



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16682.721723/2017-19
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-004.007 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de outubro de 2019
Recorrente BANCO BTG PACTUAL S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2012

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIOS. REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS. PAGAMENTOS EFETIVOS. EMPRESAS VEÍCULOS. SEMELHANÇA COM O PND.

Com a exigência de interpretação literal das regras instituidoras de benefícios fiscais, conclui-se que não há espaço para o seu alargamento além das situações expressamente previstas nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Não é possível, portanto, interpretar esses comandos legais de modo que a amortização do ágio ocorra fora dos exatos parâmetros idealizados pelo legislador.

No presente caso, procedeu-se à glosa das amortizações de ágios contabilizados em três operações distintas. Nas duas primeiras, além de os ágios terem sido registrados sem que houvesse os efetivos pagamentos para a aquisição da empresa recorrente, constatou-se a intermediação de empresas veículos utilizadas com o propósito preponderante de possibilitar a futura amortização do ágio. Na terceira, contudo, houve semelhança com as situações verificadas no cenário do PND, quando o real investidor estrangeiro resta convertido na empresa para onde são canalizados os investimentos, a qual recebe a incumbência de fazer a aquisição das participações societárias negociadas. Portanto, há que se confirmar a glosa somente das duas primeiras operações.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2012

CSLL. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO. CABIMENTO.

As disposições legais sobre a amortização do ágio remetem à apuração do lucro real, seja para determinar a neutralidade dos seus efeitos, seja para autorizar a sua consideração na base de cálculo do IRPJ nos casos que específica, de sorte que, ou bem se aplicam todas as disposições (sobre o ágio) para a apuração para a base de cálculo do IRPJ e da CSLL (seja para adicionar

a amortização do ágio à base da CSLL, seja para sua consideração no resultado nas hipóteses legais cabíveis) ou se considera que, à míngua de qualquer menção da CSLL nos textos legais, a amortização do ágio não pode repercutir em nenhum momento em sua base de cálculo. Se o ágio compõe o valor contábil do investimento e o MEP é apenas um método de avaliação do investimento, conclui-se que a amortização que reduz o ágio/deságio deve compor o resultado da avaliação do investimento pelo MEP, e quer este seja positivo ou negativo não deve impactar a base da CSLL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade suscitada, e no mérito, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário quanto aos ágios denominados "UBS" e "BTG", vencidos os conselheiros Gustavo Guimarães da Fonseca, Flávio Machado Vilhena Dias, Breno do Carmo Moreira Vieira e Bárbara Santos Guedes que davam provimento nesta parte, votando os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo e Luiz Tadeu Matosinho Machado pelas conclusões do relator; e ainda, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso quanto ao ágio denominado "COPA", inclusive quanto à exigência da CSLL, vencidos os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo e Maria Lúcia Miceli, votando os conselheiros Gustavo Guimarães da Fonseca, Flávio Machado Vilhena Dias, Breno do Carmo Moreira Vieira, Bárbara Santos Guedes e Luiz Tadeu Matosinho Machado pelas conclusões do relator quanto aos fundamentos para o cancelamento da exigência da CSLL; por voto de qualidade, em negar provimento quanto à exigência da CSLL quanto aos ágios "UBS" e "BTG", vencidos os conselheiros Gustavo Guimarães da Fonseca, Flávio Machado Vilhena Dias, Breno do Carmo Moreira Vieira e Bárbara Santos Guedes, votando os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Maria Lucia Miceli pelas conclusões do relator neste ponto; por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso quanto à glosa de compensações de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL; à incidência de juros sobre a multa e à não aplicação do art. 24 da LINDB, votando os conselheiros Gustavo Guimarães da Fonseca, Flávio Machado Vilhena Dias, Breno do Carmo Moreira Vieira e Bárbara Santos Guedes pelas conclusões do relator.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregorio - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregorio, Flávio Machado Vilhena Dias, Maria Lucia Miceli, Breno do Carmo Moreira Vieira, Bárbara Santos Guedes (Suplente Convocada) e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Fl. 3 do Acórdão n.º 1302-004.007 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 16682.721723/2017-19

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por BANCO BTG PACTUAL S.A. contra acórdão que julgou parcialmente procedente a impugnação apresentada diante de autos de infração lavrados no âmbito da Deinf/SP.

Em seu relatório, a decisão recorrida assim descreveu o caso:

Trata-se de auto de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ (fls 4268 e ss) e, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 4277) nos respectivos valores principais de R\$ 220.128.733,18 e R\$ 132.998.663,91, aos quais foram acrescidos multa de ofício de 75% e juros de mora calculados com base na variação da taxa SELIC até dezembro de 2017.

As infrações apuradas foram:

- 1) Despesas não dedutíveis que deixaram de ser adicionadas ao Lucro Líquido para determinação do Lucro Real e da base tributável de CSLL;
- 2) Compensações indevidas de prejuízo fiscal operacional com resultado da atividade geral e base de cálculo negativa da CSLL da atividade geral com resultado da atividade geral

Os autos de infração remetem para o Termo de Verificação Fiscal (TVF) que , em resumo, assim descreve os fatos apurados que resultaram na autuação:

- a) A auditoria foi precedida por outros dois procedimentos de fiscalização, objetivando verificar a prática do mesmo tipo de infração. Em ambos, houve a lavratura de autos de infração, formalizados nos processos administrativos 16682.720.614/201261 e 16682.722.995/2015-66.
- b) Tendo em vista que o contribuinte reincidiu na infração no AC 2012 e que parte da despesa indedutível tem a mesma origem, neste procedimento fiscal aproveitou-se de toda sorte de documentos, livros, esclarecimentos e informações acostados naqueles processos, bem como de novos dados ora colhidos, a fim de lastrear a constituição do crédito tributário, o que foi cientificado ao contribuinte no Termo de Início de Procedimento Fiscal;
- c) Foram identificadas três infrações tributárias relativas ao indevido aproveitamento de ágio na apuração do IRPJ e da CSLL no ano-calendário de 2012;
- d) A primeira infração refere-se a suposto ágio originado na aquisição do **BANCO PACTUAL S/A** (antiga denominação do contribuinte) pelo **Grupo UBS**, já tendo sido formalizados, em auditorias anteriores, os respectivos lançamentos tributários, no processo administrativo 16682.720.614/2012-61, para os AC 2007, 2008 e 2009, e no processo 16682.722.995/2015-66, para os AC 2010 e 2011.
- e) O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) já decidiu pela procedência do **primeiro lançamento**, tendo o contribuinte desistido expressamente do recurso especial interposto à Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), ao aderir ao Programa Especial de Regularização Tributária (PERT), instituído pela Medida Provisória 783, de 31/05/2017, conforme fls. 6.705 a 6.707 do processo 16682.720.614/2012-61 (DOC 01). Quanto ao segundo lançamento, embora aguarde ainda a manifestação do CARF, a Delegacia de Julgamento da RFB (DRJ), em decisão de primeira instância, já deliberou pela sua procedência, conforme acórdão de fls. 5.957 a 6.079 do processo 16682.722.995/2015-66 (DOC. 02).

f) A segunda infração refere-se ao aproveitamento indevido de um novo ágio, apurado na operação de recompra do contribuinte (então designado **BANCO UBS PACTUAL S/A**) pelo **Grupo BTG**, do qual participaram os antigos acionistas que haviam alienado o banco para o **Grupo UBS**. Para os AC 2010 e 2011, constituiu-se o respectivo crédito tributário no processo 16682.722.995/2015-66, com decisão de procedência pela DRJ (DOC 02).

g) Constatada a ocorrência dessas infrações também para o AC 2012, dá-se continuidade, em relação à primeira infração, aos lançamentos efetuados nos processos 16682.720.614/201261 e 16682.722.995/2015-66; e quanto à segunda infração, ao lançamento formalizado no processo 16682.722.995/2015-66.

h) A terceira infração refere-se ao ágio advindo da incorporação pelo BANCO BTG PACTUAL S/A de COPACABANA PRINCE PARTICIPAÇÕES S/A (COPA), CNPJ 09.462.850/0001-86, em 31/12/2011. Assim, além dos dois ágios que já vinham sendo amortizados, o contribuinte passou a se aproveitar, a partir de janeiro de 2012, desse novo ágio.

DAS OPERAÇÕES DE COMPRA DO CONTRIBUINTE PELO GRUPO UBS E POSTERIOR RECOMPRA PELO GRUPO BTG

i) A operação de compra do contribuinte (à época, **BANCO PACTUAL S/A**) pelo **Grupo UBS**, iniciou-se com o Contrato de Compra e Venda datado de 09/06/2006 (CCV/2006), o qual foi assinado por **UBS AG, PACTUAL S/A** e uma série de pessoas físicas, que, por intermédio do **PACTUAL S/A**, eram indiretamente as sócias em última instância do **BANCO PACTUAL S/A** [fls. 119 a 121 do DOC 03 (equivalentes às fls. 1329 a 1331 do e-processo)].

j) Os valores envolvidos foram definidos nas cláusulas 1.2 e 1.3 do CCV/2006 (fls. 11 a 16, DOC 03), as quais tratavam, respectivamente, de uma parcela à vista e outra diferida, esta última limitada às condições necessárias estabelecidas no contrato.

k) Excetuando-se 1.000 (mil) ações ordinárias detidas por **PACTUAL HOLDINGS S/A**, o total do capital em circulação e a participação com direito a voto no **BANCO PACTUAL S/A** eram detidos por **PACTUAL S/A**, antes do fechamento do referido contrato (fl. 10, DOC 03).

l) De acordo com o preâmbulo do CCV/2006, antes do fechamento do contrato, havia a previsão de que as pessoas físicas sócias em última instância de **PACTUAL HOLDINGS S/A** e **PACTUAL S/A** passariam a deter participação direta no **BANCO PACTUAL S/A** (fl. 10, DOC 03).

m) Essa reorganização foi concluída por meio da Assembleia Geral Extraordinária (AGE) do **BANCO PACTUAL S/A**, de 01/12/2006 (fl. 18, DOC 04), ocasião em que **PACTUAL S/A** foi incorporada pelo **BANCO PACTUAL S/A**. A partir desta data, a totalidade das ações que compunham o capital social do banco passou a ser de titularidade somente de pessoas físicas, registrando-se tal fato no Livro Registro de Transferências de Ações Nominativas do **BANCO PACTUAL S/A** (fl. 48, DOC 05).

n) Note-se que, anteriormente à incorporação de **PACTUAL S/A**, as ações do **BANCO PACTUAL S/A** detidas por **PACTUAL HOLDINGS S/A** já haviam sido canceladas em 13/10/2006 (fl. 48, DOC 05) pelo fato de a *holding* ter sido incorporada por **PACTUAL S/A**.

o) A operação de compra e venda foi concluída na mesma data em que a sociedade **PACTUAL S/A** foi incorporada pelo **BANCO PACTUAL S/A**, com a totalidade do controle acionário do banco sendo assumida por **UBS AG**, por intermédio de uma *holding* denominada **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA** (fls. 6 e ss., DOC 06), recém constituída, em 31/07/2006 (DOC 07). A utilização de uma subsidiária por **UBS**

AG conformava-se com as condições previamente definidas no CCV/2006 (v. preâmbulo, à fl. 10; e cláusula 10.4, à fl. 114, DOC 03).

p) Após a aquisição pelo **Grupo UBS**, o contribuinte passou a ser denominado **BANCO UBS PACTUAL S/A**

q) O valor pago à vista aos sócios vendedores foi efetivado em 01/12/2006, por **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA**, no total R\$ 2.037.940.006,36, referente ao montante de US\$ 920.000.000,00, estabelecido e calculado nos termos da cláusula 1.2 do CCV/2006 (fls. 11 e ss., DOC 03, e esclarecimentos no item 1.5.5 do DOC 08). Os beneficiários foram os sócios vendedores pessoas físicas que restaram após a incorporação de **PACTUAL S/A** pelo **BANCO PACTUAL S/A**, conforme extrato (DOC 09), tendo sido lançado contabilmente em **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA** em contrapartida de investimentos, como participação societária no banco (DOC 10).

r) Na cláusula 1.2 (a) (i) do CCV/2006, havia a previsão de que esses valores pagos à vista aos sócios vendedores deveriam ser retidos por uma entidade criada para esse fim específico, até 01/07/2011:

(...)

s) O contrato também previa que a adquirente **UBS AG** ou uma nomeada por ela seria a administradora dessa entidade conforme cláusula 6.11 (d) (i) (1) do Doc 3.

