multa de ofício aplicada isoladamente, pela falta de recolhimento da CSLL apurada por estimativa, pode ser aplicada concomitantemente com a multa de ofício, aplicada sobre a contribuição devida sobre a base cálculo anual da CSLL”. (1º CC, 3ª Turma Especial, Acórdão nº 193-00017, Rel. Ester Marques Lins de Souza, Sessão de 13/10/08).*

Sobre a matéria, vale reproduzir alguns dos fundamentos constantes do acórdão nº 1302-001.130, de 11/6/13, proferido pela Segunda Turma Ordinária da Terceira Câmara da Primeira Seção de Julgamento, Rel. Cons. Alberto Pinto Souza Júnior, aplicáveis perfeitamente ao caso sob exame:

*“[...] O princípio da consunção é princípio específico do Direito Penal, aplicável para solução de conflitos aparentes de normas penais, ou seja, situações em que duas ou mais normas penais podem aparentemente incidir sobre um mesmo fato.*

*Primeiramente, há que se ressaltar que a norma sancionatória tributária não é norma penal stricto sensu. Vale aqui a lembrança que o parágrafo único do art. 273 do anteprojeto do CTN (hoje, art. 112 do CTN), elaborado por Rubens Gomes de Sousa, previa que os princípios gerais do Direito Penal se aplicassem como métodos ou processos supletivos de interpretação da lei tributária, especialmente da lei tributária que definia infrações. Esse dispositivo foi rechaçado pela Comissão Especial de 1954 que elaborou o texto final do anteprojeto, sendo que tal dispositivo não retornou ao texto do CTN que veio a ser aprovado pelo Congresso Nacional. À época, a Comissão Especial do CTN acolheu os fundamentos de que o direito penal tributário não tem semelhança absoluta com o direito penal (sugestão 789, p. 513 dos Trabalhos da Comissão Especial do CTN) e que o direito penal tributário não é autônomo ao direito tributário, pois a pena fiscal mais se assemelha a pena cível do que a criminal (sugestão 787, p.512, idem). Não é difícil, assim, verificar que, na sua gênese, o CTN afastou a possibilidade de aplicação supletiva dos princípios do direito penal na interpretação da norma tributária, logicamente, salvo aqueles expressamente previstos no seu texto, como por exemplo, a retroatividade benigna do art. 106 ou o in dubio pro reo do art. 112.*

.....

*Noutro ponto, refuto os argumentos expendidos no acórdão recorrido, os quais concluem que a falta de recolhimento da estimativa mensal seria uma conduta menos grave, por atingir um bem jurídico secundário – que seria a antecipação do fluxo de caixa do governo. Conforme já demonstrado, a multa isolada é aplicável pela não observância do regime de recolhimento pela estimativa e a conduta que ofende tal regime jamais poderia ser tida como menos grave, já que põe em risco todo o sistema de recolhimento do IRPJ sobre o lucro real anual – pelo menos no formato desenhado pelo legislador.*

.....

*Ademais, é um equívoco dizer que o não recolhimento do IRPJ - estimada é uma ação preparatória para a realização da “conduta mais grave” – não recolhimento do tributo efetivamente devido no ajuste. O não pagamento de todo o tributo devido ao final do exercício pode ocorrer independente do fato de terem sido recolhidas as estimativas, pois o resultado final apurado não guarda necessariamente proporção com os valores devidos por estimativa. Ainda que o contribuinte recolha as antecipações, ao final pode ser apurado um saldo de tributo a pagar, com base no resultado do exercício. As infrações tributárias que ensejam a multa isolada e a multa de ofício nos casos em tela são autônomas. A ocorrência de uma delas não pressupõe necessariamente a existência da outra, logo inaplicável o princípio da consunção, já que não existe conflito aparente de normas.*

*A multa isolada corresponde a um percentual do IRPJ calculado sobre a base estimada, na qual o valor das despesas e custos decorrem de uma estimativa legal, ou seja, o legislador quando determina a aplicação de um percentual sobre a receita bruta, para o cálculo da base estimada, está, em verdade, estimando custos e despesas. A multa de ofício, in casu, corresponde a um percentual sobre o IRPJ calculado sobre o lucro real, na qual se leva em conta as despesas e custos efetivamente incorridos. Em suma, se a base estimada difere do lucro real, se são valores distintos, inclusive com previsões legais distintas, os impostos delas resultantes são também valores distintos e, conseqüentemente, as multas ad valorem que incidem sobre elas, também, são valores que não se confundem.*

*Todavia, ainda que as multas isolada e de ofício fossem calculadas sobre o IRPJ incidente sobre a mesma base de cálculo, isso não significaria um bis in idem, pois, como já asseverado acima, a ocorrência de uma infração não importa necessariamente na ocorrência da outra, o que torna irrefutável que as infrações decorrem de condutas diversas. O contribuinte pode ter recolhido todo o IRPJ devido sobre a base estimada em cada mês do ano-calendário e não recolher a diferença calculada ao final do período, ficando sujeito assim a multa de ofício, mas não a multa isolada. Ao contrário, pode deixar de recolher o IRPJ sobre a base estimada, mas pagar, ao final do ano, todo o IRPJ sobre o lucro real, hipótese na qual só ficará sujeito à multa isolada.*

*A definição da infração, da base de cálculo e do percentual da multa aplicável é matéria exclusiva de lei, nos termos do art. 97, V do CTN, não cabendo ao intérprete questionar se a dosimetria aplicada em tal e qual caso é adequada ou excessiva, a não ser que adentre a seara da sua constitucionalidade, o que está expressamente vedado pela Súmula CARF nº 2.”*

Acrescento, com base em lições de Guilherme de Souza Nucci (in Manual de Direito Penal, 4ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp.151-152), que o princípio/critério da absorção (ou consunção) é aplicável:

*“[...] Quando o fato previsto por uma lei está, igualmente, contido em outra de maior amplitude, aplica-se somente esta última. Em outras palavras, quando a infração prevista na primeira norma constituir simples fase de realização da segunda infração, prevista em dispositivo diverso, deve-se aplicar apenas a última. Conforme esclarece Nicás, ocorre a consunção quando determinado tipo penal absorve o desvalor de outro, excluindo-se este da sua função punitiva. A consunção provoca o esvaziamento de uma das normas, que desaparece subsumida pela outra (El concurso de nomas penales, p.157).*

*Trata-se da hipótese de crime-meio e crime-fim. É o que se dá, por exemplo, no tocante à violação de domicílio com a finalidade de praticar furto a uma residência. A violação é mera fase de execução do delito patrimonial. O crime de homicídio, por sua vez, absorve o porte ilegal de arma, pois esta infração*

*penal constitui-se simples meio para a eliminação da vítima. O estelionato absorve o falso, fase de execução do primeiro”.*

Ora, tal construção doutrinária e jurisprudencial não se aplica ao caso concreto. A falta de recolhimento de estimativas mensais não constitui fase do não recolhimento do imposto ou contribuição apurados ao final do ano-calendário, de modo que o tipo tributário que impõe a exigência da multa proporcional ao tributo devido não absorve o desvalor apontado na norma que tipifica a penalidade isolada pela falta de recolhimento das exações à época própria, após o encerramento dos respectivos períodos mensais.

Quando se constata que o contribuinte, considerando a infração revelada pela fiscalização, deixou de apurar e recolher as estimativas mensais em conformidade com a legislação de regência, diz-se ocorrido o fato gerador a legitimar a exigência nos moldes em que constituída. Dispensá-la significa, com a devida vênia a vozes dissonantes, construção que, como visto, não encontra acolhimento na adequada interpretação da lei de regência.

Por isso, deve ser revertida a decisão de primeira instância, que afastou as multas isoladas, no montante original de R\$ 264.485.304,25, por falta/insuficiência de estimativas, ou, como preferem alguns, pela violação da sistemática que impõe os recolhimentos mensais, tudo em conformidade com dispositivo legal vigente.

Por todo o exposto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso de ofício e, quanto ao recurso voluntário, NÃO CONHECER das alegações de defesa relacionadas à infração 001 (adição à base de cálculo de encargos incidentes sobre tributos com exigibilidade suspensa) em razão de expressa desistência recursal, e, quanto à parte conhecida, NEGAR PROVIMENTO.

(assinado digitalmente)

Eduardo Martins Neiva Monteiro

## Voto Vencedor

Cons. Breno Ferreira Martins Vasconcelos, Redator Designado.

Não obstante as considerações do Eminentíssimo Relator, tão bem expostas ao colegiado, peço vênias para discordar do entendimento adotado quanto à matéria objeto do recurso de ofício, a saber, a imputação concomitante das multas isolada e de ofício.

Conforme exposto no relatório e no voto condutor, decorreram duas situações da glosa da despesa correspondente à amortização do ágio:

- i. Insuficiência de recolhimento do IRPJ e da CSLL calculados sobre as bases de cálculo estimadas, razão pela qual foi exigida da recorrente a multa isolada prevista pelo art. 44, II, b, da Lei nº 9.430/96; e
- ii. Insuficiência de recolhimento do IRPJ e da CSLL devidos no ajuste anual, tendo sido exigida a multa de ofício sobre os valores devidos e que não teriam sido recolhidos pela recorrente.

É fácil notar que, em razão de uma mesma conduta (alegada dedução indevida da despesa correspondente à amortização do ágio), foram aplicadas duas penalidades distintas contra a recorrente (multa isolada e multa de ofício).

É cediço que “o ordenamento jurídico pátrio rechaça a existência de *bis in idem* na aplicação de penalidades tributárias” (CARF, voto do Conselheiro Relator Paulo Roberto Cortez no acórdão 1402-001.505, sessão de 06/11/2013). Isto é, o contribuinte não pode ser penalizado duas ou mais vezes pelo cometimento de uma única infração tributária.

Partindo dessa premissa, este Conselho tem repellido a aplicação da multa isolada após o encerramento do exercício e concomitantemente à multa de ofício calculada sobre os saldos de IRPJ e CSLL a pagar apurados na declaração de ajuste.

Esse entendimento se deve ao fato de que os recolhimentos por estimativa têm natureza de **antecipação** do IRPJ e da CSLL, cujo fato gerador ocorre no final do exercício. Dessa forma, e considerando-se que o dever de antecipar apenas existe enquanto houver uma obrigação a ser antecipada (isto é, enquanto ainda não tiver ocorrido o fato gerador do IRPJ e da CSLL), é forçoso concluir que a **base imponível da multa isolada desaparece após o final do exercício** (momento da ocorrência do fato gerador), deixando de ser possível, portanto, a aplicação dessa penalidade.