t) Para tal finalidade criou-se a **GCP BRASIL**, constituída na forma de fundo de investimento (v. itens 1.1 e 1.2, DOC 11), administrado por **UBS PACTUAL SERVIÇOS FINANCEIROS S/A** (v. art. 2º, DOC 12).

u) O contribuinte esclareceu que esses valores foram retidos como garantia de uma série de compromissos assumidos no CCV/2006 pelos sócios vendedores, ficando a administradora do fundo autorizada a honrar os compromissos dos vendedores em caso de sua inadimplência:

(...)

v) De acordo com esclarecimentos do contribuinte (v. item 1.3, DOC 11), extratos (DOC 13) e tabela por ele apresentados (DOC 14), os valores recebidos pelos sócios vendedores foram efetivamente entregues à **GCP BRASIL**.

w) As disposições da cláusula 1.2 (iii) e (iv), 1.3 (c), 1.5 (c) e 10.1 (y) do CCV/2006, previam uma série de situações sobre as quais o próprio contribuinte confirmou que, em tese, poderia acarretar a retenção dos valores por **GCP BRASIL**. O contribuinte, todavia, contra-argumentou que, na ocasião do pagamento inicial do preço das ações, essa possibilidade não mais existia, pois os resultados do **BANCO PACTUAL S/A** a afastariam (v. item 1.3, DOC 11)

x) Esses valores entregues a **GCP BRASIL**, referentes ao pagamento à vista pela compra do **BANCO PACTUAL S/A**, somente foram resgatados a partir de 15/10/2009 (v. item 1.7, DOC 11; e DOC 15, 16 e 17). Cabe esclarecer que, embora a previsão da retenção dos valores por **GCP BRASIL** fosse até 01/07/2011, antes, em 18/09/2009, ocorreu o fechamento da recompra do contribuinte pelo **GRUPO BTG**, agora já denominado **BANCO UBS PACTUAL S/A** (v. item 2.10.6, DOC 08; e item 4, DOC 11).

y) Com relação aos pagamentos diferidos, devidos em cinco anos contados da data do fechamento da operação (v. item 1.8, DOC 11; e cláusula 1.3, DOC 03), na ocasião do fechamento do contrato, presumiu o contribuinte que, embora sujeitos a condições necessárias para serem pagos, estes já seriam devidos, posto que existiam evidências de

que as condições seriam cumpridas (v. item 1.5, DOC 18). Por conseguinte, concluiu o contribuinte que o valor de US\$ 1.480.000.000,00 já seria devido aos vendedores no prazo máximo de cinco anos.

z) Desta forma, o contribuinte também ativou, no fechamento do contrato, o valor desses pagamentos diferidos como valor do investimento no **BANCO PACTUAL S/A**, convertendo-os em reais e contabilizando-os ao valor de R\$ 3.205.680.000,00 (v. itens 1.5.5 e 1.5.6, DOC 08; item 1.5, DOC 18; e DOC 10).

aa) É importante frisar que, de acordo com o CCV/2006 e os esclarecimentos prestados pelo contribuinte (v. itens 1.8 e 1.9, DOC 11), o sócio vendedor que se tornasse pessoa não qualificada deixaria de receber essa parcela a prazo (v. cláusula 1.4 (e) (i) e 10.1 (s), (y) e (xx), DOC 03). Também havia a hipótese de que o valor líquido a receber pelos sócios fosse igual a zero nas situações indicadas nas disposições das cláusulas 1.2 (iii) e (iv), 1.3 (c), 1.5 (c) e 10.1 (y) (DOC 03).

bb) Esses pagamentos diferidos foram formalmente quitados por intermédio de uma série de transferências de obrigações entre as empresas do **Grupo UBS**, as quais passa-se a descrever.

bb1) Inicialmente, **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA** foi constituída em 31/07/2006 (DOC 07), com o seguinte capital social:

Nome	País	%	Valor
UBS AG	Suíça	99,9%	R\$ 999,00
WARBURCO NOMINEES LTD	Inglaterra	0,1%	R\$ 1,00

Tabela 2 – Capital Social da UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA, em 31/07/2006

bb2) Na data do fechamento do CCV/2006 (DOC 03), em 01/12/2006, a composição do capital social de UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA era, conforme a primeira alteração do contrato social (fls. 12 e ss., DOC 07), a seguinte:

Nome	País	%	Valor
UBS AG	Suíça	99,9999999511%	R\$ 2.045.685.176,00
WARBURCO NOMINEES LTD	Inglaterra	0,0000000489%	R\$ 1,00

Tabela 3 – Capital Social de UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA em 01/12/2006, antes da 2ª alteração de seu contrato social

bb3) Percebe-se um expressivo aumento de capital, que passou de R\$ 1.000,00 para R\$ 2.045.685.177,00, consumado na mesma data do fechamento do contrato de compra e venda por **UBS AG**, em 01/12/2006, mediante contrato de câmbio entre ela e a **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA** (DOC 19).

bb4) Conforme registrado na 2ª alteração do contrato social de **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA** (v. item 1, fl. 25, DOC 07), ainda em 01/12/2006, **UBS AG** transferiu toda a sua participação em **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA** para **UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA**, outra empresa do grupo, também recém-criada, em 31/07/2006 (DOC 20).

Nome	País	%	Valor
UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA	Brasil	99,9999999511%	R\$ 2.045.685.176,00
WARBURCO NOMINEES LTD	Inglaterra	0,0000000489%	R\$ 1,00

Tabela 4 – Capital social de UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA em 01/12/2006, após a 2ª alteração de seu contrato social

bb5) Logo em seguida, em 04/12/2006, **UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA** aumentou o capital de **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA** em R\$

3.205.680.000,00 (v. item I, fl. 37, DOC 07), mediante assunção da dívida dos pagamentos diferidos que **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA** devia pela compra do banco (DOC 21).

bb5 1) (Seguem notas do relator, colhidas no TVF do processo 166827.20614/2012-61 No CCV/2006 consta que o preço total em US\$, do Banco Pactual SA, foi de US\$ 2.400.000,00, sendo USD 920.000.000,00 em caixa (efetivado em conta de depósito de cada acionista vendedor do Banco Pactual SA que evidencia o crédito desta primeira parcela acrescida de juros contratuais, e US\$ 1.480.000.000,00 como um saldo a pagar pelo comprador UBS AG que, conforme o terceiro "considerando" do contrato CCV 2006 (fls. 1220), poderia ser repassado para uma subsidiária integral sob as leis do Brasil. Inicialmente foram criadas duas subsidiárias, a **UBS PARTICIPAÇÕES LTDA** e **UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA**. O valor do preço diferido pela compra do BANCO PACTUAL SA constante do Passivo da **UBS PARTICIPAÇÕES LTDA** foi cedido à **UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA**, em 04/12/2006 e utilizado em aumento de capital pelo cessionário, na mesma data, em **UBS PARTICIPAÇÕES LTDA**.

bb6) De acordo com o contribuinte (v. item 1.4, DOC 18), nos termos da cláusula 10.4 do CCV/2006 (DOC 03), os direitos e obrigações advindos do referido contrato poderiam ser livremente cedidos pela adquirente a qualquer de suas empresas subsidiárias ou coligadas, sem o prévio consentimento dos alienantes. É importante esclarecer que a cessão, ainda que permitida pelo CCV/2006, não liberava o adquirente das obrigações nele previstas (fl. 114, DOC 03):

bb7) Com essa operação, o contribuinte presumiu que a totalidade dos valores devidos por **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA**, em razão da sua aquisição, foi paga antes da data de sua incorporação (v. item 1.5.7, DOC 08), posto que importaria em novação, extinguindo-se uma obrigação pela formação de outra, destinada a substituí-la (v. item 1.6, DOC 18). Assim, não haveria, segundo ele, óbice para que o valor fosse ativado em sua contabilidade.

bb8) Nesse aspecto, o contribuinte informou que a liquidação desse pagamento diferido em benefício dos sócios vendedores somente ocorreu quando de sua recompra pelo **Grupo BTG**, em 2009, pelo Contrato de Compra e Venda (CCV/2009), de 11/05/2009 (DOC 22), a quem coube pagar essas obrigações. Melhor explicando, com a recompra do banco, o **Grupo BTG** teria que pagar uma determinada quantia ao **Grupo UBS**, e assim se convencionou que, do total a ser pago, seria descontado o valor ainda devido pelo **Grupo UBS** aos sócios pessoas físicas que lhe haviam vendido o banco, ficando, então, o **Grupo BTG** obrigado a pagar tais valores a essas pessoas físicas (v. itens 1.7, 1.8 e 2.13 (g), "a", DOC 18).

bb9) Observe-se que, na recompra, a maioria dos sócios vendedores do antigo BANCO PACTUAL S/A retornou à condição de sócio final do BANCO BTG PACTUAL S/A. Basta comparar a relação de sócios vendedores pessoas físicas (fl. 119 e ss., DOC 03) e de sócios retornantes (fls. 20 e ss., DOC 23).

bb10) Os pagamentos diferidos, agora assumidos pelo **Grupo BTG**, foram efetuados por **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A** e pela sua controladora **BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S/A**. Como ficará mais claro adiante, a primeira empresa foi a responsável pela recompra do banco, enquanto a segunda assumiu o valor devido a prazo pela primeira.

bb11) Os DOC 24 e DOC 25 comprovam os pagamentos efetuados por **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A** e os DOC 26 e DOC 27, os efetuados por **BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S/A**.

bb12) Um outro aspecto importante do CCV/2006 é que, pela sua cláusula 1.4 (e) (i) (v. DOC 03; e item 1.9, DOC 11), os sócios vendedores ficaram obrigados a manter

contrato de trabalho com o adquirente ou uma de suas subsidiárias, tornando-se aqueles que deixassem de manter vínculo de trabalho com o banco pessoas físicas não qualificadas, o que acarretaria a perda do direito de receber o pagamento diferido que lhe fosse devido.

bb13) Na contabilização da aquisição do contribuinte por **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA**, esta sociedade registrou, em 01/12/2006, os valores da participação societária em seu ativo permanente/investimentos, da seguinte forma (DOC 10 e DOC 28):

Conta	Valor	D/C	Histórico
2.1.2.10.05.001-8 (ativo)	828.325.211,81	D	Aquisição de x ações do Banco Pactual S/A
2.1.2.10.05.001-7 (ativo)	4.415.294.794,55	D	Ágio na aquisição de x ações do Banco Pactual S/A
2.1.2.99.05.001-5 (ativo)	4.415.294.794,55	C	Provisão ágio no Banco UBS Pactual

Tabela 5 – Contabilização da aquisição do BANCO PACTUAL S/A por UBS PARTICIPAÇÕES LTDA

bb14) Para justificar essa contabilização, o contribuinte apresentou os seguintes valores:

Demonstrativo de valores			Observações
+	Valor de PL	828.325.211,81	v. DOC 29
+	Ágio por Valor de Mercado	ZERO	v. item 1.5.1 a 1.5.4, DOC 08
+	Ágio por rentabilidade Futura	4.415.294.794,55	v. item 1.5.4, DOC 08; e DOC 30
=	Valor Pago	5.243.620.006,36	*****

Tabela 6 – Justificativa de valores da tabela 5

bb15) Sobre a Tabela 6, é importante esclarecer que o valor de patrimônio líquido (PL), conforme seu balancete (DOC 29), é na realidade de R\$ 1.153.225.211,81, tendo o contribuinte subtraído desse montante os Juros sobre Capital Próprio (JCP) e dividendos recebidos na condição que chamou de usufruto. Nos julgamentos dos autos de infração lavrados no âmbito do processo 16682.720.614/2012-61, tanto a DRJ como o CARF aceitaram esse valor de PL.

bb16) Desse ágio não houve nenhuma amortização contábil em **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA** durante sua existência, constando apenas o registro da adição da despesa de formação da provisão no Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) (fls. 9 e ss., DOC 28).

bb17) Após o fechamento da operação de compra do banco, em 01/06/2006, por UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA, esta companhia foi logo em seguida incorporada por BANCO UBS PACTUAL S/A, em 05/02/2007 (DOC 31), e o banco passou a considerar dedutíveis as amortizações do ágio, conforme descrito a seguir.

bb18) Na incorporação reversa de **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA** pelo contribuinte, em 05/02/2007, este registrou o ágio e a provisão de que trata a Tabela 5 (DOC 32):

Conta	Nome da Conta	Valor	D/C
7199099181	REV. PROV. ÁGIO UBS PARTICIPAÇÕES LTDA	883.058.958,91	C
8162000181	AMORTIZ. ÁGIO BCO UBS PACTUAL (INCORP.)	883.058.958,91	D

Tabela 8 – Resultados relativos a ágio e provisão no BANCO UBS PACTUAL S/A na incorporação da UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA na DRE 2010 e 2011

bb20) No Lalur e no Livro Demonstrativo de Apuração da Base de Cálculo da CSLL (LACS) dos AC 2010 e 2011, o contribuinte excluiu esses mesmos R\$ 883.058.958,91, da mesma forma para ambos os tributos e períodos, efetuando os lançamentos na conta 562.002 – Provisão para perdas em controladas/coligadas (Lalur: DOC 35 e DOC 37; LACS: DOC 36 e DOC 38).

bb21) Assim, para fins tributários, o contribuinte passou a amortizar o ágio formado em sua recompra pelo **Grupo BTG**.

bb22) Em relação ao AC 2012, o contribuinte continuou a se aproveitar do ágio para fins fiscais, no montante de R\$ 73.588.246,58, como exposto na planilha abaixo, que historia o ágio desde sua aparição até sua completa amortização, em 2012, de acordo com os Lalur 15 a 20:

(...)