Além disso, vale registrar, a multa isolada de 50% não decorre do descumprimento de obrigação acessória, mas constitui verdadeira obrigação pecuniária decorrente da ausência de recolhimento antecipado. Ambas as penalidades sob análise, portanto, têm natureza de multa pelo **inadimplemento da obrigação principal**, sendo impossível conceber sua incidência sobre uma mesma base de cálculo. São nesse sentido as palavras proferidas pela Conselheira Karem Jureidini Dias no Acórdão CSRF/9101-001.637:

*que esta é devida e calculada sobre a obrigação principal até então apurada. O mesmo ocorre com a multa de ofício que acompanha o lançamento referente à totalidade ou diferença de tributo que deixou de ser constituído pelo contribuinte, ao final do ano-calendário.*

*Verifico identidade quanto ao critério pessoal e material de ambas as normas sancionatórias, pois ambas alcançam o contribuinte – sujeito passivo – e têm por critério material o descumprimento da relação jurídica que determina o recolhimento integral do tributo devido.*

*Inevitável, portanto, concluir-se que impor sanção pelo não recolhimento do tributo apurado conforme lançamento de ofício que apura CSLL devida ao final do ano-calendário e impor sanção pelo não recolhimento das antecipações devidas, relativamente ao mesmo tributo, é penalizar o mesmo contribuinte duas vezes por ter deixado de recolher integralmente o tributo devido.*

*Se o que prevalece para fins de quantificação da obrigação principal é o valor decorrente da apuração final, consolidada e definitiva do tributo – justamente porque as antecipações são apurações provisórias do mesmo tributo – também assim deve ser em relação a aplicação das penalidades: prevalece a multa aplicada quando o contribuinte não recolhe o tributo devido em conformidade com a apuração definitiva. (1ª Turma da CSRF, sessão de 15 de maio de 2013)*

Com base nesse raciocínio, e na situação da recorrente, isto é, quando a Fiscalização conclui pela indedutibilidade de uma despesa, cuja glosa implica falta (i) de recolhimento por estimativa e (ii) de pagamento do IRPJ e da CSLL apurados na declaração de ajuste, este Conselho tem entendido que apenas pode ser aplicada a multa de ofício prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96.

Nesse sentido, transcrevo trecho de ementa de acórdão proferido nesta Turma sob relatoria do Conselheiro Marcos Takata:

*MULTA ISOLADA E MULTAS PROPORCIONAIS - CONCOMITÂNCIA Multa isolada para as estimativas descabida. **Apenado o continente, incabível apenar o conteúdo.** Penalizar pelo todo e ao mesmo tempo pela parte do todo seria uma contradição de termos lógicos e axiológicos. Princípio da consunção em matéria apenatória. A aplicação da multa de ofício de 75% sobre IRPJ e CSLL exigidos exclui a aplicação da multa de ofício de 50% sobre IRPJ e CSLL por estimativa do mesmo ano-calendário. (Acórdão nº 1103-001.097, de 26/08/2014)*

É também nessa linha o entendimento consolidado da Câmara Superior de Recursos Fiscais, senão vejamos:

*APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA. Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A*

*infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. A primeira conduta é meio de execução da segunda. A aplicação concomitante de multa de ofício e de multa isolada na estimativa implica em penalizar duas vezes o mesmo contribuinte, já que ambas as penalidades estão relacionadas ao descumprimento de obrigação principal que, por sua vez, consubstancia-se no recolhimento de tributo. (Acórdão nº 9101-001.995, 1ª Turma da CSRF. Sessão de 21 de agosto de 2014. Relatora Conselheira Karem Jureidini Dias);*

*APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFICIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA. IMPOSSIBILIDADE. Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. **Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda.** O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. (Acórdão nº 9101-001.574, 1ª Turma da CSRF, Sessão de 24 de janeiro de 2013. Relator Conselheiro Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz)*

Concluo, assim, que deve ser afastada a multa isolada no caso em tela.

### Conclusão

Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso de ofício.

É o meu voto.

(assinado digitalmente)

Breno Ferreira Martins Vasconcelos

## Declaração de Voto

Conselheiro Breno Ferreira Martins Vasconcelos.

presente declaração de voto, os seguintes pontos, em relação aos quais divirjo do voto condutor:

- i. Existência de propósito negocial para as operações realizadas;
- ii. Efeitos do usufruto de quotas do Banco Pactual;
- iii. Valor do custo de aquisição efetivamente pago; e
- iv. Existência de comprovação da fundamentação econômica do ágio.

Vale registrar, inicialmente, que o ágio se forma quando uma pessoa jurídica adquire participação societária por preço superior ao *valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada que se está adquirindo*<sup>2</sup>, devendo ser segregados, nas demonstrações financeiras da investidora, o valor patrimonial e o valor do ágio.

Além disso, a contabilização do ágio deve indicar seu fundamento econômico, que, nos termos do §2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, pode decorrer de (i) valor de mercado de bens do ativo da investida superior ao custo registrado na sua contabilidade; (ii) valor de expectativa de rentabilidade da investida, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; ou (iii) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

A mera aquisição de participação societária com sobrepreço não gera reflexos tributários, podendo o valor correspondente ao ágio ser amortizado – reduzindo o lucro real e a base de cálculo da CSLL – apenas quando ocorrer absorção de patrimônio por incorporação, fusão ou cisão envolvendo a investidora e a investida, nos termos do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Essa situação criada pelo legislador está alinhada ao princípio contábil do confronto das despesas com as receitas, segundo o qual a receita deve ser associada à despesa sacrificada para a sua obtenção. Aplicando-se esse princípio à matéria destes autos, verifica-se que o ágio é a despesa sacrificada para a obtenção do resultado de equivalência patrimonial. Tendo em vista, porém, que essa receita não é tributada, a legislação tributária não previu a dedutibilidade da correspondente despesa.

É que, quando da realização de uma das operações de reestruturação societária acima mencionadas, os patrimônios da investidora e da investida se confundem, desaparecendo tanto o ágio como o investimento. Após essa *confusão patrimonial*, a legislação autoriza a amortização do ágio que, quando fundamentado em expectativa de rentabilidade futura – situação existente nestes autos – poderá ocorrer *à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração*, consoante o inciso IV do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Partindo de tais premissas, passo a analisar se procede a glosa da despesa correspondente à amortização de ágio.

*i. Propósito negocial*

Visando a demonstrar ao Fisco a legitimidade das operações realizadas, a recorrente afirmou a existência de propósito negocial porque havia outras estruturas societárias que poderiam ser adotadas pelo Grupo UBS e também gerariam o efeito de amortização fiscal do ágio pago na aquisição do Banco Pactual. O eminente Relator, porém, afastou de plano tal argumento por entender que a análise dos julgadores não pode considerar situações eventuais,

como os *outros* caminhos que poderiam ter sido adotados pelo contribuinte, mas apenas o próprio caso concreto.

A recorrente também apresentou elementos robustos com vistas a comprovar o propósito negocial “dentro” da própria estrutura implementada (e não “dentro” do contexto que engloba as outras possíveis estruturas), a saber: em razão do que dispõe o artigo 14 da Resolução CMN 3.040/02, caso não fosse apresentado ao Bacen pleito de aquisição da participação societária de forma indireta, “existia o risco concreto e significativo de que a operação não fosse aprovada”<sup>3</sup>. Esse argumento igualmente não foi acolhido pelo Relator por entender não ter sido comprovado pela recorrente que “a aquisição do Banco Pactual S/A por meio da holding UBS Brasil Participações Ltda, e não diretamente pelo UBS AG, decorreu de um imperativo normativo”<sup>4</sup>.

Embora o ilustre Relator tenha tratado exaustivamente sobre os requisitos para que o planejamento tributário seja oponível ao Fisco, discorrerei brevemente sobre a análise do que se convencionou chamar de “motivação não exclusivamente tributária”.

O ilustre Relator fundamentou seu voto nos ensinamentos de Marco Aurélio Greco a respeito da necessidade de existir um propósito negocial para que os efeitos fiscais das operações realizadas sejam oponíveis ao Fisco.

A essência do **conceito de propósito negocial** tal como defendido pela doutrina mencionada no voto vencedor consiste na ideia de que o direito à auto-organização não pode ser exercido indiscriminadamente pelo contribuinte, configurando **abuso de direito** e sendo inoponível ao Fisco quando inibe “a **eficácia da lei** incidente sobre a hipótese sem uma razão suficiente que a justifique”<sup>5</sup>.

Para delimitar esse conceito, portanto, cumpre investigar qual seria, no direito tributário, a “eficácia da lei” que não pode ser inibida pelos negócios jurídicos privados realizados e qual justificativa seria passível de relativizar essa proibição.

Para Marco Aurélio Greco<sup>6</sup>, tal questão deve ser analisada sob a ótica dos princípios da capacidade contributiva e da isonomia. Segundo o autor, considerando-se a capacidade contributiva como princípio ligado não somente ao dimensionamento do montante a pagar, mas especialmente à manifestação da aptidão de participar no rateio das despesas públicas (princípio da solidariedade), a eficácia desse princípio está em assegurar que todas as manifestações de capacidade contributiva sejam atingidas pelo tributo. Como decorrência lógica dessa afirmação, restará inibida a eficácia da capacidade contributiva e, conseqüentemente, da isonomia tributária, quando contribuintes que se encontrarem em uma mesma situação não suportarem a mesma carga fiscal.

A eficácia da lei – limitadora do poder de auto-organização dos contribuintes – confunde-se, portanto, com a garantia de aplicação, em cada caso concreto, do princípio da capacidade contributiva. O conceito de propósito negocial, nessa esteira, decorre do seguinte raciocínio:

- a) a realização de operações visando exclusivamente a reduzir a carga tributária compromete a eficácia dos princípios da capacidade contributiva e da isonomia fiscal, configurando **abuso do direito de auto-organização**; e

<sup>3</sup> Parecer elaborado por Sérgio Darcy Consultores Associados Ltda.

<sup>4</sup> Pág. 76 do voto proferido pelo Relator.

<sup>5</sup> **Planejamento Tributário**. São Paulo: Dialética, 2008, p. 195.

<sup>6</sup> **Planejamento Tributário**. São Paulo: Dialética, 2008, p. 200.

- b) tal abuso de direito apenas é afastado pela existência de um **motivo extratributário**, não necessariamente relacionado ao “*business purpose* (conceito que advém da experiência americana e que se vincula à ideia de empreendimento)”<sup>7</sup>, mas sim a uma **causa extraordinária**, que “pode ser uma razão familiar, política, de mudança do regime jurídico das importações, de alteração do quadro referencial em que se posicionava a atividade da empresa etc.”<sup>8</sup>.

Entendo que o conceito de propósito negocial, tal como tem sido aplicado pela doutrina e pela jurisprudência, não pode ser exigido como condição à validade das operações realizadas pelo contribuinte, pelos **três motivos** que descrevo brevemente a seguir. Esse meu entendimento, vale destacar, não significa que os limites ao planejamento tributário sejam meramente formais, isto é, que quaisquer operações formalmente lícitas sejam oponíveis ao Fisco. Pelo contrário, entendo que a liberdade de auto-organização do contribuinte deve ser compatibilizada às demais normas e princípios estabelecidos pelo ordenamento jurídico, como os preceitos que “versam sobre a função social dos contratos, a boa-fé, a probidade e sobre a vedação ao enriquecimento sem causa”<sup>9</sup>.

O **primeiro motivo** pelo qual discordo da linha de raciocínio adotada no voto condutor decorre do fato de que, ao meu ver, é inadequada a “importação”, para o direito tributário pátrio, da chamada *business purpose doctrine*, que surgiu em contexto completamente diferente da realidade brasileira.

Conforme destaca Eurico Marcos Diniz de Santi ao criticar a forma como o instituto do propósito negocial tem sido aplicado no Brasil, o sistema tributário americano a) contém diversos mecanismos para que não “ocorram casos em que, num período curto de tempo, sem alteração legislativa ou jurisprudencial, o Fisco modifique seus critérios interpretativos”<sup>10</sup> e b) trata a autuação e o litígio como última medida. No Brasil, por outro lado, “o litígio é central no sistema”<sup>11</sup>, o que decorre, em muito, do grande volume de normas tributárias.