Da recompra do BANCO UBS PACTUAL S/A pelo Grupo BTG

cc) Pouco tempo após a aquisição do contribuinte pelo **Grupo UBS**, ora sob a denominação de **BANCO UBS PACTUAL S/A**, houve sua recompra pelo **Grupo BTG**, passando a **BANCO BTG PACTUAL S/A**, sua atual denominação. A formalização da operação de recompra ocorreu em 11/05/2009, com o respectivo contrato de compra e venda (CCV/2009) assinado por **UBS AG, UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA, UBS INTERNATIONAL HOLDINGS BV, WARBURGO NOMINEES LTDA** e **BTG INVESTMENTS LP** (DOC 22).

dd) Os valores envolvidos foram definidos nas cláusulas do “ARTIGO I” do citado contrato (fls. 8 a 11, DOC 22), e foram detalhadamente explicados pelo contribuinte (v. item 6, DOC 11; e demonstrativo de valores, DOC 39 e DOC 40).

ee) O fechamento da operação de compra e venda ocorreu em 18/09/2009, assumindo o **Grupo BTG** controle acionário total (fl. 18, DOC 41; e cláusula 3.2, fl. 13, DOC 22) por intermédio de uma *holding* denominada **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A**, constituída em 12/06/2009 (DOC 42).

ff) A sociedade **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A** era subsidiária da **BTG PARTICIPAÇÕES II S/A**, também recentemente criada, em 12/06/2009 (DOC 43). Assim, à época do fechamento do CCV/2009 (DOC 22), era essa a estrutura societária nos dois primeiros níveis de participação no **BANCO BTG PACTUAL S/A**:

(...)

gg) Esta quantia foi paga a **BTG INVESTMENTS LP**, em 18/09/2009 (v. Tabela 10), sendo considerada como custo de aquisição do **BANCO UBS PACTUAL S/A** (v. Tabela 11).

Data	Doc.	Descrição	US\$	Taxa	R\$
17/09/2009	DOC 47	Contrato de Câmbio	19.545.726,24	1,8056	215.851.763,30
18/09/2009	DOC 25	IOF sobre C. Câmbio	*****	*****	820.236,70
Total					216.672.000,00

Tabela 10 – Valores pagos por BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A a BTG INVESTMENTS LP pela assunção do CCV/2009 (DOC 22)

hh) De acordo com o contribuinte, parte do pagamento à vista por sua aquisição, no valor de R\$ 3.302.872.306,32, foi efetivado em 18/09/2009, por **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A**, conforme demonstra-se a seguir (v. itens 2.10.5 e 2.10.6, DOC 08; itens 2.11 e 2.13 (g), DOC 18; DOC 47 e DOC 48):

Data	Doc.	Descrição	US\$	Taxa	R\$	Beneficiário
17/09/2009	DOC 47	Contr. Câmbio	119.545.726,24	1,8056	215.851.763,30	BTG INVESTENTS LP
17/09/2009		Contr. Câmbio	261.168.476,37	1,8056	471.565.800,93	UBS AG
17/09/2009	DOC 49	Contr. Câmbio	152.013.243,84	1,8056	274.475.113,08	UBS INTL. HOLDING BV
18/09/2009	DOC 48	DARF	*****	****	13.063.209,99	*****
18/09/2009	DOC 24	Deps. C. Corrente	*****	****	2.324.261.226,95	Todos os Vendedores PF CCV/2006
18/09/2009	DOC 25	IOF sobre C. Câmbio	*****	****	1.791.950,04	*****
18/09/2009	DOC 25	IOF sobre C. Câmbio	*****	****	1.043.005,42	*****
18/09/2009	DOC 25	IOF sobre C. Câmbio	*****	****	820.236,70	*****
TOTAL					3.302.872.306,41	

ii) O restante foi pago, parte por **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A** (Tabela 12), e parte por sua controladora, **BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S/A** (Tabela 13), que assumiu uma parcela da dívida no valor de R\$ 1.125.887.950,00 (v. itens 2.11 (c) e 2.12, DOC 18; e DOC 50):

Data	Doc.	Descrição	US\$	Taxa	R\$	Beneficiário
04/11/2009	DOC 52	Contr. Câmbio	2.425.260,59	1,736	4.210.252,38	UBS AG
04/11/2009	*****	IOF sobre C. Câmbio	*****	*****	15.998,95	*****
TOTAL					4.226.251,33	

Tabela 12 – Parcela a prazo paga por BTG PACTUAL INVESTIMENTOS para a recompra do Banco pelo Grupo BTG

Data	Doc.	Descrição	US\$	Taxa	R\$	Beneficiário
18/03/2010	DOC 53 DOC 27	Dep. C. Corrente	*****	****	100.035.025,37	Vendedores PF CCV/2006 – ex partners
20/09/2010	DOC 54 DOC 27	Dep. C. Corrente	*****	****	103.766.337,80	Vendedores PF CCV/2006 – ex partners
18/03/2011	DOC 55 DOC 27	Dep. C. Corrente	*****	****	107.885.198,77	Vendedores PF CCV/2006 – ex partners
01/07/2011	DOC 56 DOC 27	Dep. C. Corrente	*****	****	110.577.789,11	Vendedores PF CCV/2006 – ex partners
16/09/2010	DOC 57	Contrato de Câmbio	199.620.720,63	1,72	343.347.639,48	UBG AG
18/09/2009	DOC 58	Ações da BTG Pactual Part II S/A	*****	****	375.856.328,07	Vendedores PF CCV/2006 – retornantes
TOTAL					1.141.468.318,60	

Tabela 13 – Composição dos pagamentos efetuados por intermédio de BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S/A para a recompra do Banco pelo Grupo BTG

jj) Nas Tabelas 11 e 13, os valores que possuem como beneficiários a descrição “vendedores PF” tratam daquele pagamento diferido do CCV/2006, que era devido pelo **Grupo UBS** e foi assumido pelo **Grupo BTG**.

kk) Observe-se, ainda, que a assunção de parte da dívida por **BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S/A** ocorreu mediante aumento de capital de **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A**, em R\$ 1.125.887.950,00, destinando-se as novas ações à sua controladora (DOC 59).

ll) Somando-se a estes valores, foram pagos ainda R\$ 1.122.503,65 a consultores jurídicos, considerados também como parte do custo de aquisição (v. item 14, DOC 11).

mm) A diferença entre o total pago por BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S/A, indicado na Tabela 13, no montante de R\$ 1.141.468.318,60, e o valor da cessão da dívida, de R\$ 1.125.887.950,00, deve-se ao fato de que a dívida era reajustável. Assim, em 18/09/2015, o valor devido por BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A era menor que o que foi pago por sua controladora. Nesse aspecto, como se verá nas Tabelas 14 e 15, o total ativado foi efetuado com base no valor original da dívida cedida:

Tabela 10	3.302.872.306,41
Tabela 11	4.226.251,33
Dívida cedida	1.125.887.950,00
Consultores	1.122.503,56
Total ativado	4.434.109.011,30

Tabela 14 – Demonstração dos valores ativados pela BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A na aquisição do BANCO UBS PACTUAL S/A

(...)

pp) Para justificar a contabilização registrada na Tabela 15, o contribuinte apresentou os seguintes valores:

Demonstrativo de valores		Observações
+ Valor de PL	4.216.151.688,16	v. item 2.10.4, DOC 08; v. fl. 4, DOC 62
+ Agio por Valor de Mercado	ZERO	v. itens 2.10.1 a 2.10.4, DOC 08
+ Agio por rentabilidade Futura	217.957.323,05	v. item 2.10.4, DOC 08; DOC 63
= Valor Pago	4.434.109.011,21	v. itens 2.10.5 e 2.10.6, DOC 08; v. item 14, DOC 11

Tabela 17 – Justificativa de valores da Tabela 13

qq) Desse ágio, não houve nenhuma amortização contábil em **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A** durante sua existência (DOC 60 e DOC 61).

rr) Fechada em 18/09/2009 a operação de compra e venda do banco por **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A**, esta foi, logo em seguida, em 29/04/2010, incorporada pelo **BANCO BTG PACTUAL S/A**, passando o banco a considerar dedutíveis as amortizações do ágio, conforme descrito a seguir.

(...)

xx) Em relação ao AC 2012, o contribuinte continuou a se aproveitar do ágio para fins fiscais, no montante de R\$ 43.591.464,60, como exposto na planilha abaixo, de acordo com os Lalur 18, 19 e 20:

(...)

Dos aspectos personalíssimos do CCV/2006 e CCV/2009, dos sócios retornantes e dos pagamentos diferidos

yy) Um aspecto importante do qual não se pode deixar de explicar é que a compra e venda do **BANCO PACTUAL S/A** pelo **Grupo UBS** foi contratada efetivamente com vendedores pessoas físicas. Isso decorre do preâmbulo do CCV/2006 (v. primeiro “considerando” à fl. 10, DOC 03), pelo qual, antes do fechamento do acordo, havia a previsão contratual de que as pessoas físicas sócias em última instância do **PACTUAL HOLDINGS S/A** e do **PACTUAL S/A**.

zz) Esse aspecto personalíssimo do CCV/2006 também fica bem claro na cláusula 1.4 (e) (i) (DOC 03) e nos esclarecimentos prestados pelo contribuinte (v. item 1.9, DOC 11), pelos quais os sócios vendedores ficaram obrigados a manter contrato de trabalho com o adquirente ou uma de suas subsidiárias, tornando-se aqueles que deixassem de manter vínculo de trabalho com o banco pessoas físicas não qualificadas, o que acarretaria a perda do direito de receber o pagamento diferido que lhe fosse devido.

aaa) Os pagamentos diferidos devidos pelo **Grupo UBS** aos vendedores pessoas físicas somente venceriam em junho de 2011, cinco anos contados da data do fechamento da operação (v. item 1.8, DOC 11; e cláusula 1.3, DOC 03).

bbb) Adicionalmente, como já esclarecido no presente Termo de Verificação Fiscal, pela cláusula 1.2 (a) (i) do CCV/2006 (DOC 03) havia ainda a previsão de que os valores pagos à vista aos sócios vendedores pessoas físicas deveriam ser retidos, como garantia, por uma entidade criada para esse fim específico até 1º de julho de 2011 (v. cláusula 6.11 (d) (3), DOC 03).

ccc) De acordo com esclarecimentos do contribuinte (v. item 1.3, DOC 11), extratos (DOC 13) e tabela por ele apresentados (DOC 14), essas retenções ocorreram e os valores recebidos à vista pelos sócios vendedores foram efetivamente entregues à **GCP BRASIL**, e lá ficaram retidos.

ddd) Pelo CCV/2006, tanto os pagamentos diferidos como os valores pagos à vista, retidos pela **GCP BRASIL**, poderiam não ser recebidos pelos sócios. As disposições das cláusulas 1.2 (iii) e (iv), 1.3 (c), 1.5 (c) e 10.1 (y) do CCV/2006 (v. Imagens 5 a 10), previam uma série de situações sobre as quais o próprio contribuinte confirmou que, em tese, esses valores poderiam não ter sido recebidos pelos sócios.