São exemplos desses mecanismos: a) o direito tributário americano permite a realização de acordos entre Fisco e contribuinte, evitando a surpresa e conferindo segurança jurídica às operações do contribuinte; b) diversos agentes da Receita Federal americana (“IRS” – Internal Revenue Service) participam do processo decisório, de modo que a decisão final é vista como a opinião do órgão, e não de um único fiscal; c) o IRS é subordinado a norma que torna seus atos inválidos caso tome decisões incoerentes ou meramente arrecadatórias; d) as instruções normativas (“regulations”) têm natureza de “lei delegada”, sendo válidas ainda que inovem dentro dos limites da lei que se propõem a regular, o que reduz os questionamentos por parte dos contribuintes; e) as regulations contêm exemplos práticos, auxiliando a compreensão por parte do contribuinte; f) quando uma matéria é uniformizada administrativa ou judicialmente, é publicada orientação geral (“revenue ruling”); g) as regulations geralmente são objeto de consulta pública prévia; h) a jurisprudência gera precedentes vinculantes para Fisco e contribuintes, o que, além de conferir segurança jurídica, mitiga o surgimento de litígios em

<sup>7</sup> GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2008, p. 226.

<sup>8</sup> GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2008, p. 226.

<sup>9</sup> CAVALCANTE, Miquerlam Chaves. O propósito negocial e o planejamento tributário no ordenamento jurídico brasileiro. In: **Revista da PGFN**. Ano I – Número 1 – 2011, p. 151. Disponível em <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/chaves.pdf>. Acesso em 10/03/2015.

<sup>10</sup> Kafka, alienação e deformidades da legalidade. Exercício do controle social rumo à cidadania fiscal. 1ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 228.

razão do risco de surgir precedente desfavorável; e i) as consultas podem ser apresentadas ao Fisco previamente à operação e são respondidas rapidamente.

Concluo minhas observações quanto ao “primeiro motivo” transcrevendo as palavras do festejado autor sobre a incompatibilidade da *business purpose doctrine* com a realidade brasileira.

*Desse modo, nos Estados Unidos o “propósito negocial” é fato construído conjuntamente pelo diálogo entre Fisco e contribuinte, garantindo segurança jurídica e impossibilitando que critérios posteriores invalidem operações realizadas no passado. Trata-se de perspectiva cultural muito distinta da RFB: na prática do IRS, o propósito negocial funciona como forma de proteger e blindar os atos de conciliação da Administração Tributária americana de ocasionais investidas dos controladores (por exemplo, Justiça, Ministério Público e sociedade); na prática brasileira de importação dessa noção, (...) o propósito negocial NÃO se presta ao sentido positivo de consolidar a operação, ao contrário, serve como argumento subjetivo e posterior para invalidar a operação do contribuinte.*

(...)

*Portanto, só faz sentido o critério do propósito negocial no contexto de um país que deixa clara sua interpretação da lei antes da ocorrência dos fatos, prevenindo os contribuintes que querem respeitar a lei e que não querem ser surpreendidos no futuro.*<sup>12</sup>

O **segundo motivo** consiste no fato de que, ao meu ver, o abuso de direito, que constitui a base do propósito negocial, por não ter sido positivado, não é aplicável ao direito tributário.

Corroborar a ideia de que o instituto em questão não encontra previsão na legislação pátria o fato de que em diversas oportunidades<sup>13</sup> o Congresso Nacional vetou a inserção, em nosso ordenamento jurídico, de dispositivo legal antielisivo que autorize a desconsideração, pela autoridade tributária, dos atos ou negócios jurídicos praticados licitamente, porém dotados de abuso de formas ou de direito.

Com efeito, a ausência de previsão legal torna extremamente subjetiva a aplicação da teoria do abuso na seara tributária, violando a segurança jurídica<sup>14</sup> – pois impede o contribuinte de agir preventivamente, deixando-o à mercê da atuação discricionária da

<sup>12</sup> Kafka, alienação e deformidades da legalidade. Exercício do controle social rumo à cidadania fiscal. 1ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 229-236 – grifos não originais.

<sup>13</sup> O projeto de lei complementar nº 77/99, posteriormente convertido na Lei Complementar nº 116/01, demonstrava a intenção de criar uma norma antielisiva, mas, ao ser submetido ao crivo do Congresso Nacional, o projeto foi modificado, tendo sido suprimidos os dispositivos que tratavam sobre abuso de forma jurídica ou de direito. Ato contínuo, foi editada a Medida Provisória nº 66/01, que propunha, em seus artigos 13 a 19, a regulamentação da chamada “norma geral antielisão”. Entretanto, quando da conversão da Medida Provisória na Lei nº 10.637/02, as disposições legais que tratavam sobre a regulamentação da desconsideração dos atos e negócios jurídicos com a finalidade de dissimulação do fato gerador foram excluídas do texto legal que viria a ser publicado. De tal forma, é possível verificar que as duas tentativas de introduzir norma contra o abuso de forma jurídica no ordenamento jurídico tributário foram rejeitadas.

<sup>14</sup> “A segurança jurídica, ao lado da justiça, é um dos pilares do sistema jurídico. A previsibilidade da tributação é um dos seus aspectos fundamentais.” (Acórdão nº 1101-000.835, Processo nº 16682.720233/2010-11, 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento, Rel. Conselheira Edeli Pereira Bessa, Sessão de

autoridade fiscal – e o princípio da estrita legalidade, pois, como dizia Geraldo Ataliba<sup>15</sup>, “toda ação pública tem por base e limite a lei.”

Nessa esteira, e na contramão do voto vencedor, que aplica expressamente a teoria do abuso ao caso concreto, concordo com o magistério de Alberto Xavier de que “a Constituição não prevê nenhuma restrição extrínseca por lei infraconstitucional à garantia da legalidade e da tipicidade da tributação, nem consente restrições à liberdade de contratar com fundamentos de natureza fiscal (...)”<sup>16</sup>. E continua:

*Caso a capacidade contributiva tivesse eficácia positiva, isto é, fosse fundamento autônomo, direto e imediato de tributação, independente da lei, para além da lei ou por sobre a lei, a tipicidade estaria rompida pela consequente formulação da norma em termos de implicação extensiva: o fato típico seria suficiente para fundar a tributação, mas deixaria de ser necessário, pois que fatos extratípicos reveladores de equivalente capacidade contributiva poderiam ensejar a constituição da obrigação tributária.*<sup>17</sup>

Este Conselho também já se pronunciou quanto à impossibilidade de aplicação da teoria do abuso na esfera tributária. A título de exemplo:

*DIREITO TRIBUTÁRIO. ABUSO DE DIREITO. AFASTAMENTO DA NÃO INCIDÊNCIA PELA AUTORIDADE FISCAL. LANÇAMENTO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.*

*Não há base no sistema jurídico brasileiro para a autoridade fiscal afastar a não incidência legal, sob a alegação de entender estar havendo abuso de direito. O conceito de abuso de direito é louvável e aplicado pela Justiça para solução de alguns litígios. Não existe previsão legal para autoridade fiscal utilizar tal conceito para efetuar lançamentos de ofício. O lançamento é vinculado a lei, que não pode ser afastada sob alegações subjetivas de abuso de direito.*

*PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. SIMULAÇÃO DE NEGÓCIOS. SUBSTANCIA DOS ATOS.*

*O planejamento tributário que é feito segundo as normas legais e que não configura as chamadas operações sem propósito comercial, não pode ser considerado simulação se há não elementos suficientes para caracterizá-la. Não se verifica a simulação quando os atos praticados são lícitos e sua exteriorização revela coerência com os institutos de direito privado adotados, assumindo o contribuinte as conseqüências e ônus das formas jurídicas por ele escolhidas, ainda que motivado pelo objetivo de economia de imposto.*

(Acórdão nº 2202-002.187, Processo nº 10680.726772/2011-88, 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento, Rel. Conselheiro Newton Cardoso, Sessão de 20/02/2013).

Também entendo inviável afirmar que a teoria do abuso encontra previsão no parágrafo único do artigo 116 do CTN, pois, conforme ensina Alberto Xavier, tal dispositivo “refere-se à figura da *simulação*, considerada na teoria geral do Direito como um dos vícios

<sup>15</sup> República e Constituição, 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 180.

<sup>16</sup> Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva. São Paulo: Dialética, São Paulo, 2002, p. 121.

<sup>17</sup> Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva. São Paulo: Dialética, São Paulo, 2002, p. 131.

VASCONCELOS, Assinado digitalmente em 01/04/2015 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente e

m 13/05/2015 por ALOYSIO JOSE PERCINIO DA SILVA

Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

que afetam o elemento *vontade* dos atos ou negócios jurídicos, a par do erro, do dolo, da coação e da reserva mental”<sup>18</sup>.

O **terceiro motivo**, por fim, consiste na impossibilidade de o princípio da solidariedade – que embasa a “teoria do abuso de direito” e, por consequência, o conceito de propósito negocial tal como aplicado pela teoria que fundamenta o voto vencedor – ser utilizado pelo Fisco como fundamento para não acatar economias tributárias decorrentes de operações realizadas pelo contribuinte.

Isso porque essa ideia finalística (“participar no rateio das despesas públicas”) atribuída por essa doutrina ao princípio da capacidade contributiva não está prevista em nenhum enunciado do ordenamento brasileiro e mais se assemelha ao texto da Constituição italiana<sup>19</sup> que, em seu artigo 53, assim dispõe sobre a capacidade contributiva:

*53. Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva.* (Tradução livre: Todos devem concorrer com as despesas públicas em razão de sua capacidade contributiva).

Marco Aurélio Greco entende que a capacidade contributiva atua no direito tributário de modo a permitir a tributação de um caso concreto com base em outros elementos que não aqueles compositores da regra-matriz de incidência. Isto é, ainda que um determinado sujeito realize fato jurídico situado fora do campo de incidência da norma tributária, a norma alcançaria esse fato, visando à construção de uma alegada sociedade mais justa e solidária, caso haja elementos que caracterizem a aptidão do sujeito para contribuir com as despesas públicas.

A impropriedade dessa abordagem reside na constatação de que, no Brasil, a capacidade contributiva é um importante critério informador da tributação, mas que deve moldar, tão somente, a *criação* da norma jurídica tributária, não a sua aplicação.

Ou seja, esse princípio incide no momento pré-jurídico de escolha das notas essenciais que irão compor a hipótese de incidência, e não no ato de aplicação de tais normas. Nessa segunda hipótese, vale destacar, seria permitido o arbítrio da Administração tributária, que, diante do desvio (intencional ou não) legítimo da conduta do contribuinte para evitar a incidência de um determinado tributo, exigiria o recolhimento não mais escorada na realização do fato jurídico tributário, mas sim nas necessidades arrecadatórias.

Humberto Ávila, em valoroso artigo sobre a impossibilidade da incidência tributária ocorrer com supedâneo exclusivo no princípio da solidariedade, assim se manifestou:

*O Estado não pode justificar a tributação com base direta e exclusiva no princípio da solidariedade social. Isso porque o poder de tributar, na Constituição brasileira, foi delimitado, de um lado, por meio de regras que descrevem os aspectos materiais das hipóteses de incidência e, de outro, por meio da técnica da divisão de competências em ordinárias e residuais.*<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva. São Paulo: Dialética, 2002, p. 52.