eee) Conclusão: **os pagamentos diferidos e até mesmo os pagamentos à vista estavam sujeitos a condições necessárias para que fossem liberados aos sócios vendedores de forma definitiva, e somente seriam liberados em julho de 2011, se ocorridas essas condições.**

iii) Em 2009, com a recompra do contribuinte pelo **Grupo BTG**, a maioria dos sócios vendedores do **BANCO PACTUAL S/A** retornou à condição de sócio final do banco (v. fls. 119 e ss., DOC 03; fls. 20 e ss., DOC 23):

(...)

ggg) Na ocasião, embora ainda não transcorrido o prazo previsto, que somente ocorreria em 2011, verifica-se a liberação dos pagamentos à vista e a antecipação dos pagamentos diferidos a todos os sócios vendedores pessoas físicas, tanto os retornantes como os que não retornaram à condição de sócio do **BANCO BTG PACTUAL S/A**.

hhh) Os pagamentos à vista, entregues à **GCP BRASIL**, foram resgatados a partir de 15/10/2009 (v. item 1.7, DOC 11; DOC 15; DOC 16; e DOC 17).

iii) Para garantir que os pagamentos diferidos seriam pagos pelo máximo (US\$ 1,48 bilhão), o CCV/2009 fez expressamente essa previsão em sua cláusula 5.12 (b) (fl. 33, DOC 22), determinando que o valor seria descontado do total devido pelo **Grupo BTG**.

jjj) Eis aí, também na recompra do banco pelo **Grupo BTG**, o caráter personalíssimo das pessoas físicas no contrato, posto que, na realidade, o CCV/2009, ao descontar a dívida referente aos pagamentos diferidos do CCV/2006 do valor a receber pelo **Grupo UBS** (v. cláusula 1.2, fl. 9, DOC 22), tratou os sócios pessoas físicas e o **Grupo BTG** como se fossem os detentores da mesma dívida, numa situação em que a redução do valor a pagar pelo **Grupo BTG** quitava a dívida do **Grupo UBS** com as pessoas físicas.

kkk) É inegável que o CCV/2009 efetivamente contemplou os interesses dos sócios pessoas físicas que constavam com vendedores no CCV/2006, antecipando e garantindo a estas pessoas físicas valores ainda incertos segundo o contrato inicial.

III) Ou seja, nessa confusão entre os interesses das pessoas físicas com as pessoas jurídicas de quem eram sócias, em que as pessoas físicas vendedoras no primeiro contrato, até a data da recompra, ainda não tinham recebido os valores devidos pela venda inicial para livre gozo, nem tinham ainda adquirido o direito efetivo de recebê-los, verifica-se que vários vendedores voltaram à condição de sócios do **BANCO BTG PACTUAL S/A**, a partir do CCV/2009, com a geração e amortização de ágio em ambas operações.

mmm) Nesse aspecto é que surge a questão mais relevante. O CCV/2006 gerou uma dívida de pagamentos diferidos que recebeu quitação na recompra do banco pelo CCV/2009 e, sem esses pagamentos diferidos, no valor de R\$ 3.205.680.000,00 (v. itens 1.5.5 e 1.5.6, DOC 08; item 1.5, DOC 18; e DOC 10), parte do ágio de R\$ 4.415.294.794,55 (v. Tabelas 5, 6 e 7) apurado na primeira operação de compra do contribuinte pelo **Grupo UBS** não existiria, assim como o ágio de R\$ 217.957.323,05, apurado na recompra (v. Tabelas 15, 16 e 17). Ocorre que, da dívida total de R\$ 3.205.680.000,00, não houve nenhuma circulação do valor de R\$ 375.856.328,07. Conforme demonstrado na Tabela 13, essa parcela teve quitação pelos sócios retornantes, mediante emissão de ações de **BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II**

S/A, sendo 90% desse valor destinado a Reserva de Capital – Ágio dessa empresa (DOC 58).

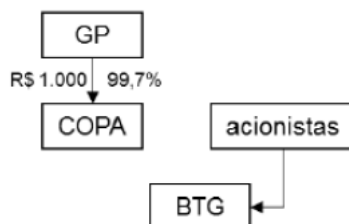
nnn) Assim, a dívida surgida no primeiro contrato (CCV/2006) em favor dos sócios vendedores pessoas físicas acabou sendo quitada por esses mesmos sócios (CCV/2009), os sócios retornantes, mediante emissão de ações com 90% de ágio de uma empresa criada com o fim específico de servir à recompra da fiscalizada.

ooo) Esse valor de R\$ 375.856.328,07 serviu tanto para justificar o ágio na compra do contribuinte pelo **Grupo UBS** como na sua recompra pelo **Grupo BTG**.

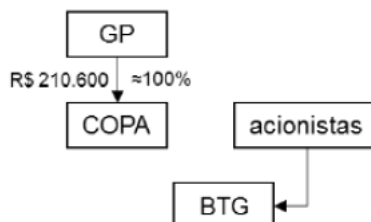
DA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE COPACABANA PRINCE PARTICIPAÇÕES S/A

ppp) Além das duas parcelas de ágio que já vinham sendo amortizadas, relatadas no item 2.2, o contribuinte passou, a partir de janeiro de 2012, a contar com outra, registrada na conta “562.004 - Amortização de Ágio Incorporação Copa”, somando R\$ 240.684.624,00 no AC 2012, de acordo com o seu Lalur (fl. 26, RESP TIP 1).

qqq) Verificou-se que esse ágio advém da incorporação de **COPACABANA PRINCE PARTICIPAÇÕES S/A (COPA)**, em 31/12/2011. A companhia foi constituída em 29/12/2007, com capital de R\$ 1.000,00, sob a denominação original de **BANJUL PARTICIPAÇÕES S/A**, em decorrência de cisão parcial de **CABINDA PARTICIPAÇÕES S/A**. Nessa data, tinha como controladora **GP INVESTIMENTOS S/A**, CNPJ 07.755.775/0001-16, com 99,7% do seu capital social (997 ações), segundo sua AGE de constituição, armazenada no sítio da CVM na Internet (DOC 67).

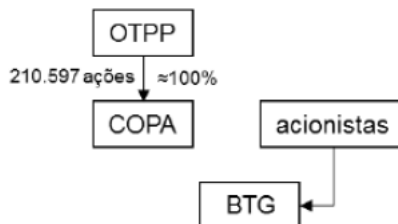


rrr) Em 27/04/2009, aprovaram-se, além das contas de 2008 (cerca de R\$ 68 mil em despesas operacionais), o aumento de capital social para R\$ 69.600,00 (DOC 68). Em 19/04/2010, aprovaram-se as contas de 2009 (despesas operacionais em torno de R\$ 64 mil), bem como um novo aumento de capital social, agora para R\$ 160.600,00 (DOC 69). Em 11/11/2010, o capital social passou a R\$ 210.600,00 (DOC 70). Todos esses aumentos de capital social provieram da capitalização de créditos detidos pelos acionistas em face da companhia.



sss) Em 23/11/2010, a denominação da companhia passou para **COPACABANA PRINCE PARTICIPAÇÕES S/A**. Na mesma data, o fundo de pensão canadense **ONTARIO TEACHER'S PENSION PLAN BOARD (OTPP)**, CNPJ 05.839.640/0001-03, celebrou contrato com **GP INVESTIMENTOS S/A** para adquirir 210.597 ações por US\$ 5.915.000,00, conforme informação do Relatório da

Administração de 2010 (fls. 6 e ss., DOC 71), acarretando a alteração do quadro societário, de modo que **OTPP** tornou-se acionista controlador de **COPA**.

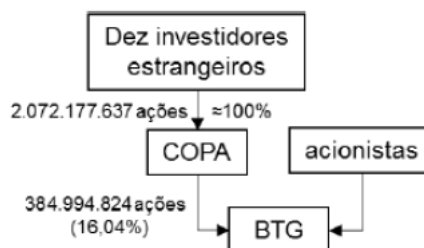


ttt) Na quinzena seguinte, mais precisamente em 06/12/2010, **OTPP** celebrou aditivo contratual com outros nove investidores estrangeiros, estabelecendo os termos da alienação de 183.391 ações de **COPA** (87,08% de seu capital) por US\$ 5.150.788,11, conforme Fato Relevante divulgado ao mercado (DOC 72). Participaram do negócio, além de **OTPP**, as entidades estrangeiras: **EUROPA LUX III S.À.R.L.** (CNPJ 12.960.838/0001-06), **PACIFIC MEZZ INVESTCO S.À.R.L.** (CNPJ 12.960.839/0001-50), **BERYL COUNTY LLP** (CNPJ 12.960.840/0001-85), **HANOVER INVESTMENTS S/A** (CNPJ 12.960.841/0001-20), **SIERRA NEVADA INVESTMENTS LLC** (CNPJ 12.960.833/0001-83), **RENDEFELD S/A** (CNPJ 12.960.832/0001-39), **RIT CAPITAL PARTNERS PLC** (CNPJ 12.960.851/0001-65), **MARAIS LLC** (CNPJ 12.960.836/0001-17) e **EXOR S/A** (CNPJ 12.952.924/0001-77).



uuu) Ainda em 06/12/2010, **COPA**, **BANCO BTG PACTUAL S/A** e os dez investidores estrangeiros citados acima celebraram contrato de compra e venda de ações, em que se estabeleceram os principais termos e condições para a subscrição de 384.994.824 ações de emissão de **BANCO BTG PACTUAL S/A**, 128.331.608 ordinárias e 256.663.216 preferenciais, adquiridas por US\$ 1.238.400.000,00 (aproximadamente R\$ 2.138.097.600,00).

vvv) Para o pagamento do preço de subscrição, **COPA** aumentou seu capital com subscrição integral e integralização em duas parcelas iguais, conforme deliberado em AGE, de 08/12/2010 (fl. 9, DOC 71). Por meio daquela AGE foi aprovado o aumento de capital social em R\$ 2.071.967.040,00, mediante a emissão de 2.071.967.040 novas ações, de modo que o capital social passou de R\$ 210.600,00 para R\$ 2.072.177.640,00, dividido em 2.072.177.640 ações (DOC 73).



www) Na Assembleia Geral Ordinária (AGO), de 22/07/2011, aprovaram-se o Relatório da Administração e as demonstrações financeiras de 2010. As notas explicativas de **COPA** já faziam menção a teste de recuperabilidade de ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura (fl. 22, DOC 74). Na AGE de 21/09/2011, aprovou-se a distribuição de dividendos intermediários como destinação de partes dos lucros acumulados, conforme balanço levantado em 30/06/2011, no qual aparecem pela primeira, segregados do investimento, os R\$ 1.203.423 mil referentes ao ágio incorrido na aquisição da participação acionária no **BANCO BTG PACTUAL S/A** (fl. 7, DOC 75).



xxx) A reunião do Conselho de Administração de **COPA**, de 15/12/2011, deliberou acerca da proposta de sua incorporação pela investida **BANCO BTG PACTUAL S/A**, no que restou recomendada à Assembleia Geral (DOC 76). Em virtude disso, as companhias vieram a público informar sobre as tratativas de incorporação, mediante divulgação de Fato Relevante, estipulando que o desfecho da operação ocorreria nas AGE dos contraentes, marcadas para 31/12/2011 (DOC 77). Nesta data, foi aprovada a proposta de incorporação, extinguindo **COPA** para todos os fins de direito, passando assim os seus sócios a ser acionistas do **BANCO BTG PACTUAL S/A** (DOC 78). Com a incorporação, o **BANCO BTG PACTUAL S/A** passou a se aproveitar, para efeitos fiscais, do ágio outrora registrado em **COPA**, no valor de R\$ 1.203.423.119,70.



yyy) Para o AC 2012, o contribuinte excluiu, tanto da apuração do IRPJ como da CSLL, R\$ 240.684.624,00, correspondente a 12/60 (doze sessenta avos) de R\$ 1.203.423.119,70, conforme consta da conta 562.004 – “Amortização de Ágio Incorporação Copa” do Lalur (fl. 26, RESP TIP 1) e do LACS (fl. 17).

DA LEGISLAÇÃO COMERCIAL E TRIBUTÁRIA QUE REGIA O ÁGIO EM INVESTIMENTOS EM CONTROLADAS À ÉPOCA DOS FATOS

(...)