<sup>19</sup> O que parece ser denunciado pela seguinte afirmação de Marco Aurélio Greco: “Desta ótica, uma vez que a capacidade contributiva, *como o demonstram os estudos da doutrina italiana*, é identificada no âmbito da descrição do pressuposto de fato contido na lei (ou da atuação no mercado), a eficácia do princípio da capacidade contributiva não está ligada apenas à existência de uma previsão legal apta a descrever esta manifestação. A eficácia do princípio da capacidade contributiva está em assegurar que todas as manifestações daquela aptidão sejam efetivamente atingidas pelo tributo.” *Planejamento tributário*, p. 201. Destaque não original.

<sup>20</sup> Limites à Tributação com Base na Solidariedade Social. In: “Solidariedade Social e Tributação”, p. 69.

A despeito das minhas ressalvas acima quanto à exigência de um propósito negocial para que os efeitos fiscais das operações realizadas sejam oponíveis ao Fisco, registro haver constatado a efetiva existência de “motivação extratributária” no caso destes autos. Vejamos.

Com a devida vênia, discordo do Ilustre Relator quando afirma que os julgadores apenas podem analisar o propósito negocial existente “dentro” da estrutura implementada pelo contribuinte, devendo ser ignoradas as outras estruturas que poderiam ser utilizadas, mas não foram. Ora, se o contribuinte demonstra ter utilizado a única estrutura viável e conveniente à consecução de seus objetivos, esse contexto não pode ser ignorado pelos julgadores, pois compõe o universo de motivos reais e não unicamente fiscais que levaram o contribuinte a realizar determinados atos.

A bem da verdade, é exatamente essa a **essência** do planejamento tributário, ou seja, em um primeiro momento o contribuinte mapeia todas as alternativas existentes dentro do campo das condutas permitidas, em seguida analisa a conveniência de cada uma delas e, ao final, implementa aquela que melhor se adequa aos objetivos visados.

Ora, os motivos, nas palavras de Diógenes Gasparini “são as circunstâncias do mundo real que devem ser levadas em consideração para o agir”<sup>21</sup>, ou seja, englobam o contexto e não os atos considerados isoladamente.

Deixar de lado o contexto que levou o contribuinte a implementar determinada estrutura, portanto, impede a correta análise dos *motivos*, das *causas* que o levaram a realizar determinados atos, o que, conforme ressaltado pela melhor doutrina, é imprescindível para verificar se um determinado planejamento tributário é oponível ao Fisco.

Sendo assim, entendo que **as estruturas alternativas demonstradas pelo contribuinte corroboram, sim, o propósito negocial** subjacente às operações realizadas. E mais, ao fundamentar a autuação na inexistência do propósito negocial, a fiscalização induz o contribuinte a explicitar exatamente esses motivos que embasaram a operação questionada.

Superada essa primeira questão, cumpre analisar o propósito negocial demonstrado pelo contribuinte dentro da própria estrutura implementada, argumento esse que também não foi acolhido pelo Relator.

Ao meu ver, quando o contribuinte pratica uma conduta proibida pelo ordenamento jurídico sequer há que se falar em planejamento tributário, pois esse ato será indiscutivelmente ilícito.

Nessa esteira, discordo, com a devida vênia, da afirmação feita pelo Ilustre Relator de que não foi comprovado pela contribuinte o propósito negocial porque não havia norma que *obrigasse* a investidora estrangeira a realizar o investimento de forma indireta.

Isso porque, ao meu ver, **descabe dizer de exercício do direito de auto-organização no campo do obrigatório, de modo que a exigência estabelecida pelo Relator para que a operação realizada seja oponível ao Fisco é logicamente incompatível com a natureza do planejamento tributário.**

É importante destacar, ainda, que a conduta **permitida** está em espaço juridicamente qualificado pelo direito. Assim, para o particular, tudo aquilo que não estiver

proibido ou obrigado pelo direito, estará permitido pelo ordenamento em virtude da liberdade de iniciativa e do direito de propriedade.<sup>22</sup>

É exatamente nesse sentido o que Claudemir Rodrigues Malaquias destacou em seu artigo “A Questão da Prova no Planejamento Tributário”<sup>23</sup>. De acordo com as palavras do autor, ex-Conselheiro desta Casa, a comprovação do propósito negocial “tem por base os modais deônticos do direito. Ou seja, a conduta deve ser qualificada e, naturalmente, provada como ‘permitida’, ‘obrigatória’ ou ‘proibida’.”

Pela pertinência, transcrevo as percucientes palavras do autor:

*No âmbito das relações privadas, prevalece a regra da permissão, delimitada pela regra da proibição. Assim, tudo será permitido, desde que não haja disposição expressa estabelecendo que algo seja proibido. Na seara tributária, portanto, é permitido aos contribuintes realizar atos e negócios conforme seus interesses, desde que suas condutas não afrontem a lei direta ou indiretamente. A partir do nascimento da obrigação tributária, com a ocorrência do fato impositivo previsto na norma impositiva, **deixar de pagar o tributo devido é conduta proibida**, inclusive quando os elementos da obrigação forem descaracterizados pela prática de atos ou negócios jurídicos simulados ou fraudulentos, envolvidos num planejamento tributário.*

*Nestas situações, o planejamento deve ser qualificado como ilícito, uma vez que resta demonstrada a explícita violação da lei. **Se, porém, inexistirem elementos probatórios de sua ilicitude, este deve ser considerado lícito**, ou seja, qualificado como elisão fiscal e, portanto, ‘**permitido**’ pelo sistema tributário. O ordenamento não prevê a possibilidade de que um ato ou negócio jurídico seja qualificado entre o ‘permitido’ e o ‘proibido’. Daí porque o planejamento, visto a partir de suas operações como um todo, se não for considerado lícito, deve ser inexoravelmente qualificado como ilícito, ainda que seus atos e negócios individualmente possam ser considerados legítimos.*<sup>24</sup>

Raciocínio semelhante foi adotado por Marco Aurélio Greco ao tratar sobre as normas indutoras, isto é, que conferem opções ao contribuinte (v.g. optar pela apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL conforme o regime do lucro presumido ou o do lucro real). Quando o contribuinte apenas escolhe uma das possibilidades criadas pelo legislador, evidentemente, não existe planejamento tributário, mas mera opção pelo regime tributário mais conveniente. Vejamos:

*Várias críticas foram dirigidas a tal posicionamento, das quais destaco três. A primeira, que se encontra em Luciano Amaro, é no sentido de*

<sup>22</sup> É o que Marco Aurélio Greco chama de *norma geral exclusiva*: “O tema assume, porém, maior complexidade quando verificamos que, em matéria tributária, a norma geral exclusiva (segundo a qual a hipótese não prevista deve ser considerada fora do alcance da incidência tributária) é a *proteção constitucional ao patrimônio e a liberdade de se organizar*: se o contribuinte é livre e o caso não está previsto em norma específica, então seu patrimônio não é atingido pela incidência.” *Planejamento tributário*, p. 174. No entanto, o autor considera existir a *norma geral inclusiva* que, como já disse, seria a capacidade contributiva de natureza finalística para a construção de uma sociedade solidária. Diante da lacuna da lei, o intérprete teria de escolher entre a aplicação de uma (exclusiva) ou outra (inclusiva).

<sup>23</sup> In: *Planejamento fiscal*, Vol. III, Coord. Pedro Anan Jr., São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 183.

<sup>24</sup> In: *Planejamento fiscal*, Vol. III, Coord. Pedro Anan Jr., São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 183.

*que a tese por mim defendida implicaria levar o contribuinte a sempre ter de optar pelo pagamento do maior imposto possível, quando, muitas vezes, é o próprio legislador que 'estimula a utilização de certas condutas'. Neste ponto, com a devida vênia, creio que o enfoque a ser dado não é exatamente este. Realmente, se o próprio legislador estimula certas condutas, não se trata de tema de planejamento, mas sim de extrafiscalidade e de realização das condutas que a própria legislação entende desejáveis ou então de opções fiscais. Por outro lado, se a própria legislação atribui expressamente ao contribuinte a possibilidade de escolher entre dois ou mais regimes tributários, dentre os quais um pode ser mais vantajoso para o contribuinte, a figura também não é de planejamento fiscal, mas sim de exercício de prerrogativa legalmente assegurada, o que a doutrina estuda sob o título de 'opção fiscal' (...).<sup>25</sup>*

Concluo, dessa forma, que a dedutibilidade da despesa correspondente à amortização do ágio não pode ser afastada sob o argumento de que essa redução da carga tributária decorreu de operações desprovidas de propósito negocial.

ii. Usufruto

Conforme relatado, a Fiscalização glosou o valor de R\$324.900.000,00 por entender que, quando da aquisição da participação societária pela UBS Brasil Participações, o valor contábil do patrimônio líquido do Banco Pactual era de R\$1.153.225.211,81, e não de R\$828.325.211,81.

A recorrente, por sua vez, afirmou que essa diferença de R\$324.900.000,00 corresponde aos dividendos e juros sobre capital próprio (a) calculados tendo como referência período anterior à celebração do Contrato de Compra e Venda de 2006 e (b) que, nos termos desse contrato, pertenciam aos vendedores da participação societária, e não à UBS Brasil Participações, razão pela qual seus valores foram excluídos do valor contábil do patrimônio líquido do Banco Pactual. Ainda de acordo com as alegações da recorrente, como tais valores não foram pagos antes da transferência das ações à UBS Brasil Participações, na cláusula 6.13 do Contrato de Compra e Venda de 2006 foi constituído, em benefício dos vendedores, usufruto sobre todas as ações do Banco Pactual.

Com a devida vênia ao voto do I. Relator, entendo que o valor correspondente aos dividendos e aos juros sobre capital próprio **compôs o custo de aquisição da participação societária**, de modo que, mesmo na hipótese de o valor contábil do patrimônio líquido do Banco Pactual ser registrado por R\$1.153.225.211,81, seria necessário contabilizar a obrigação de pagar R\$324.900.000,00 aos vendedores. Nesse cenário, portanto, haveria um complemento de R\$324.900.000,00 no preço de aquisição do Banco Pactual, razão pela qual o valor do ágio, de R\$4.415.294.794,55, permaneceria o mesmo.

Entendo improcedente, portanto, a glosa do valor de R\$324.900.000,00.

iii. Valor do ágio efetivamente pago

Na esteira do relatório e do voto condutor, o Contrato de Compra e Venda estabelecia o pagamento em duas parcelas:

- A primeira, no valor de R\$920 milhões, foi paga no dia 1º/12/2006 mediante transferências bancárias realizadas pela UBS Brasil Participações aos vendedores de ações do Banco Pactual. Esse pagamento é incontroverso, pois foi reconhecido pela própria Fiscalização; e
- A segunda, diferida para cinco anos após o fechamento da operação e cujo valor seria definido da seguinte forma:

CLÁUSULA 1.3. Pagamento Diferido (a) Sujeito aos termos e condições aqui previstos, na data especificada na Cláusula 1.4 (d), a Controladora ou, se a Reorganização estiver concluída antes do Fechamento, os Sócios deverão ter direito a receber, como contraprestação adicional pela Compra de Ações, um valor igual a:

(i) (x) US\$ 1,48 bilhão (sujeito ao reajuste conforme previsto na Cláusula 1.4(e)), se o Lucro Líquido Cumulativo antes do Imposto de for maior ou igual a zero e o Aumento das Receitas Cumulativas for maior do que zero;

(y) US\$ 740 milhões (sujeito ao reajuste conforme previsto na Cláusula 1.4(e)), se o Lucro Líquido Cumulativo antes do Imposto for menor do que zero; ou

(z) US\$ 1,184 bilhão (sujeito ao reajuste conforme previsto na Cláusula 1.4(e)), se o Lucro Líquido Cumulativo antes do Imposto for maior ou igual a zero, mas o Aumento das Receitas Cumulativas for (ou for considerado de acordo com sua definição) zero (o valor a ser pago em decorrência desta cláusula (i), o ‘Valor Base do Pagamento Diferido’); menos

(ii) o Valor a Compensar.

Registro, inicialmente, que a “compensação” realizada quando da operação de venda/recompra do Banco Pactual, em 11/05/2009, configura pagamento de preço<sup>26</sup>. Essa conclusão também foi alcançada por Humberto Ávila ao emitir parecer, publicado na Revista Dialética de Direito Tributário, sobre o aproveitamento de ágio: “a aquisição de participação acionária pode ser feita de várias formas, sem deixar de ser uma aquisição. (...) O fato de a participação societária não ter sido adquirida em dinheiro não quer dizer que ela não tenha conteúdo econômico nem que ela não tenha existido. A aquisição de ativo não deixa de ser uma aquisição, nem o ativo deixa de ser um ativo, porque não foi pago em dinheiro vivo”<sup>27</sup>.

Entendo, contudo, que, até a realização de tal compensação, em 11/05/2009, a recorrente não poderia ter amortizado a parcela do ágio correspondente ao pagamento de US\$740 milhões, que corresponde à diferença entre US\$1,48 bilhão (valor máximo do pagamento diferido) e US\$740 milhões (valor mínimo do pagamento diferido), pelos seguintes motivos.

De acordo com o CPC 25, aprovado pela Deliberação CVM 594/09, “passivo é uma obrigação presente da entidade, derivada de eventos já ocorridos, cuja liquidação se espera que resulte em saída de recursos da entidade capazes de gerar benefícios econômicos.”

Esse conceito engloba as provisões e as contas a pagar, as quais decorrem da existência de uma obrigação presente, que será (a) legal, quando decorrente de previsão contida

<sup>26</sup> *Esse preço, repita-se, pode dar-se em “moeda” diversa a dinheiro, como ações emitidas pela companhia incorporadora de ações, como já descrito, no caso de incorporação de ações.* (TAKATA, Marcos Shiguelo. *Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções Necessárias.* In: **Controvérsias Jurídico-Contábeis**. Coordenadores Roberto Quiroga Mosquera, Alexsandro Broedel Lopes. 3º Volume. São Paulo: Dialética, 2012, p. 211)

<sup>27</sup> *Ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura. Empresas do mesmo grupo. Aquisição mediante conferência em ações. Direito à amortização. Licitude formal e material do planejamento.* In: RDDT nº 205, p. 182.

em contrato ou na legislação ou (b) não formalizada, quando a entidade cria expectativas válidas de que cumprirá determinadas obrigações.

Ou seja: a existência de uma determinada obrigação legal, como é o caso das obrigações decorrentes do Contrato de Compra e Venda celebrado em 2006, poderá gerar tanto o registro de provisão como o registro de contas a pagar<sup>28</sup>.

O fato de o pagamento no valor de US\$1,48 bilhão ter sido condicionado à verificação, após cinco anos, de lucro líquido cumulativo antes do IRPJ, maior ou igual a zero e de aumento das receitas cumulativas, ao meu ver, impedia a classificação de tal valor, em 1º/12/2006, como contas a pagar, que, nos termos do CPC 25, “são passivos a pagar por conta de bens ou serviços fornecidos ou recebidos e que tenham sido faturados ou formalmente acordados com o fornecedor”.

A leitura desse conceito indica que as contas a pagar têm a incondicionalidade como característica, isto é, não estão condicionadas à ocorrência de evento futuro e, ou, incerto. Pelo contrário, o adimplemento das obrigações lançadas em tal conta pode ser exigido imediatamente pelo credor, o que não poderia ocorrer em 1º/12/2006 em relação ao valor de US\$1,48 bilhão.

Diante dessa situação de indefinição, entendo que o pagamento desse valor amoldava-se, em 1º/12/2006, ao conceito de provisão, sendo indedutível por força do art. 13, I da Lei nº 9.249/95<sup>29</sup>. Dessa forma, a parcela do ágio decorrente de tal pagamento apenas poderia ter sido deduzida após 11/05/2009, quando foi efetivamente paga mediante encontro de contas.

Das considerações acima extrai-se também a conclusão de que foi correta a amortização, a partir de 1º/12/2006, do ágio correspondente ao valor mínimo de US\$740 milhões, pois esse pagamento não foi condicionado à performance do Banco Pactual, devendo obrigatoriamente ser pago após o prazo de cinco anos. Entendo possível, assim, afirmar que tal valor correspondia, já em 2006, a *contas a pagar* da recorrente.

Sobre tais fundamentos, entendo que deve ser afastada a glosa da despesa correspondente à amortização do ágio até o limite que decorre dos pagamentos da primeira parcela e ao valor mínimo do pagamento diferido.

#### *iv. Comprovação do fundamento econômico*

<sup>28</sup> Nesse sentido, confira-se as críticas tecidas por Sérgio de Iudicibus, Eliseu Martins, Ernesto Rubens Gelbcke e Ariovaldo dos Santos ao exemplo 4-a do anexo II da NPC 22 do IBRACON, aprovada pela Deliberação CVM nº 489/05: “Ao afirmar que se trata o caso de uma obrigação legal e não de uma provisão, foi criada, no nosso entender, uma ideia inexistente na norma: a de que uma obrigação de natureza legal não pode ser reconhecida como provisão, ou então não pode ser considerada de natureza possível ou remota, e sim tem que, obrigatoriamente, ser registrada como passivo líquido e certo, a pagar, independentemente da característica de probabilidade de desembolso futuro. E isso contraria frontalmente o texto da própria norma, como já visto.” (Manual de Contabilidade Societária. Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras, FEA/USP. São Paulo: Atlas, 2010, p. 342).

<sup>29</sup> Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:

I - de qualquer provisão, exceto as constituídas para o pagamento de férias de empregados e de décimo-terceiro salário, a de que trata o art. 43 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, e as provisões técnicas das companhias de seguro e de capitalização, bem como das entidades de previdência privada, cuja constituição é exigida pela legislação especial a elas aplicável; (Vide Lei 9.430, de 1996).

Por fim, registro meu entendimento de que o laudo de avaliação apresentado à Fiscalização é suficiente para demonstrar o fundamento econômico do ágio, pois, a despeito de ter sido elaborado após o fechamento da operação, foi preparado com base nos estudos internos realizados pelo Grupo UBS anteriormente à aquisição da participação societária.

Na verdade, ainda que não houvesse sido elaborado o referido laudo de avaliação, os estudos realizados pelo Grupo UBS visando a verificar a expectativa de rentabilidade futura do investimento no Banco Pactual seriam **suficientes** para demonstrar o fundamento econômico do ágio. São nesse sentido as palavras de Luís Eduardo Schoueri:

*Não cuidou o legislador de disciplinar a forma como a fundamentação deveria ser comprovada. O texto do parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977 é singular, determinando a indicação do fundamento do ágio por ocasião de sua contabilização. O parágrafo 3º complementa-o, ao deixar a cargo do contribuinte o ônus da prova (...).*

*A expressão “demonstração” é bastante ampla. Não se indica como se faz a prova. Basta que se demonstrem o lançamento e seus fundamentos.*

*A falta de disciplina legal do tema leva à conclusão de que o contribuinte tem ampla liberdade na forma como comprovará a fundamentação adotada. O legislador impõe que se indique o fundamento por que houve o pagamento do preço, sendo rigoroso quanto ao seu aspecto temporal (no momento da aquisição, já se deve fazer o desdobramento, indicando o fundamento do ágio) mas silenciando quanto à forma. (...)*

*Daí que o laudo de avaliação, normalmente exigido pelas autoridades tributárias e examinado nos julgamentos administrativos, nada mais é que um dos elementos de que se pode valer o sujeito passivo para comprovar o motivo determinante do pagamento do ágio.<sup>30</sup>*

Em virtude de interpretação restritiva e, ao meu ver, equivocada, do texto da lei, este Conselho já decidiu diversas vezes que a fundamentação econômica do ágio não deve ser comprovada necessariamente por laudo de avaliação, mas apenas por documentos comprobatórios contemporâneos à operação dos quais se extraia o fundamento para a decisão de pagar o sobrepreço. A título de exemplo, transcrevo as ementas a seguir:

*ÁGIO. FUNDAMENTO. DEMONSTRAÇÃO CONTEMPORÂNEA AOS FATOS. NECESSIDADE. A lei exige que o lançamento do ágio com base no valor de mercado ou na expectativa de rentabilidade futura seja baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração. Não há a exigência de que a comprovação se dê por laudo, mas por qualquer forma de demonstração, contemporânea aos fatos, que indique por que se decidiu por pagar um sobrepreço. (Acórdão nº 1102-001.182, de 27 de agosto de 2014, 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento, Relator Conselheiro José Evande Carvalho Araujo);*

*Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 RECURSO DE OFÍCIO. AMORTIZAÇÃO DE DESÁGIO EM INCORPORAÇÃO. Para que seja atribuído ao deságio o fundamento econômico de rentabilidade futura negativa do investimento, o valor respectivo deve estar fundamentado em laudo ou em alguma demonstração de caráter econômico, conforme exigência do próprio art. 385, § 3º do RIR/99. Recurso de ofício negado. (Acórdão nº 1102-001.084, de 09 de abril de 2014, 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento, Relator Conselheiro Antonio Carlos Guidoni Filho);*

*Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 ÁGIO. FUNDAMENTO. DEMONSTRAÇÃO CONTEMPORÂNEA AOS FATOS. NECESSIDADE. A lei exige que o lançamento do ágio com base no valor de mercado de bens do ativo ou na expectativa de rentabilidade futura seja baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração. Não há a exigência de que a comprovação se dê por meio de um laudo, contudo, a referida demonstração deve ser contemporânea aos fatos, e estar lastreada em elementos de prova coerentes e adequados, que permitam corroborar a justificativa do fundamento que foi indicado para se pagar o sobrepreço. (Acórdão nº 1102-001.104, de 07 de maio de 2014, 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento, Relator Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé);*

*ÁGIO. FUNDAMENTO. DEMONSTRAÇÃO CONTEMPORÂNEA AOS FATOS. NECESSIDADE. A lei exige que o lançamento do ágio com base no valor de mercado ou na expectativa de rentabilidade futura seja baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração. Não há a exigência de que a comprovação se dê por laudo, mas por qualquer forma de demonstração, contemporânea aos fatos, que indique por que se decidiu por pagar um sobrepreço. Caso em que se demonstrou que o ágio foi pago com base na expectativa de resultados futuros, tanto por documentos contemporâneos ao investimento, quanto por laudo elaborado posteriormente com base em informações da época. (Acórdão nº 1102-001.018, de 12 de fevereiro de 2014, 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento, Relator Conselheiro José Evande Carvalho Araujo); e*

*A existência de documento (demonstrativo ou laudo) que contemple por metodologia o valor dos ativos em razão de rentabilidade futura permite que a contribuinte realize o aproveitamento do ágio apurado. (Acórdão nº 1201-00.689, de 08 de maio de 2012, 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento, Relator Conselheiro Rafael Correia Fuso)*

Nessa esteira, conclui-se que a fundamentação econômica do ágio por expectativa de rentabilidade futura foi comprovada documentalmente.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 01/04/2015 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 02/04/2015

5 por EDUARDO MARTINS NEIVA MONTEIRO, Assinado digitalmente em 01/04/2015 por BRENO FERREIRA MARTINS

VASCONCELOS, Assinado digitalmente em 01/04/2015 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em

13/05/2015 por ALOYSIO JOSE PERCINIO DA SILVA

Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 16682.720614/2012-61  
Acórdão n.º **1103-001.102**

**S1-C1T3**  
Fl. 4.723

---

### Conclusão

Pelo exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário, para afastar a glosa da despesa correspondente à amortização do ágio até o limite que decorre dos pagamentos da primeira parcela e ao valor mínimo do pagamento diferido.