Da Falta de propósito negocial na utilização de empresa veículo

kkkk) O **Grupo UBS** criou duas subsidiárias integrais para aproveitar-se do ágio por expectativa de rentabilidade na aquisição do **BANCO PACTUAL S/A**, quais sejam: **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA** e **UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA**;

llll) A **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA**, utilizada para efetuar aquisição do contribuinte pelo **Grupo UBS**, foi constituída em 31/07/2006, com registro na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro em 15/08/2006 (DOC 07), tendo como objeto social a participação societária em instituições financeiras e demais autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, era controlada pela **UBS AG**.

mmmm) A **UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA**, também constituída em 31/07/2006, com registro em 27/08/2006 (DOC 79), tendo como objeto social a participação em outras sociedades, nacionais ou estrangeiras, na qualidade de sócia, acionista ou quotista, era da mesma forma controlada pela **UBS AG**.

nnnn) A estrutura societária inicial de **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA**, de acordo com seu contrato social (fl. 3, DOC 07), era a seguinte:



Figura 2 – Estrutura societária da UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA em sua constituição

oooo) Na data do fechamento do CCV/2006, em 01/12/2006, ocorreram duas alterações em seu contrato social, pelas quais **UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA** foi inserida nessa estrutura.

pppp) Pela primeira alteração contratual (fls. 12 e ss., DOC 07), houve um aumento de capital efetuado em dinheiro por **UBS AG**, num montante equivalente ao que seria pago à vista pela aquisição do contribuinte, ficando **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA** devendo aos vendedores o valor dos pagamentos diferidos previstos na cláusula 1.3 do CCV/2006 (DOC 03).



Figura 3 – Estrutura societária no fechamento do CCV/2006 após o aumento de capital na UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA por UBS AG, em 01/12/2006

qqqq) Pela segunda alteração (fls. 24 e ss., DOC 07), **UBS AG** transferiu sua participação em **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA** para a **UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA**:

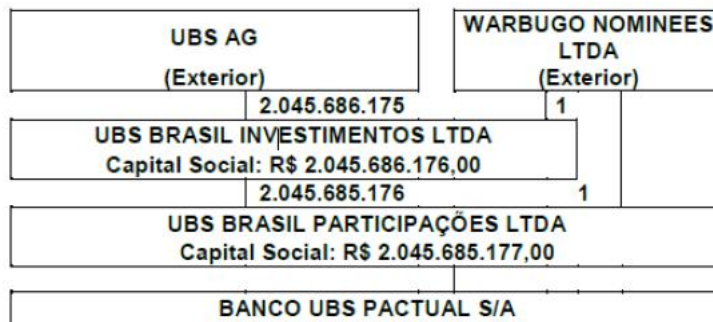


Figura 4 – Transferência da participação da UBS AG em UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA para UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA

rrrr) Três dias após, em 04/12/2006, houve mais duas operações pelas quais a dívida referente aos pagamentos diferidos devidos por **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA** passou para a **UBS AG**.

ssss) Inicialmente, **UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA** aumentou o capital de **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA** mediante assunção da dívida que esta última tinha pelos pagamentos diferidos do CCV/2006 (fl. 37, DOC 07; DOC 021).

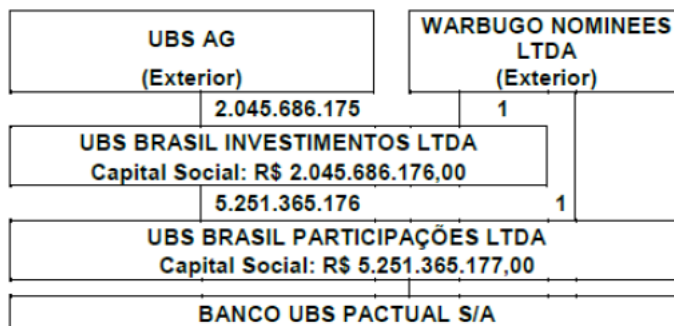


Figura 5 – Transferência da dívida dos pagamentos diferidos do CCV/2006 de UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA para UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA mediante aumento de capital

tttt) Em seguida, **UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA** cedeu a obrigação dos pagamentos diferidos para **UBS AG**, passando para esta a parte de sua participação em **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA**, no equivalente ao valor exato dessa dívida.



Figura 6 – Transferência da dívida dos pagamentos diferidos do CCV/2006 de UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA para UBS AG mediante cessão quotas

uuuu) Em fevereiro de 2007, **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA** foi incorporada pelo contribuinte (incorporação reversa) e **WARBUGO NOMINEES**

LTD cedeu sua quota para a **UBS AG**. A estrutura societária final ficou assim (fls. 72 e ss., DOC 07):



Figura 7 - Estrutura societária após a incorporação de UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA pelo BANCO PACTUAL S/A e cessão de uma quota da WARBURGO para UBS AG

vvvv) Da análise da contabilidade de **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA** (DOC 28), verifica-se que o primeiro lançamento contábil nesta empresa somente foi realizado em 27/11/2006, não havendo nenhum registro relativo a gastos com empregados, aluguéis ou outras despesas e receitas relativas a operações próprias que não fosse de servir como empresa veículo na aquisição do contribuinte.

wwww) Note-se que a empresa teve seu primeiro movimento em 27/11/2006, sendo, já em 05/02/2007, incorporada de forma reversa pelo **BANCO UBS PACTUAL S/A** (DOC 31). Ou seja, sua vida ativa se restringiu a um curtíssimo espaço temporal, pouco mais de dois meses. A empresa já “nasceu” para “morrer”. Não teve nenhuma atividade própria. Essa é uma prova cabal de que sua existência era inútil do ponto de vista operacional, servindo apenas para propiciar as condições puramente formais para a dedutibilidade do ágio, sem qualquer propósito negocial. Não houve tempo hábil para a tomada de decisões empresariais, mas sim mero formalismo para a contabilização e utilização do ágio.

xxxx) O próprio contribuinte, ao efetuar a contabilização do ágio mediante a constituição de provisão em valor idêntico, em consonância com diversos normativos, demonstra que, contabilmente, a operação era artificial.

zzzz) Em outro aspecto, verifica-se que, em 2006, o grupo contabilizou em **UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA** o investimento na **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA** por R\$ 5.251.365.177,00, transferindo posteriormente R\$ 3.205.680.000,00 para **UBS AG**, conforme registram os lançamentos de R\$ 2.045.686.176,00 e R\$ 3.205.680.000,00 no seu Livro Diário (fl. 175, DOC 79).

aaaa) Com isso, o **Grupo UBS**, além de amortizar o ágio no próprio contribuinte, após a incorporação da **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA**, também o repassou a outras empresas do Grupo para que pudesse ser utilizado para fins de redução de ganho de capital na recompra do banco pelo **Grupo BTG** (DOC 22). Ou seja, o **Grupo UBS** utilizou duas vezes o valor do ágio: uma, por sua amortização no banco, após a incorporação reversa de **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA**, e outra como redução do ganho de capital apurado por **UBS AG** e **UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA** na operação de recompra do banco pelo **Grupo BTG**.

Da falta de elaboração de demonstrativo tempestivo para a demonstração do ágio

bbbb) A legislação tributária vigente à época dos fatos (art. 20 do DL 1.598/77) exigia que o registro do ágio ou do deságio indicasse o seu fundamento econômico dentre as três opções a seguir, devendo o contribuinte arquivar a demonstração que o embasasse: 1) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

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

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

ccccc) Da inteligência do caput do art. 20 do Decreto-Lei 1.598/1977 com seu § 3º, verifica-se que o referido dispositivo exige que a demonstração do ágio seja elaborada por ocasião da aquisição da participação societária. Todavia, no presente caso, o que se constata é que o documento apresentado pelo contribuinte somente foi produzido em dezembro de 2007 (fl. 2, DOC 30), embora o fechamento do CCV/2006 tenha ocorrido antes, em dezembro de 2006.

dddd) Assim sendo, tendo em vista que a Lei 9.532/1997, no § 3º do seu art. 7º, somente autoriza a amortização do ágio quando fundamentado conforme o art. 20 do Decreto-Lei 1.598/1977, resta demonstrado que o contribuinte não cumpriu esse requisito, sendo, também por este motivo, indedutível a amortização do ágio.

Da inexistência de pagamento no valor de R\$ 375.856.328,07

eeee) O CCV/2006 gerou uma dívida de pagamentos diferidos de R\$ 3.205.680.000,00, quitada somente na recompra do contribuinte pelo CCV/2009. Conforme já exposto no item 2.2.2 do presente Termo de Verificação Fiscal, da dívida desses pagamentos diferidos, R\$ 375.856.328,07 não circularam (v. Tabela 13), posto que essa parcela foi quitada pelos sócios retornantes, mediante emissão de ações de **BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S/A**, destinando-se 90% desse valor à Reserva de Capital – Ágio dessa empresa (DOC 58).

ffff) O valor utilizado para definir o ágio na recompra da fiscalizada pelo **Grupo BTG** compreendeu o total de US\$ 2.475.000.000,00 (v. item 1, DOC 40), do qual se descontou o valor diferido devido por **UBS AG** aos sócios pessoas físicas que lhe haviam vendido o banco. A Tabela 13 demonstra que na quitação estão incluídos R\$ 375.856.328,07.

ggggg) Assim, essa dívida gerada no primeiro contrato (CCV/2006) em favor dos sócios vendedores pessoas físicas, acabou sendo quitada no CCV/2009 por esses mesmos sócios, os sócios retornantes, mediante a emissão de ações com 90% de ágio de uma empresa criada com o fim específico de servir à recompra do banco. Esse valor serviu tanto para justificar o ágio na aquisição do banco pelo **Grupo UBS** como na sua recompra pelo **Grupo BTG**.

hhhhh) Nesse aspecto, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), no Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP 01/2007, deixa claro, no item 20.1.7, que o preço ou custo de aquisição somente surge quando há dispêndio para se obter algo de terceiros:

E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.

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

lIII) Destarte, diante do exposto, não há como se aceitar a incorporação desses R\$ 375.856.328,07 na composição do ágio de R\$ 4.415.294.794,55 apurado pelo contribuinte, conforme Tabelas 5, 6 e 7.

Da quantificação dos valores indevidamente amortizados referentes ao CCV/2006 (aquisição do contribuinte pelo Grupo UBS)

mmmm) A falta de propósito negocial pela utilização de empresa veículo (item 2.5.1), a falta de elaboração tempestiva de demonstrativo do ágio e o não pagamento efetivo de parte do valor devido levou o contribuinte a beneficiar-se indevidamente de amortização de ágio para fins de apuração do IRPJ e da CSLL, nos montantes exibidos nas Tabelas 7, 8 e 9 do subitens bb 18; bb19 e bb22 do presente relatório.

Ano-calendário	Valor
2012	73.588.246,58

Tabela 22 – Valores indevidamente amortizados oriundos do CCV/2006
(Aquisição do contribuinte pelo Grupo UBS)

DA AMORTIZAÇÃO INDEVIDA DE ÁGIO APURADO NA AQUISIÇÃO DO CONTRIBUINTE PELO GRUPO BTG

Da falta de propósito negocial na utilização de empresa veículo

nnnn) Para que o **Grupo BTG** efetuasse a recompra do contribuinte e pudesse se aproveitar do ágio por rentabilidade futura, criaram-se várias empresas:

- 1) BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A;
- 2) BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S/A;
- 3) BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA.

oooo) **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A**, constituída em 12/06/2009, com registro em 22/06/2009 (DOC 80), era, à época do fechamento do CCV/2009, em 18/09/2009, subsidiária integral de **BTG PARTICIPAÇÕES II S/A**, conforme livro registro de ações nominativas (DOC 44).

pppp) **BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S/A**, também criada em 12/06/2009, com registro em 22/06/2009 (DOC 81), tinha, à época do fechamento do CCV/2009, em 18/09/2009, participação direta dos sócios pessoas físicas que alienaram o **BANCO PACTUAL S/A** para o **Grupo UBS** (pessoas físicas retornantes), participação do **BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA** e ainda participação do **BTG PACTUAL HOLDING S/A** (DOC 82).

qqqq) A estrutura do **Grupo BTG**, na data do fechamento do CCV/2009, era a seguinte:

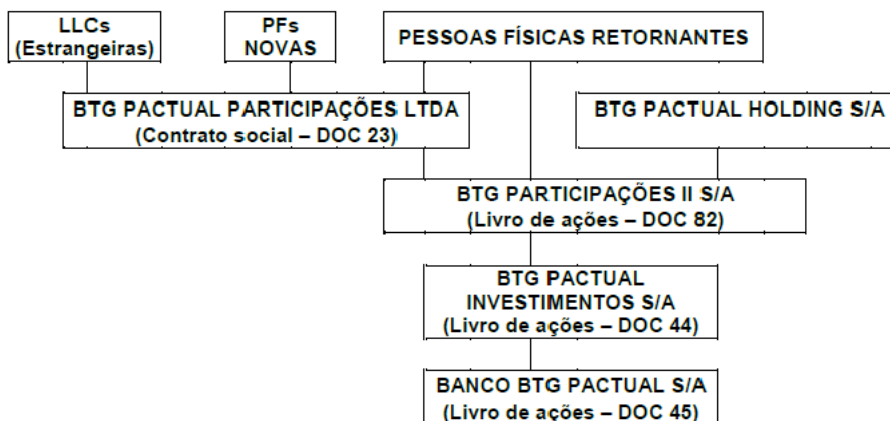


Figura 8 – Estrutura societária do Grupo BTG na data do fechamento do CCV/2009

rrrr) Pouco tempo após o fechamento da aquisição do contribuinte por **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A**, em 18/09/2009, a companhia foi incorporada pelo **BANCO BTG PACTUAL S/A**, em 29/04/2010, conforme ata da AGE (DOC 64) e o livro de registro de ações (fls. 20 e 21, DOC 41), passando sua estrutura a ficar assim:

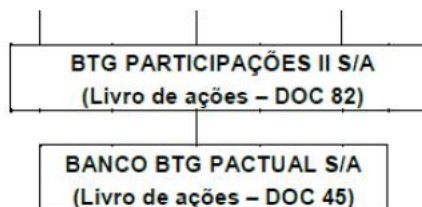


Figura 9 – Estrutura societária nos primeiros níveis após a incorporação de BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A por BANCO BTG PACTUAL S/A

sssss) A forma do pagamento já foi bem explicada (v. Tabelas 10 a 14 e os parágrafos relacionados a elas a partir do subitem gg).

ttttt) A contabilidade de **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A** (DOC 61) mostra que o primeiro lançamento contábil relevante nesta empresa somente ocorreu em 18/09/2009, data do fechamento do CCV/2009. Até então existiam apenas dois lançamentos, um de R\$ 60,00 e outro de R\$ 40,00, ambos na data de sua constituição, em 12/06/2009, não havendo registros relativos a gastos com empregados, aluguéis ou a outras despesas e receitas relativas a operações próprias que não fosse de servir como empresa veículo na aquisição do contribuinte.

uuuuu) Note-se que a empresa teve seu primeiro movimento relevante em 18/09/2009, e já em 29/04/2010 foi incorporada de forma reversa por **BANCO BTG PACTUAL S/A** (DOC 64; fl. 20, DOC 41). Ou seja, sua vida ativa se restringiu um curtíssimo espaço temporal, pouco mais de sete meses. A empresa já “nasceu” destinada a “morrer”, sem apresentar atividade própria, prova maior de que sua existência serviu tão somente para propiciar as condições puramente formais para a dedutibilidade do ágio, em total falta de propósito negocial. Não houve tempo hábil para que se tomassem decisões empresarias, mas sim mero formalismo para a contabilização e utilização do ágio.

vvvvv) O próprio contribuinte, ao efetuar a contabilização do ágio mediante constituição de provisão em valor idêntico, em consonância com diversos normativos, demonstra que, contabilmente, a operação era artificial.

Da falta de elaboração de demonstrativo tempestivo para a demonstração do ágio

wwwww) O que se constata é que o documento apresentado pelo contribuinte somente foi produzido em maio de 2010 (fls. 1 e 3, DOC 63), embora o fechamento do CCV/2009 tenha ocorrido antes, em setembro de 2009. **(a exigência da elaboração do demonstrativo contemporâneo à aquisição da participação societária é a mesma das mencionadas a partir do item bbbbb)**

Da inexistência de pagamento no valor de R\$ 375.856.328,07

xxxxx) Pelas razões mencionadas a partir do item eeeee não há como aceitar que o valor de R\$ 375.856.328,07 justifique o ágio de R\$ 217.957.323,05 apurado conforme tabelas 15.16.17 e 18 (a partir do item nn).

Da quantificação dos valores indevidamente amortizados referentes ao CCV/2009 (aquisição do contribuinte pelo Grupo BTG)

yyyyy) A falta de propósito negocial pela utilização de empresa veículo (item 2.6.1), a falta de elaboração tempestiva de demonstrativo do ágio (Item 2.6.2) e o não pagamento efetivo de parte do valor devido (item 2.6.3), levou o contribuinte a beneficiar-se indevidamente de amortização de ágio para fins de apuração do IRPJ e da CSLL, nos montantes exibidos na Tabela 20 e parágrafos seguintes do item 2.2.2 do presente relatório, resumidos abaixo.

Ano-calendário	Valor
2012	43.591.464,60

Tabela 23 – Valor indevidamente amortizado oriundos do CCV/2009
(Recuperação do contribuinte pelo Grupo BTG)

DA AMORTIZAÇÃO INDEVIDA DE ÁGIO APURADO NA INCORPORAÇÃO DE COPACABANA PRINCE PARTICIPAÇÕES S/A

zzzzz) Em vista das operações descritas no item ppp e seguintes, indaga-se a admissibilidade de o **BANCO BTG PACTUAL S/A** se aproveitar do ágio incorrido por **COPA** na aquisição de ações do próprio **BANCO BTG PACTUAL S/A**, com a incorporação da investidora pela investida.

aaaaa) Além das duas parcelas de ágio que já vinham sendo amortizadas, relatadas no item i, o contribuinte passou, a partir de janeiro de 2012, a contar com outra, registrada na conta “562.004 - Amortização de Ágio Incorporação Copa”, somando R\$ 240.684.624,00 no AC 2012, de acordo com o seu Lalur (fl. 26, RESP TIP 1).

bbbbbb) Como historiado, **COPA**, constituída nos últimos dias de 2007, à época, **BANJUL PARTICIPAÇÕES S/A**, ficou praticamente inativa até o fim de 2010, não tendo, nesse período, empregados ou receitas, mas tão somente despesas operacionais de pouca monta. Iniciado então o processo de aquisição de parte do **BANCO BTG PACTUAL S/A**, o primeiro passo foi a aquisição, em 23/11/2010, de praticamente todas as ações de **COPA** por **OTPP**. Em seguida, **OTPP** alienou, em 06/12/2010, 87,08% das ações detidas em **COPA** em favor de nove investidores estrangeiros. No mesmo dia, firmaram acordo com o **BANCO BTG PACTUAL S/A** para adquirir 384.994.824 ações de sua emissão. Os recursos para o pagamento vieram do aumento de capital social de **COPA**, subscrito e integralizado pelos dez investidores estrangeiros, conforme AGE de 08/12/2010. Em dezembro do ano seguinte, a investidora é incorporada pela investida, numa operação articulada a fim de aproveitar o ágio carreado por **COPA**, em montante superior a R\$ 1,2 bilhão.

cccccc) No fim das contas, **COPA**, inicialmente com capital social de apenas R\$ 1.000,00 e inativa durante o biênio seguinte à sua constituição, despertou o interesse de investidores estrangeiros, que lhe aportaram mais de R\$ 2 bilhões, passando a deter,

com os acordos celebrados, participação indireta no **BANCO BTG PACTUAL S/A**. Com a incorporação de **COPA**, aqueles investidores tornaram-se acionistas do banco, detendo, diretamente, 16,04% do seu capital social.

ddddd) Qual seria o motivo, então, de os investidores estrangeiros não adquirirem diretamente as ações do **BANCO BTG PACTUAL S/A**, utilizando-se de **COPA** como sociedade intermediária?

eeeeee) Note-se que durante toda sua existência, **COPA** não fez qualquer outro investimento senão no **BANCO BTG PACTUAL S/A**, simplesmente mantendo sua participação original. Os acionistas do banco, de fato, sempre foram os investidores estrangeiros. Aliás, este trecho, retirado da página do banco na Internet, relatando seu histórico, deixa claro quais eram os reais investidores: “Fizemos um aumento de capital de US\$1,8 bi por meio de um consórcio de investidores internacionais, em 2010, resultando na aquisição de participação no Banco Panamericano no ano seguinte” (<<https://www.btgpactualdigital.com/quem-somos/conheca-o-btg-pactual>>, acessado em 20/09/2017).

fffff) Portanto, **COPA** não tinha nenhum sentido economicamente apreciável senão o de servir como instrumento para viabilizar a dedutibilidade do ágio pela investida incorporadora. Já se sabia de antemão que seria protagonista nessa peça teatral minunciosamente encenada, de modo a prestar-se como empresa veículo do ágio. Nasceu para ter vida curta, embora com relevante papel pela economia fiscal que proporcionaria quando incorporada por **BANCO BTG PACTUAL S/A**.

ggggg) A propósito, o relevo dado ao ágio no Protocolo e Justificação de Incorporação (DOC 78) mostra que este era seu grande atrativo. Os sócios de **COPA** poderiam ter adquirido individualmente suas participações. Seria mais simples para eles, já que não constituíam qualquer espécie de consórcio entre si. A organização sob a forma de *pool* de investidores não pareceu agregar qualquer vantagem, a não ser a tributária, num segundo momento, sobre as aquisições individuais.

hhhhh) O “ganho de sinergia” e a “simplificação societária”, aventados como justificativa e objetivo da incorporação (fl. 7, DOC 78), poderiam ter existido desde a origem do negócio; não se observou qualquer mudança de contexto que tenha justificado tal alteração de postura entre 23/11/2010 a 31/12/2011.

iiiiii) O caminho escolhido, de interpor **COPA** como investidora direta do banco, para, ao cabo, reduzir as bases tributárias em mais de R\$ 1,2 bilhão, foi planejado desde o início do negócio e, certamente, fez parte dos cálculos do preço pago pelos novos sócios. Com efeito, tratando-se de operação envolvendo grandes agentes financeiros e vultosas quantias, considerando-se que a única forma de os sócios de **COPA** tirarem proveito tributário do ágio pago pelas ações do banco seria por meio de algum evento societário de fusão/cisão/incorporação com outra sociedade, parece pouco provável que, num ambiente negocial sem vícios, os sócios de **COPA** estendessem os benefícios a todos os demais sócios do banco gratuitamente.

jjjjj) É razoável supor, então, que toda operação societária foi adrede concebida desde o início do processo de captação de novos sócios e, de certa forma, acabou sendo uma espécie de compensação aos antigos sócios pela diluição do capital social do banco. Vale dizer, a economia tributária com o aproveitamento do ágio pelo banco geraria ganhos para todos os sócios. A esse respeito, vem a calhar citar o item 5.2 do Protocolo e Justificação de Incorporação (fl. 10, DOC 78):

Caso o Banco venha a auferir benefícios fiscais em decorrência de amortização de ágio oriundo da Incorporação, tais benefícios fiscais serão revertidos (sem desembolso de recursos) a todos os acionistas do Banco, na exata proporção da participação detida pelos mesmos no capital social do Banco.

kkkkkk) Todos os aspectos levantados conduzem à conclusão de que a utilização de **COPACABANA PRINCE PARTICIPAÇÕES S/A** como empresa veículo teve como finalidade permitir o aproveitamento fiscal do ágio.

llllll) Dessa forma, entende-se que essa amortização de ágio também deva ser glosada, conforme abaixo resumido:

Ano-calendário	Valor
2012	R\$ 240.684.624,00

Tabela 24 – Valor indevidamente amortizado oriundo da incorporação de COPACABANA PRINCE PARTICIPAÇÕES S/A

DA COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE PREJUÍZOS FISCAIS E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA NO AC 2012

mmmmmm) Conforme Tabela 1, constante do item I do presente Termo de Verificação Fiscal Fls 4227), compensaram-se, no ano-calendário 2012, a título de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL, **R\$ 522.650.597,60** e **R\$ 528.793.424,26**, respectivamente, oriundos de 2008, 2009 e 2011, de acordo com o Lalur de 2012 (fls. 20 a 21, RESP TIF 1).

nnnnnn) Em 28/04/2017, já no curso desta auditoria, o contribuinte retificou sua DIPJ AC 2012 (ND 1660451), na qual passou a constar a compensação de R\$ 509.815.300,67 de prejuízo fiscal e de R\$ 509.526.770,05 de base de cálculo negativa da CSLL.

oooooo) Todavia, a lavratura de autos de infração referentes ao AC 2008, 2009 e 2011, lançados nos processos 16682.720.614/2012-61 e 16682.722.995/2015-66, acabou revertendo o prejuízo fiscal em lucro, e a base de cálculo negativa de CSLL em base positiva, de modo que o contribuinte incorreu em infração pela compensação indevida de suposto saldo de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL.

pppppp) Embora a 13ª Turma da DRJ/RPO, no acórdão 14-64.138, de 15/02/2017, tenha apurado erro na determinação das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL do AC 2011 (processo 16682.722.995/2015-66), procedendo à sua devida correção (fls. 121 a 123, DOC 02), isso não implicou na manutenção de prejuízo fiscal ou de base de cálculo negativa para aproveitamento em períodos posteriores.

DA APURAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

qqqqqq) Os valores deduzidos na apuração do lucro líquido do exercício, cujos montantes deveriam ser adicionados para a determinação do lucro real, em face de sua indedutibilidade fiscal, encontram-se sumulados abaixo:

AC	Valor	Origem
2012	73.588.246,58	v. item 2.5.4 (Tabela 22)
2012	43.591.464,60	v. item 2.6.4 (Tabela 23)
2012	240.684.624,00	v. item 2.7 (Tabela 24)
TOTAL	357.864.335,18	

Tabela 25 – resumo

rrrrrr) Conforme explicado no item mmmmmm, houve compensação de **R\$ 522.650.597,60** e **R\$ 528.793.424,26** a título de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL, respectivamente. Mas como as autuações anteriores reverteram os saldos em lucro e base de cálculo da CSLL em base positiva, estas compensações são indevidas, razão pela qual constitui-se o crédito correspondente.

AC	Valor	Tributo
2012	522.650.597,60	IRPJ
2012	528.793.424,26	CSLL

Tabela 26 - compensação indevida

A contribuinte foi cientificada das autuações em 21/12/2017 conforme Termo de ciência por Abertura de Mensagem - Comunicado (fls. 4295).

Em 18/01/2018 solicitou a juntada da impugnação ao feito (fls. 4297)

Passo a sintetizar a impugnação.:

1) Preliminarmente a contribuinte argui que os autos de infração devem ser declarados nulos, ou retificados a seu favor porque em 28.04.2017 apresentou DIPJ 2013, AC 2012, retificadora para alterar o montante de prejuízos fiscais e Base de cálculo negativa de CSLL compensados no período base de 2012, no valor de R\$ 509.815.300,67 (linha 68 da Ficha 09B) e R\$ 509.526.770,05 (linha 69 da Ficha 17B). Embora tivesse conhecimento de tal fato, a fiscalização considerou indevida a compensação de saldos de prejuízos fiscais e de base de cálculo negativa de CSLL nos montantes originais de R\$ 522.650.597,60 e R\$ 528.793.424,26, respectivamente.

2) Acrescenta que no AUTO de IRPJ, ao calcular o adicional do imposto supostamente devido pelo IMPUGNANTE, a fiscalização, equivocadamente, fez incidir a alíquota de 10% sobre a parcela do lucro real ajustado que excedeu a importância de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Ocorre que, nos termos do §1º do art. 3º da Lei nº 9.249, de 26.12.1995, o adicional do IRPJ deve ser calculado sobre o lucro real anual que ultrapassar R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais).

3) Menciona que pelos dos manifestos erros na apuração da exigência consubstanciada nos AUTOS, deve ser reconhecida a nulidade dos mesmos em razão de vício material insanável, tal como já reconheceu o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ("CARF") nos Acórdãos nº 3202001.284 (Relator RODRIGO CARDOZO MIRANDA, em 27.11.2014); 2402-004341 (Relator THIAGO TABORDA SIMÕES, em 12.11.2014); e 2402-003715 (Relator NEREU MIGUEL RIBEIRO DOMINGUES, em 14.08.2013)

DA IMPROCEDÊNCIA DA GLOSA DAS DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO UBS

FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL NA UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

4) A contribuinte neste tópico alega que

4.1) No caso concreto, a participação de UBS PARTICIPAÇÕES no processo de aquisição do IMPUGNANTE não teve como objetivo propiciar o aproveitamento fiscal do ágio, pois, como se demonstrará, os fatos ocorridos na estruturação dos investimentos do GRUPO UBS no Brasil comprovam que a interposição de UBS PARTICIPAÇÕES não propiciou economia fiscal diferente daquela que seria obtida caso a aquisição do IMPUGNANTE tivesse sido feita diretamente pela sociedade através da qual o GRUPO UBS atuava no Brasil desde 1983 e com a qual o IMPUGNANTE veio efetivamente a se juntar, por incorporação: o BANCO UBS.

4.2) . O GRUPO UBS pretendia ter apenas uma instituição financeira no Brasil, fato que efetivamente ocorreu poucos meses depois da aquisição do IMPUGNANTE, com sua junção com o BANCO UBS em razão da incorporação deste último.

4.3) O BANCO UBS poderia ter substituído UBS PARTICIPAÇÕES como adquirente original do IMPUGNANTE e, só não o fez em razão de o Grupo UBS estar seguro de que a participação transitória de UBS PARTICIPAÇÕES no processo seria irrelevante. Se as coisas forem postas de forma que apenas os fatos efetivamente ocorridos devem ser considerados, que se analisem os que realmente ocorreram - a aquisição do IMPUGNANTE por UBS PARTICIPAÇÕES e a incorporação do segundo pelo primeiro - e se extraíam dos mesmos os efeitos que lhes são próprios, inclusive os fiscais. A única razão para se rejeitarem efeitos a um ato jurídico legítimo até mesmo no âmbito da interpretação mais rigorosa da receita federal - é a de que ele tenha propiciado a obtenção de vantagem fiscal indevida; uma vantagem que não poderia ter sido obtida sem sua ocorrência e que não resultaria da natureza das operações realizadas. Se essa situação não se verifica, não há porque se ignorarem os efeitos que são próprios dos atos jurídicos praticados; não se pode ver neles uma simulação com efeitos fiscais, pois não propiciam vantagem indevida ao contribuinte.

4.4) O BANCO UBS podia perfeitamente ter adquirido o IMPUGNANTE e a incorporação do BANCO UBS pelo IMPUGNANTE, ou vice-versa, não só poderia ter ocorrido como efetivamente ocorreu. A incorporação era lógica, na medida em que não havia nada que justificasse a manutenção de duas pessoas jurídicas no Brasil exercendo a mesma atividade sob a mesma bandeira, mas com estruturas operacionais independentes.

4.5) A rigor, pode-se dizer que a única vantagem decorrente da utilização de UBS PARTICIPAÇÕES como adquirente do IMPUGNANTE, em vez do BANCO UBS, teria sido a antecipação do aproveitamento fiscal do ágio em dois meses, uma vez que a junção de dois bancos de porte exige cuidados especiais, razão pela qual UBS PARTICIPAÇÕES foi incorporada pelo IMPUGNANTE antes do BANCO UBS.

4.6) Não há, portanto, qualquer razão que justifique o questionamento do aproveitamento fiscal das despesas com amortização de ágio no caso concreto: a utilização de UBS PARTICIPAÇÕES na reestruturação do GRUPO UBS foi irrelevante, em termos fiscais, e, portanto, não causou nenhum prejuízo aos cofres públicos. Não se sustenta, pois, a assertiva da fiscalização de que a mesma serviu exclusivamente para "propiciar as condições puramente formais para a dedutibilidade do ágio, em total falta de propósito negocial". 4.7) O CARF já analisou situação semelhante, envolvendo o aproveitamento fiscal do produto da amortização de ágio registrado na aquisição das ações de determinada instituição financeira e na qual, ao final da reestruturação societária implementada pelo grupo adquirente, houve efetiva incorporação da empresa adquirida com ágio por outra instituição financeira que já o integrava (Acórdão n.º 1301-002.111 (Relator WALDIR VEIGA DA ROCHA, em 10.08.2016) .

4.8) A irrelevância de UBS PARTICIPAÇÕES ter figurado como adquirente das ações do Banco Pactual S.A. também decorre da mesma razão, efetiva união entre duas instituições financeiras ao final da reestruturação societária.

4.9) A razão de UBS PARTICIPAÇÕES ter participado do negócio, juntamente com UBS INVESTIMENTOS está ligada a dois fatos: (i) irrelevância, em termos fiscais, de a compra do BANCO PACTUAL ser feita diretamente por UBS PARTICIPAÇÕES ou pelo BANCO UBS, na medida em que sempre haveria junção, por incorporação, das sociedades envolvidas no negócio; e (ii) existência de norma de natureza regulatória que impedia que o adquirente do controle do antigo Banco Pactual S.A. fosse UBS AG.

4.10) A norma regulatória a que o IMPUGNANTE se refere é a Resolução do Conselho Monetário Nacional ("CMN") n.º 3.040, de 28.11.2002, cujo art. 14 dispõe:

"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."

4.11) Como se observa, a Resolução CMN nº 3.040/02 admite que a aquisição do controle de instituições financeiras brasileiras seja feita por pessoas físicas, que não seria o caso, ou por 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, como UBS PARTICIPAÇÕES (art. 14, inciso III), ou por instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil ("BACEN"), como é o BANCO UBS (art. 14, inciso II), mas não por sociedades com as características de UBS AG.

4.12) Nos autos dos Processos nºs 16682.720.614/2012-61 e 16682.722.995/2015-66, o IMPUGNANTE havia anexado parecer elaborado pelo Dr. SÉRGIO DARCY DA SILVA ALVES (ex-Diretor de Normas e Organização do Sistema Financeiro do BACEN), ora juntado à presente impugnação como **DOC. 03**, em apoio ao seu entendimento no sentido de que a criação de uma *holding* pura no Brasil, para a aquisição do BANCO PACTUAL era a opção que se ajustava às exigências da já referida Resolução do BACEN. Destaquem-se os seguintes trechos do parecer:

"E com base no referido normativo, entendemos que a proposta da UBS AG de constituir uma holding para exercer o controle do Banco Pactuai S.A. encontra nitidamente amparo 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 Pactuai 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. (...)

Não tenho dúvida em afirmar que a opção pela criação de uma holding pura, no âmbito do Sistema Financeiro no Brasil, atendeu totalmente aos objetivos do 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 Pactuai S/A nos exatos termos em que pleiteado pelo UBS AG: por meio da holding UBS Brasil Participações Ltda." (Grifos do IMPUGNANTE.)

4.13) O Acórdão proferido pelo CARF no julgamento do processo nº 16682.720.614/2012-61 - cujas razões foram adotadas pela decisão de primeira instância no processo nº 16682.722.995/2015-66 - reconheceu a existência de uma "probabilidade" de a aquisição por UBS AG não ser aprovada pelo BACEN, por contrariar o texto da Resolução CVM nº 3.040/02, porém concluiu, sem nenhum motivo lógico, que essa "probabilidade" seria insuficiente a justificar a participação de UBS PARTICIPAÇÕES na negociação. Lê-se no Acórdão:

"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 Pactuai 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. (...)

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.

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. (...)

(Grifos do IMPUGNANTE.)

4.14) 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."

4.15) De fato, o parecer não diz que o único caminho que o GRUPO UBS teria para se certificar de que a operação seria aprovada seria a utilização de UBS PARTICIPAÇÕES (ou de sociedade com características semelhantes). Mas qual seria a outra opção dentre as previstas no art. 14 da Resolução CMN n.º 3.040/02. A simples leitura do referido artigo evidencia que ela seria a utilização do BANCO UBS e, se isso tivesse ocorrido, o ágio pago na aquisição do antigo Banco Pactuai S.A. seria aproveitado fiscalmente, quando se verificasse a incorporação do adquirente pelo referido banco (o IMPUGNANTE).

4.16) O simples risco de a autorização para compra do antigo Banco Pactuai S.A. ser negada pelo BACEN - se o adquirente do IMPUGNANTE fosse UBS AG seria mais do que suficiente a levar qualquer administrador responsável a procurar uma opção mais segura. A "probabilidade" de insucesso numa operação do porte da aquisição de um banco - com as consequências e perdas decorrentes do reinício de gestões junto às autoridades competentes - é mais do que suficiente a comprovar legítima motivação da solução encontrada pelo GRUPO UBS para afastá-la. O Acórdão parece sugerir ao contribuinte correr riscos desnecessários e até mesmo deixar de observar regras expedidas pelo CMN, apenas para satisfazer ao erário. Com efeito, qualquer pessoa que leia o art. 14 da Resolução CMN n.º 3.040/02 concluirá, sem maior indagação, que sociedades com atuação diversificada, como UBS AG1, não está nele mencionada.