É o meu voto.

(assinado digitalmente)

Breno Ferreira Martins Vasconcelos

**Declaração de Voto**

Conselheiro Marcos Shigueo Takata.

Rendo minhas homenagens ao ilustre relator, a quem peço vênias para divergir sobre algumas questões.

Princípio com a questão do valor do ágio amortizável tributariamente.

*i - Usufruto*

Quer se cuide de usufruto (direito real) temporário das ações, quer se cuide de direito obrigacional aos frutos (eficácia somente entre vendedores e comprador), o valor do usufruto ou do “usufruto” (mero direito pessoal) não pode compor o ágio. É como entendo.

A cláusula 6.13 (b) e (c) do contrato de compra e venda já previa o pagamento de valor equivalente a US\$ 150 milhões, a título de dividendos e de juros sobre o capital próprio pela investida (Banco Pactual) para os vendedores, a ser determinado em 30/6/06.

No caso, foram deliberados, pouco após ser firmado o contrato de aquisição do Banco Pactual pela UBS Brasil Participações, R\$ 290.734.000,00 de dividendos e R\$ 40.195.294,12 de juros sobre o capital próprio (JCP), que foram pagos ou transferidos para os vendedores. *I.e.*, o total de frutos deliberados, após ser firmado o contrato de venda do Banco Pactual e pagos ou transferidos aos vendedores, foi de R\$ 324.900.000,00.

Trata-se de valor que deveria ser reconhecido como DEP (despesa de equivalência patrimonial). No momento da aquisição, deveria ser constituída uma conta redutora do VP (valor patrimonial) do investimento, em contrapartida a uma conta de despesa a ser apropriada – DEP a apropriar. Com a concreção dos eventos (ou seja, com a deliberação de distribuição dos frutos: JCP e dividendos), a conta redutora sobre o VP do investimento deveria ser baixada contra a diminuição do VP do investimento; e a conta de DEP a apropriar ser baixada contra despesa efetiva (DEP). Os lançamentos contábeis podem ser exemplificados dessa forma:

Débito – DEP a apropriar (conta do ativo, transitória) x

a Crédito – VP a reduzir (conta redutora do investimento) x

Com a deliberação da distribuição dos JCP e dos dividendos:

Débito – DEP (despesa de equivalência patrimonial) x

a Crédito – DEP a apropriar x

e

Débito – VP a reduzir x

a Investimento (VP) x

Note-se que quem paga os JCP e os dividendos é a investida adquirida, e não a compradora investidora.

Ou, tendo-se já deliberado aquele valor no momento em que a aquisição ganhou eficácia (momento da ativação do investimento adquirido), deveria ser reduzido o valor do ágio (“inchado” com o valor equivalente aos dos dividendos e JCP deliberados), em contrapartida a despesa – claro, na medida em que esse valor foi ativado como parte do ágio. Neste caso, o lançamento pode ser exemplificado assim:

Débito – Despesa indedutível	x
a Crédito – Ágio	x

O tratamento é símile ao da redução de investimento pelos lucros ou dividendos recebidos até seis meses da aquisição de investimento avaliado por custo de aquisição, sem repercussão no resultado (art. 380 do RIR/99). A diferença, aqui, é, além de o investimento ser avaliado por MEP, os valores de dividendos e de juros sobre o capital próprio necessariamente terem de transitar por resultado (pois são atribuíveis ou transferíveis aos vendedores), sem repercussão tributária (= indedutível a despesa).

Sucede que o *VP cheio*, bem ou mal, *faz parte da avaliação do valor econômico* do investimento. Não poderia o valor de VP a ser reduzido por distribuição de JCP e de dividendos equivaler a aumento do ágio por expectativa de rentabilidade futura do investimento.

ii – Valor e pagamento diferido e sua composição ou não no valor do ágio

Por outro lado, a cláusula 1.3 (i) do contrato de compra e venda de 9/5/06 previa um valor diferido que poderia chegar a US\$ 1,48 bilhão relativo ao preço de venda do investimento. Desse montante, somente era certo o valor diferido de US\$ 740 milhões, conforme a cláusula 1.3 (i) (y) do contrato de compra e venda:

*CLÁUSULA 1.3. Pagamento Diferido (a) Sujeito aos termos e condições aqui previstos, na data especificada na Cláusula 1.4 (d), a Controladora ou, se a Reorganização estiver concluída antes do Fechamento, os Sócios deverão ter direito a receber, como contraprestação adicional pela Compra de Ações, um valor igual a:*

*(i) (x) US\$ 1,48 bilhão (sujeito ao reajuste conforme previsto na Cláusula 1.4(e)), se o Lucro Líquido Cumulativo antes do Imposto de for maior ou igual a zero e o Aumento das Receitas Cumulativas for maior do que zero;*

*(y) US\$ 740 milhões (sujeito ao reajuste conforme previsto na Cláusula 1.4(e)), se o Lucro Líquido Cumulativo antes do Imposto for menor do que zero; ou*

*(z) US\$ 1,184 bilhão (sujeito ao reajuste conforme previsto na Cláusula 1.4(e)), se o Lucro Líquido Cumulativo antes do Imposto for maior ou igual a zero,*

*mas o Aumento das Receitas Cumulativas for (ou for considerado de acordo com sua definição) zero (o valor a ser pago em decorrência desta cláusula (i), o 'Valor Base do Pagamento Diferido'); menos*

*(ii) o Valor a Compensar.*

O que se extrai, na essência, é que a parcela de US\$ 740 milhões é parte certa do preço, com pagamento diferido, sendo a parcela que a excede para se chegar em US\$ 1,184 bilhão e para se chegar em US\$ 1,48 bilhão ("teto" máximo), sujeita a variáveis de performance do investimento adquirido, até 2011, conforme a cláusula 1.4 do contrato de compra e venda do investimento.

Ainda, *na essência*, o valor a compensar cuida de subcláusula resolutiva de parte do preço com pagamento diferido, *i.e.*, se e no montante que se concretizar (no limite da parte do preço de solvência diferida) se reduz a parte de tal preço. Até lá, eficaz o preço nos termos postos.

Bem verdade que em 11/5/2009, por ocasião da nova venda do investimento para o antigo vendedor, houve o adimplemento da parcela do preço (com pagamento diferido) dependente de performance no "teto" máximo, ou seja, de US\$ 1,48 bilhão, conforme as cláusulas 1.2 e 9.1 do contrato de nova venda do investimento:

*O PRESENTE CONTRATO DE VENDA E COMPRA ALTERADO E CONSOLIDADO (conforme periodicamente alterado, aditado, consolidado ou de outra forma modificado, este 'Contrato') é celebrado em 11 de maio de 2009 por e entre a BTG INVESTMENTS LP, uma sociedade em comandita simples constituída de acordo com as leis das Bermudas ('Adquirente'), UBS AG, uma sociedade limitada por ações (Aktiengesellschaft) constituída de acordo com as leis da Suíça ('Vendedor Um'), UBS Brasil Investimentos Ltda, uma sociedade limitada constituída de acordo com as leis do Brasil ('Vendedor Dois'), UBS Internacional Holdings BV, uma sociedade privada de responsabilidade limitada (besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid) constituída de acordo com as leis dos Países Baixos ('Vendedor Três') e Waburco Nominees Ltd, uma sociedade de responsabilidade limitada constituída na Inglaterra e no País de Gales ('Vendedor Quatro', e em conjunto com o Vendedor Um, Vendedor Dois e Vendedor Três, os 'Vendedores').*

#### PREÂMBULO

*CONSIDERANDO QUE o Vendedor Um, Vendedor Dois, Vendedor Três e Vendedor Quatro detêm conjuntamente todo o capital social emitido e em circulação e os direitos de voto do Banco UBS Pactual S.A, uma sociedade anônima constituída de acordo com as leis do Brasil ('Guigal');*

*CONSIDERANDO QUE, (i) de acordo com um Contrato de Venda e Compra, datado de 9 de maio de 2006 (conforme periodicamente alterado, aditado, consolidado ou de outra forma modificado, o 'SPA Original'), por e entre o Vendedor Um, Pactual S.A, uma sociedade anônima constituída de acordo*

com as leis do Brasil, e os indivíduos listados no Anexo I ao referido instrumento (individualmente, um 'Sócio' e, conjuntamente, os 'Sócios'), o **Vendedor Um e outras pessoas jurídicas controladas pelo Vendedor Um adquiriram a totalidade do capital social emitido e em circulação e os direitos de voto do Guigal**, e (ii) de acordo com um Contrato de Depósito em Garantia, datado de 1º de dezembro de 2006 (conforme periodicamente alterado, aditado, consolidado ou de outra forma modificado, o 'Contrato de Depósito em Garantia'), por e entre o Vendedor Um, The Bank of New York e certos representantes dos Sócios nele nomeados, determinadas quantias foram depositadas em garantia.

[...].

**"CLÁUSULA 1.2 Pagamento no Fechamento. Em troca das Ações do Guigal transferidas ao Adquirente no fechamento, o Adquirente deverá, no Fechamento e sujeito aos termos e condições do presente instrumento, pagar aos Vendedores (em conformidade com seus respectivos Percentuais de Pagamentos aos Vendedores) um valor em dinheiro equivalente a US\$ 2.475.000.000,00 menos o Valor Total do Pagamento Diferido Descontado menos o Valor Total da Dívida Descontada do UBS (cuja redução está sendo realizada em decorrência da assunção de determinados obrigações pelo adquirente) mais o Valor do Pagamento Diferido Descontado dos Sócios Dissidentes menos o Valor Descontado de Retenção menos o Valor do Pagamento Posterior (o "Pagamento em Dinheiro no Fechamento") através de transferência eletrônica de fundos imediatamente disponíveis a uma ou mais contas mantidas pelo Vendedor UM, Vendedor Dois, Vendedor Três e Vendedor Quatro em um banco comercial designado pelos Vendedores, por escrito, no mínimo, dois Dias Úteis antes da Data de Fechamento.**

[...]

**CLÁUSULA 9.1 Outras Definições.** Os termos a seguir, utilizados neste Contrato terão os seguintes significados:

(a) **'Coligada'** significa, com relação a qualquer Pessoa, qualquer outra Pessoa que, diretamente ou através de um ou mais intermediários, controle, seja controlada por ou esteja sob o controle comum com a Pessoa especificada, incluindo, no caso do Guigal, os Fundos Exclusivos.

(b) **'Pagamento Total'** significa a soma do (i) Pagamento em Dinheiro no Fechamento e (ii) Pagamento Posterior.

(c) **'Valor do Pagamento Diferido Total'** significa US\$ 1,48 bilhões.

(d) **'Valor Total do Pagamento Diferido Descontado'** significa o Valor do Pagamento Diferido Total, conforme este valor seja descontado a partir de 1º de julho de 2011 ao seu valor presente na data do Fechamento, utilizando uma taxa de desconto da LIBOR para Um Mês na Data de Fechamento mais 100 pontos básicos ao ano."

Houve, efetivamente, o adimplemento da parcela do preço com pagamento diferido, pelo “teto” máximo (dependente de performance), conquanto se tenha dado por compensação (forma de solução de dívida positiva, e que economiza os fluxos financeiros recíprocos). Também, nesse momento, houve o desconto de valor a compensar de US\$ 120 milhões. Tudo isso, porém, ocorreu – além de se tornar certo – somente em 2009. Ainda, isso ocorreu no momento em que o investimento deixou de ser do adquirente original (e passou a ser do vendedor original, pela nova compra e venda feita em 2009).

Por tudo isso, o que é certo como valor a compor o ágio é a parcela do preço com pagamento diferido de US\$ 740 milhões. É, como disse, o que se extrai na essência.

De outra parte, a cessão de dívida da UBS Participações para a UBS Brasil Investimentos, em 4/12/06, de R\$ 3.205.680.000,00, correspondente ao valor de saldo devedor registrado na adquirente do preço de aquisição do investimento no Banco Pactual, não representa quitação das parcelas certa e incerta da dívida diferida do preço de aquisição do investimento.

Em contrapartida à referida cessão de dívida a UBS Brasil Investimentos se tornou credora da UBS Participações, promovendo-se o aumento de capital dessa com a capitalização desse crédito, tornando-se controladora direta da UBS Participações a UBS Brasil Investimentos. De sua vez, a mesma dívida foi cedida pela UBS Brasil Investimentos para a UBS AG na Suíça, tornando-se esta credora da UBS Brasil Investimentos naquele montante, com a subsequente capitalização desse crédito. Com isso, a UBS AG na Suíça não se tornou acionista ou controladora direta da investida adquirida, o Banco Pactual. Peço vênia ao Ilustre Relator, para, nesse passo, discordar da afirmação de que a UBS AG na Suíça passou a deter diretamente 61,04% do capital do Banco Pactual. A UBS AG na Suíça, repito, não se tornou controladora direta do Banco Pactual. Continuou a ser controladora indireta do Banco Pactual, como desde o início a foi.

O fato de haver o registro contábil do valor da dívida na parcela incerta, além da certa, não interfere, como já visto, no valor do ágio amortizável fiscalmente. Sob outro ângulo, a transferência da dívida em questão para a UBS Investimentos e desta para a UBS AG na Suíça também não se revela problemática, e se justifica, como mecanismo a evitar a exposição cambial no Brasil. Não tem o condão de transformar a UBS AG na Suíça em acionista ou controladora direta do Banco Pactual, até porque, como se verá adiante, afirmar simplesmente o contrário, *tout cort*, seria tornar inócuo ou inaplicável o art. 8º da Lei 9.532/97 aos investidores estrangeiros, e, por tabela, o art. 7º dessa lei.

No voto do ilustre relator, há remissão ao Pronunciamento Técnico CPC 15, em desabono à parcela diferida do preço poder compor o valor do ágio.

Com a devida vênia, o *Pronunciamento Técnico CPC 15* permite, ou melhor, *reconhece expressamente* que o ágio pode ser composto pela contrapartida correspondente a passivo, ou seja, a parcela de preço com pagamento diferido. Nesse sentido, é expresso o item 32 combinado com os itens 37, 39, 46, 49, 58 e B.5 do *Pronunciamento Técnico CPC 15*<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Contraprestação transferida em troca do controle da adquirida

37. A contraprestação transferida em troca do controle da adquirida em combinação de negócios deve ser mensurada pelo seu valor justo na data da operação, o qual deve ser calculado pela soma dos valores justos: a) dos ativos transferidos pelo adquirente; b) dos passivos incorridos pelo adquirente junto aos ex-proprietários da adquirida; e c) das participações societárias emitidas pelo adquirente (contudo, nos planos com pagamentos

baseados em ações do adquirente dados em troca de planos com pagamentos baseados em ações em poder dos empregados da adquirida e incluídos no cômputo da contraprestação da combinação de negócios devem ser mensurados de acordo com o item 30 e, não, pelo seu valor justo). Exemplos de formas potenciais de contraprestação transferida incluem dinheiro, outros ativos, um negócio ou uma controlada do adquirente, uma contraprestação contingente, ações ordinárias, ações preferenciais, quotas de capital, opções, warrants, bônus de subscrição e participações em entidades de mútuo (fundos mútuos, cooperativas, etc.).

[...]

#### Contraprestação contingente

39. A contraprestação que o adquirente transfere em troca do controle sobre a adquirida inclui qualquer ativo ou passivo resultante de acordo com uma contraprestação contingente (veja item 37). O adquirente deve reconhecer a contraprestação contingente pelo seu valor justo na data da aquisição como parte da contraprestação para obtenção do controle da adquirida.

40. O adquirente deve classificar a obrigação de pagar uma contraprestação contingente como um passivo ou como um componente do patrimônio líquido com base nas definições de instrumento patrimonial e passivo financeiro constantes do item 11 do Pronunciamento Técnico CPC 39 - Instrumentos Financeiros: Apresentação, ou outro pronunciamento aplicável. O adquirente deve classificar uma contraprestação contingente como ativo quando o acordo conferir ao adquirente o direito de reaver parte da contraprestação já efetuada, se certas condições específicas para tal forem satisfeitas. O item 58 fornece orientações sobre a contabilização subsequente de contraprestações contingentes.

[...]

46. O período de mensuração é o período que se segue à data da aquisição, durante o qual o adquirente pode ajustar os valores provisórios reconhecidos para uma combinação de negócios. O período de mensuração fornece um tempo razoável para que a adquirente obtenha as informações necessárias para identificar e mensurar, na data da aquisição e de acordo com este Pronunciamento, os seguintes itens:

- (a) os ativos identificáveis adquiridos, os passivos assumidos e qualquer participação de não controladores;
- (b) a contraprestação pelo controle da adquirida (ou outro montante utilizado na mensuração do ágio por rentabilidade futura - goodwill);
- (c) no caso de combinação realizada em estágios, a participação do adquirente na adquirida imediatamente antes da combinação; e
- (d) o ágio por rentabilidade futura (goodwill) ou o ganho por compra vantajosa.

[...]

49. Durante o período de mensuração, o adquirente deve reconhecer os ajustes nos valores provisórios como se a contabilização da combinação de negócios tivesse sido completada na data da aquisição. Portanto, o adquirente deve revisar e ajustar a informação comparativa para períodos anteriores ao apresentado em suas demonstrações contábeis, sempre que necessário, incluindo mudança na depreciação, na amortização ou em qualquer outro efeito reconhecido no resultado na finalização da contabilização.

[...]

#### Contraprestação contingente

58. Algumas alterações no valor justo da contraprestação contingente que o adquirente venha a reconhecer após a data da aquisição podem ser resultantes de informações adicionais que o adquirente obtém após a aquisição sobre fatos e circunstâncias já existentes na data da aquisição. Essas alterações são ajustes do período de mensuração conforme disposto nos itens 45 a 49. Todavia, alterações decorrentes de eventos ocorridos após a data de aquisição, tais como o cumprimento de meta de lucros; o alcance de um preço por ação especificado; ou ainda o alcance de determinado estágio de projeto de pesquisa e desenvolvimento não são ajustes do período de mensuração. O adquirente deve contabilizar as alterações no valor justo da contraprestação contingente que não constituam ajustes do período de mensuração da seguinte forma:

- (a) a contraprestação contingente classificada como componente do patrimônio líquido não está sujeita a nova mensuração e sua liquidação subsequente deve ser contabilizada dentro do patrimônio líquido;
- (b) a contraprestação contingente, classificada como ativo ou passivo, que:
  - (i) for instrumento financeiro e estiver dentro do alcance do Pronunciamento Técnico CPC 38 - Instrumentos Financeiros: Reconhecimento e Mensuração deve ser mensurada ao valor justo, sendo qualquer ganho ou perda resultante reconhecido no resultado do período ou em outros resultados abrangentes no patrimônio líquido, de acordo com o citado Pronunciamento.
  - (ii) não estiver dentro do alcance do Pronunciamento Técnico CPC 38 - Instrumentos Financeiros: Reconhecimento e Mensuração, deve ser contabilizada de acordo com o Pronunciamento Técnico CPC 25 - Provisões, Passivos Contingentes e Ativos Contingentes ou outros Pronunciamentos, quando apropriado.

[...]

#### Apêndice A (Glossário)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 02/04/2015 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 02/04/2015

5 por EDUARDO MARTINS NEIVA MONTEIRO, Assinado digitalmente em 01/04/2015 por BRENO FERREIRA MARTINS

VASCONCELOS, Assinado digitalmente em 01/04/2015 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente e

m 13/05/2015 por ALOYSIO JOSE PERCINIO DA SILVA

Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Nem poderia ser diferente. Se é parte do preço, pode vir a compor o ágio. O passivo, tal qual o desembolso imediato, é sacrifício econômico da entidade. Ademais, nenhuma diferença substancial haveria entre isso, por ex., se captarem recursos com terceiros, constituindo-se um passivo, usando-se os recursos para pagamento do preço.

Em tais termos, reconheço que compõe o valor do ágio a parcela do preço certo com pagamento diferido de US\$ 740 milhões, além da parcela do preço pago à vista (a parte do pagamento à vista de US\$ 920 milhões, e que, conforme contratos de câmbio, corresponderam a R\$ 2.045.684.177,81).

### iii. Estudo e laudo de avaliação do fundamento econômico do ágio

Passo à questão do estudo e laudo de avaliação do fundamento econômico do ágio.

A bem ver, o Termo de Verificação Fiscal (TVF) não questiona o laudo, tampouco sua higidez. Ou seja, não constitui motivo da glosa da amortização fiscal do ágio seu fundamento econômico. Dito melhor, não é motivo da glosa a perspectiva de rentabilidade futura como fundamento econômico do ágio pago.

No tópico “IV Da Análise da Documentação Fornecida” do TVF, a fiscalização se limita a dizer que o contribuinte apresentou relatório final datado de 11/12/07 elaborado pela Price, e que constata que a proposta de prestação de serviços é datada de 12/2/07, em data subsequente à data de fechamento da negociação do Pacutal e do lançamento contábil do ágio em 1/12/06 – é o que *consta no item “1.5”*.

Os questionamentos e infirmações são quanto aos sucessivos negócios praticados no intervalo de 3 dias, sem razões econômicas, comerciais, societárias ou financeiras que os justificassem. Enfim, ataca as *holdings* constituídas para aquisição do investimento com ágio, diz que o adquirente efetivo é a UBS AG no exterior, nisso se delineando os motivos da autuação.

De todo modo, vejo que há estudo interno, em inglês, de fls. 3586 a 3621, não datado.

---

Contraprestação contingente são obrigações contratuais, assumidas pelo adquirente na operação de combinação de negócios, de transferir ativos adicionais ou participações societárias adicionais aos ex-proprietários da adquirida, caso certos eventos futuros ocorram ou determinadas condições sejam satisfeitas. Contudo, uma contraprestação contingente também pode dar ao adquirente o direito de reaver parte da contraprestação previamente transferida ou paga, caso determinadas condições sejam satisfeitas.

[...]

B.5. Este Pronunciamento define uma combinação de negócios como a operação ou outro evento em que o adquirente obtém o controle de um ou mais negócios. O adquirente pode obter o controle da adquirida de diversas formas, como por exemplo:

- (a) pela transferência de caixa, equivalentes de caixa ou outros ativos (incluindo ativos líquidos que se constituam em um negócio);
- (b) pela assunção de passivos;
- (c) pela emissão de instrumentos de participação societária;
- (d) por mais de um dos tipos de contraprestação acima; ou
- (e) **sem a transferência de nenhuma contraprestação, inclusive por meio de acordos puramente contratuais (ver item 43).**

Documento assinado eletronicamente por BRENÃO FERREIRA MARTINS, em 01/04/2015 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 02/04/2015

5 por EDUARDO MARTINS NEIVA MONTEIRO, Assinado digitalmente em 01/04/2015 por BRENO FERREIRA MARTINS

VASCONCELOS, Assinado digitalmente em 01/04/2015 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente e

m 13/05/2015 por ALOYSIO JOSE PERCINIO DA SILVA

Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Nas fls. 4104 a 4107 há tradução juramentada de memorando de Juerg Zimmermann, de 9/1/13, que descreve os trabalhos de avaliação do Pactual desenvolvidos sob sua responsabilidade, no Grupo de Consultoria Estratégica do UBS, em 2006. Trabalho com suporte de equipes das 3 divisões de negócios, de consultores externos e de equipes do UBS nos diversos departamentos. Estimativa de centenas de horas em conjunto com funcionários do UBS. Avaliação em 4 arquivos excel: *investment banking; gestão de recursos; gestão de ativos; consolidado*. Avaliação pela metodologia do fluxo de caixa descontado para 5 anos, com taxa de crescimento perpétuo em 2 estágios com maior crescimento os 10 anos após 2011.

O laudo da *Price* é de 11/12/07, de fls. 1323 a 1426 (e 3622 a 3727), e proposta de prestação de serviços de 12/2/07, conforme TVF.

O que se vê é que o laudo feito posteriormente por empresa independente corrobora o estudo interno, organiza de forma clara os dados e fatos contemporâneos à aquisição do investimento utilizados como base para o laudo externo. O fato de o estudo interno, contemporâneo à aquisição do investimento não ser datado não causa espécie. Não há razão para assinatura e datação de dados confidenciais, destinado a pessoas da mesma empresa e ainda reservado àquelas diretamente envolvidas na negociação.

Enfim, embora não tenha sido motivo da autuação, não vejo vício no ponto relativo ao fundamento econômico do ágio e de seu demonstrativo.

#### iv. Empresa-veículo e propósito comercial ou regulatório

Sobre a questão da empresa-veículo, inicio com algumas considerações.

É o art. 8º da Lei 9.532/97 que *induz* à confusão patrimonial *por incorporação reversa*, ou *cisão reversa*, ao permitir a amortização fiscal do ágio. Dito de outro modo, a lei diz “tanto faz” quem absorve quem, se a investidora incorpora a investida ou vice-versa. Note-se que não se põe aqui a questão de simulação relativa de incorporação, *i.e.*, se quem efetivamente incorporou foi a declarada incorporada ou se foi mesmo a incorporadora.

E é sabido que a Lei 9.532/97 *induz comportamentos dessa forma*, para estimular investimentos no País, seja por empresas nacionais, seja por empresas estrangeiras, com a concessão do tratamento de dedutibilidade do ágio pago na aquisição de investimentos no País. Benefício fiscal estimulado pela lei. Não havendo interesse nisso, há o mecanismo constitucional e político: revogue-se a lei.

Se é a lei que *induz e permite* a amortização fiscal do ágio com a confusão patrimonial, *como poderia* o investidor estrangeiro *exercer* esse estímulo concedido pela lei, *sem uma empresa no País para adquirir o investimento (no País)?*

A lei *não vedou; pelo contrário, estimulou*. E o fez sabidamente incluindo os investimentos estrangeiros no País – dificilmente alguém negará isso.

Ou, ainda, em outras palavras, a lei não exige que uma empresa operacional adquira outra com ágio para que este seja amortizável fiscalmente, com a incorporação da investidora pela investida (incorporação reversa) ou por incorporação da investida pela investidora.

Dir-se-á que o ágio permanece o mesmo na controladora da adquirente, também chamada de controladora original. Logo, a real adquirente do investimento (Banco Pactual) Não é verdade.

*Não é o ágio que permanece inalterado na controladora original, com a incorporação da empresa-veículo, pela investida.*

Primeiro, não há transferência do investimento para uma empresa-veículo. Segundo. Mesmo assim, vale o raciocínio visto sob a ótica da transferência do investimento. Veja-se.

A controladora original adquire o investimento de terceiros com ágio. Ao transferir esse investimento para uma empresa-veículo (da adquirente do investimento), a controladora original passa a ter investimento direto na empresa-veículo *sem ágio*: o valor de *equivalência patrimonial* na empresa-veículo corresponde a seu valor patrimonial contábil. Simplesmente há uma “troca” do investimento adquirido com ágio por investimento na empresa-veículo.

Na empresa-veículo incorporadora ou na investida (geradora do ágio) incorporadora irá repercutir a amortização contábil (e fiscal) do ágio. Mas igualmente nela irá repercutir o lucro e seu aumento. Ou seja, ambos irão repercutir no resultado da incorporadora (empresa-veículo ou investida), resultado esse que, por sua vez, irá *refletir no investimento da controladora original* na incorporadora – aumento do investimento da controladora original. Nesse sentido, a amortização contábil e fiscal do ágio “preserva” o “aumento do custo” do investimento da controladora original na empresa-veículo (ou na investida geradora do ágio).

Isso *não significa* que o ágio permanece na controladora original, e, pois, que o ágio *permanece inalterado* na controladora original. Nesta se refletem os *efeitos* do ágio, ou seja, os efeitos da amortização contábil e fiscal do ágio, assim como o aumento do lucro da investida decorrente do ágio. E, repita-se: isso nada tem de ver com duplicação do ágio ou de seu valor.

Como se mostrou, *não é o ágio que permanece inalterado na controladora original* (adquirente do investimento com ágio que é transferido para empresa-veículo): o que há é investimento a valor patrimonial contábil na empresa-veículo (ou na investida geradora do ágio que tenha incorporado a empresa-veículo) pela controladora original. Ocorre que o investimento da controladora original na empresa-veículo reflete o valor do ágio que “vai” para essa e passa ao antigo ativo diferido da investida “original”; assim como se refletem na controladora original os efeitos do ágio (amortização) e o aumento de lucro consequente ao ágio.

Daí se vê que não é, nesses termos, a empresa-veículo geradora de problema fiscal, muito menos geradora de ágio sem causa ou artificial.

No caso vertente, além disso, houve razões de ordem regulatória para a adoção do percurso feito.

Com efeito, o pleito, *ad cautelam*, se deu em observância ao que determinava o art. 14, III, do Regulamento Anexo à Resolução CMN 3040/12 (outras pessoas jurídicas, que tenham por objeto social exclusivo a participação societária em instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil).

*“Art. 14. As participações societárias diretas que impliquem controle das instituições referidas no art. 1º, constituídas a partir da data de publicação desta resolução, somente podem ser detidas por:*

*I - Pessoas físicas;*

*II - Instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil;*

*III - Outras pessoas jurídicas, que tenham por objeto social exclusivo a participação societária em instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.*

*Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às agências de fomento e às instituições financeiras públicas que estejam ou que venham a ser submetidas a processo de privatização.”*

Vê-se que em 2/6/06 há o pedido com referência expressa à alienação para sociedade *holding* que o UBS AG pretende constituir no Brasil, com objeto social exclusivo, nos termos da Resolução CMN 3040/02.

Em 10/7/06, há correspondência do Bacen solicitando, entre outros, o contrato de compra e venda com os anexos, o estudo de viabilidade econômica, o organograma dos grupos financeiros no Brasil, antes e após o ato de concentração.

Em 19/7/06, há a correspondência do Pactual e da UBS AG com entrega do organograma em questão.

No mesmo dia 19/9/06, há despacho propugnando o deferimento do pleito para submissão à Diretoria Colegiada, pelo chefe do Deorf, e há aprovação pela Diretoria Colegiada “voto BCB 277/06”, na mesma data.

Em 27/9/06, há voto do CMN aprovando a aquisição do Pactual, para submissão ao Presidente da República – publicação no DOU só em 28/12/06.

No mesmo dia 27/10/06, há publicação do Decreto de interesse do Governo brasileiro no aumento da participação estrangeira no Pactual até 100%.

Ainda em 27/10/06, há carta do Bacen, requerendo a documentação comprobatória do fechamento da operação referente à aquisição do Pactual, comunicando o reconhecimento do interesse do Governo brasileiro nessa aquisição.

Em 12/12/06, há carta do Pactual com remessa da documentação comprobatória, na qual se inclui o contrato de câmbio de compra equivalente a R\$ 2.045.684.177,81.

Em 18/2/07, há publicação da decisão do Diretor de Normas e Organização do Sistema Financeiro do Bacen de aprovação do processo de aquisição.

**E há carta do Bacen, de 1/3/07, comunicando essa aprovação.**

Há pedido de aprovação da incorporação da UBS Participações pelo Banco Pacutal, de 8/2/07.

E há carta do Bacen, de 19/7/07, comunicando a aprovação da incorporação da UBS Participações pelo Pactual.

Vê-se que não adiantaria a essa cautela, para fins do art. 14, III, do Regulamento Anexo à Resolução CMN 3040/12, a aquisição pelo Banco UBS.

Também importa observar que não há prazo para manifestação pelo Bacen quanto à aprovação ou não da aquisição de banco, ainda que por meio de SPE ou empresa-veículo.

Quero com isso dizer que seria por demais temerário se correr o risco de ter o pedido reprovado, não se sabe quanto tempo depois, de a aquisição ser feita diretamente pelo Banco UBS no Brasil, e mesmo diretamente pelo UBS AG na Suíça. Que administração correria tal risco, temerário, que negocial e empresarialmente seriam desastrosos? Nova rodada de negociação com desgastes haveria, isso se não se resolvesse o negócio, além de implicações de imagem perante o mercado.

Medida de máxima cautela foi a aquisição ter se dado pela SPE, a UBS Participações, sendo que, mesmo com a confusão patrimonial entre a investida e a investidora, permaneceu a UBS Brasil Investimentos como controladora da controladora direta, e, pois, como controladora da incorporadora (com a incorporação da controladora direta pela controlada).

Enfim, noto que a constituição da UBS Brasil Participações tinha razão e fundamento de ordem regulatória.

Por essa ordem de razões, sobre a questão da empresa-veículo, dou provimento ao recurso.

Nessa linha de considerações e juízo, voto por dar provimento parcial ao recurso, para reconhecer a amortização fiscal do valor do ágio no montante total equivalente a US \$ 1.660 milhões (US\$ 740 milhões da parcela diferida efetiva ou valor mínimo – certo e líquido – mais a parcela do preço pago à vista de US\$ 920 milhões).

(assinado digitalmente)

Marcos Shigueo Takata