4.17) De qualquer forma, face a afirmativa constante da decisão proferida no Acórdão n.º 1103-001.102 de que o parecer de SÉRGIO DARCY (mencionado em 5.1.24., acima) não teria sido categórico quanto à impossibilidade de UBS AG adquirir diretamente o Banco Pactual S.A., o IMPUGNANTE providenciou outro estudo sobre a matéria, de autoria de GUSTAVO J. L. LOYOLA - Presidente do BACEN por duas ocasiões - e de ERNESTO MOREIRA GUEDES FILHO (DOC. 04), em que os mesmos afirmam que: (i) a aquisição direta das ações do Banco Pactual S.A. por UBS AG era vedada pelas normas do CMN vigentes à época; (ii) diante de tal restrição, era necessária a constituição *holding* pura no Brasil para que uma sociedade com as características de UBS AG pudesse participar indiretamente do capital social do Banco Pactuai S.A., nos termos do inciso III da Resolução CMN n.º 3.040/02; e (iii) os pleitos

para participação ou aumento de participação estrangeira no capital de instituições financeiras a serem encaminhados à deliberação do Chefe do Poder Executivo, nos termos da Circular BACEN n.º 3.317, de 29.03.2006, deveriam necessariamente observar a Resolução CMN n.º 3.040/02. Esclarece o parecer:

"4 Respostas aos quesitos Com base no exposto nas seções anteriores, esta seção responde aos quatro quesitos formulados pelo BTG.

4.1 Quesito 1 Uma sociedade com sede no exterior e com atividades diversificadas, como a UBS AG, podia, em 2006, de acordo com a legislação vigente à época, realizar a compra de um banco brasileiro, diretamente?

A resposta ao quesito é negativa.

O Contrato de Compra e Venda entre UBS AG e Pactuai S.A. foi celebrado em maio de 2006. As aprovações da operação pelo CMN e Bacen se deram em setembro de 2006 e a publicação do Decreto ocorreu em outubro de 2006.

Em 2006, os requisitos e procedimentos para a transferência de controle societário estavam definidos no Regulamento Anexo à Resolução CMN n.º 3.040/2002. Conforme os artigos 10 e 14, as participações societárias diretas no controle de um banco múltiplo somente poderiam ser detidas por pessoas físicas, instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Bacen, ou outras pessoas jurídicas (holdings) tendo como objeto social exclusivo a participação em instituições financeiras e demais instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

O voto publicado no Diário Oficial da União - DOU, apesar de resumido, traz as informações a respeito dos aspectos analisados pelo CMN referentes à aquisição do controle acionário do Banco Pactuai S.A. e suas coligadas, através de aumento de participação estrangeira e à luz da Resolução CMN n.º 3.040/2002

Na Resolução CMN n.º 3.040/2002 não havia previsão para que uma sociedade sediada no exterior (como era o caso do UBS AG, com sede na Suíça) e com atividades diversificadas pudesse ter participação societária direta que implicasse controle de um banco múltiplo.

4.2. Quesito 2 Tendo em vista o disposto na regulação vigente em 2006, mais especificamente o art. 14 da Resolução CMN n.º 3.040/2002, era correto supor que por disposição regulamentar uma instituição financeira estrangeira que também explorasse outras atividades deveria constituir uma holding pura no Brasil para adquirir uma instituição financeira no Brasil?

A resposta ao quesito é afirmativa.

*À luz do artigo 14-111 do Regulamento Anexo à Resolução CMN n.º 3.040/2002, as participações societárias diretas que implicassem controle de um banco múltiplo (como era o caso do Banco Pactuai S.A.) poderiam ser detidas por pessoas jurídicas, que tivessem por objeto social **exclusivo** a participação societária em instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.*

Logo, na hipótese de o objeto social de uma holding não ser exclusivamente a participação societária em instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil não configuraria atendimento estrito ao disposto no artigo 14-111 do Regulamento Anexo à Resolução CMN n.º 3.040/2002.

Com essa restrição, O Banco Central excluía a possibilidade de uma empresa não financeira ter suas atividades misturadas à atividade bancária exercida no Brasil, ou seja, impedia que setores fracamente regulados da economia, aos quais ele não tem

acesso e controle, confundissem suas atividades com as de um setor que, por razões econômicas amplamente consensuais, necessita ser estritamente regulado e fiscalizado.

Essa restrição foi posteriormente alterada e as razões de sua alteração auxiliam a entender sua lógica. A partir de 2012, com a Resolução CMN n.º 4.12230, de 2 de agosto de 2012, que revogou a Resolução CMN n.º 3.040/2002, o Conselho Monetário Nacional autorizou que instituições financeiras sediadas no exterior pudessem ter participação direta que implicasse controle de instituições financeiras nacionais. Tal autorização não reflete uma maior liberalização na regulação ou a ausência de necessidade economia dessa regulação, mas sim justamente o contrário. Os princípios que guiam essa regulação foram estabelecidos no Acordo Basileia II, em 2004, com sua implementação sendo feita de forma gradual, tendo se intensificado a partir da crise financeira internacional de 2008. Com isso, em 2012 existiam condições para que o Banco Central do Brasil pudesse autorizar a participação direta, pois já havia a possibilidade de maior acesso e controle a instituições no exterior.

4.3. Quesito 3

Acreditamos que ainda que haja reconhecimento do interesse público do Governo brasileiro, por meio de decreto presidencial (nos termos do art. 52, § único, do ADCT) o processo para sua aquisição fica sujeito a observância nas normas infraconstitucionais/legais, dentre as quais está à Resolução CMN n.º 3.040/2002 que estabelecia limitações para aquisição direta, i.e., o Decreto presidencial não suprimia a observância das demais exigências. Está correto esse entendimento?

A resposta ao quesito é afirmativa.

O artigo 5º da Circular Bacen n.º 3.317/2006 fazia referência explícita ao art. 52 da ADCT e dispunha que (dentre outros) os pleitos para a 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 seriam analisados (pelo Bacen) com vistas ao respectivo encaminhamento à deliberação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

*Dessa forma, **quando do encaminhamento ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, o pleito de aumento de participação estrangeira já deveria ter sido analisado pelo Banco Central de acordo com a regulamentação vigente, o que inclui a Resolução CMN n.º 3.040/2002, cabendo aos requerentes, após a edição do Decreto, adotar providências complementares previstas na regulamentação em vigor** (§único do artigo 5º da Circular Bacen n.º 3.317/2006). **Segundo as evidências obtidas (e reproduzidas em anexo ao final deste Parecer), a manifestação favorável da Diretoria Colegiada do Bacen (19/06/2006) e a aprovação pelo CMN (27/09/2006) antecederam a aprovação do Decreto 126/10/2016**: de fato, a Circular Bacen n.º 3.317/2006, busca fundamentação para instrução dos pleitos para instrução do processo visando a publicação do Decreto (que também foi assinado pelo Presidente do Banco Central à época, Sr. Henrique de Campos Meirelles).*

*Ademais, o regulamento e decreto são figuras conceitualmente distintas: "O regulamento é o conjunto de normas administrativamente editadas. O decreto é o instrumento pelo qual o Chefe do Executivo manifesta formalmente por escrito sua vontade funcional nas hipóteses cabíveis"³¹. Conforme observado no Decreto de 26 de outubro de 2006, publicado no DOU de 27/10/2006, que decreta ser de interesse do Governo brasileiro o aumento de participação estrangeira, até cem por cento, no capital do Banco Pactual S.A., trata-se de cumprimento da ADCT através da manifestação formal do Chefe do Executivo Federal sobre sua vontade funcional. **Não tem o intuito, e nem poderia ter, de alterar regulações vigentes.***

4.4. Quesito 4

Em sendo inviável a aquisição direta por UBS AG nos termos do Quesito 1, a estrutura adotada pelo UBS por meio das holdings para compra do Pactual atenderia o disposto na legislação vigente, mais especificamente art. 14 da Resolução CMN n.º 3.040/2002?

A resposta ao quesito é afirmativa.

No pleito protocolado no Bacen/DEORF, datado de 31/05/2006, constou explicitamente que deveria ocorrer a alienação da totalidade do capital social do Banco Pactual à sociedade holding que o UBS AG pretendia constituir no Brasil, com objeto social exclusivo, nos termos da Resolução n.º 3.040/2002.

Nesse sentido, o pleito apresentou uma estrutura de controle societário em linha com o estabelecido no Art. 14, inciso III, do Regulamento Anexo à Resolução CMN n.º 3.040/2002, que dispõe que as participações societárias diretas que impliquem controle das instituições financeiras (banco múltiplo) podem ser detidas por 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."

4.18) Fica fora de dúvidas, portanto, que existia - à época do CCV/06 - norma regulatória que vedava a aquisição das ações do Banco Pactual S.A. diretamente por UBS AG.

4.19) Nas contrarrazões ao recurso voluntário apresentado pelo IMPUGNANTE nos autos do processo n.º 16682.722.995/2015-66 - que reproduziu algum dos fundamentos adotados pelo órgão julgador de primeira instância para negar provimento à impugnação então apresentada -, a PGFN sustenta que não haveria qualquer impedimento legal ou regulatório à aquisição direta do antigo Banco Pactual S.A. por UBS AG, pois (i) a Circular BACEN n.º 3.317, de 29.03.2006, autorizava a aquisição do controle direto de instituições financeiras por empresas estrangeiras e (ii) a própria autorização da aquisição do Banco Pactual S.A. pelo GRUPO UBS pelos órgãos regulatórios demonstraria a inexistência de restrição neste sentido.

4.20) Entretanto, GUSTAVO J. L. LOYOLA e ERNESTO MOREIRA GUEDES FILHO, afirma categoricamente que os pleitos de que trata a Circular BACEN n.º 3.317/06 deveriam necessariamente observar a Resolução CMN n.º 3.040/02. O parágrafo 2o do art. 1o da Circular BACEN 3.317/06 (o dispositivo citado nas contrarrazões) dispõe:

"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;"

4.21) O dispositivo em causa apenas diz que os procedimentos previstos no art. 1o aplicam-se a pleitos para participação ou aumento de participação estrangeira direta ou indireta no capital de instituições financeiras brasileiras. Mas não é disso que se trata. A Resolução CMN n.º 3.040/02, editada por órgão de hierarquia superior ao BACEN, o CMN, diga-se de passagem, não vedava a participação direta de estrangeiros no capital de banco brasileiros, mas sim que o controle dos mesmos fosse exercido por entidade com as características de UBS AG.

4.22) A PGFN chega a sustentar que os órgãos regulatórios teriam aprovado a compra direta do antigo Banco Pactuai S.A. por UBS AG, na medida em que sua aprovação teria considerado a possibilidade de não vir a ser constituída sociedade *holding* no Brasil e de UBS AG figurar como adquirente do Banco Pactuai S.A. Essa afirmativa está incorreta.

4.23) Os órgãos reguladores nunca aprovaram (e nem poderiam ter aprovado) a aquisição do controle direto do Banco Pactual S.A. por UBS AG. No caso concreto, **o BACEN e o CMN analisaram a aquisição do controle do Banco Pactual S.A. especificamente por meio de sociedade *holdings* constituída no Brasil.** Com efeito, em observância à Resolução CMN n.º 3.040/02, **o pleito encaminhado para o Presidente da República, e que já havia sido objeto de análise pelos referidos órgãos, era expresso no sentido de que a aquisição das ações do Banco Pactual S.A. seria realizada por sociedade *holding* constituída no Brasil.** Transcreva-se o seguinte trecho do pleito protocolado junto ao BACEN ora anexado como **DOC. 05:**

*"Após terem sido obtidas as autorizações governamentais necessárias, e uma vez implementada a reorganização acima referida, deverá ocorrer a alienação da totalidade do capital social do Banco Pactuai à sociedade *holding* que o UBS AG pretende constituir no Brasil, com objeto social exclusivo, nos termos da Resolução n.º 3.040/2002, daí resultando a transferência do controle do Banco Pactuai, e a elevação da participação estrangeira indireta em seu capital social para 100% (cem por cento)."*

(Grifos do IMPUGNANTE.)

4.24) Registre-se, inclusive, que em correspondência datada de 10.07.2006, constante do processo de autorização, ficou esclarecido que a sociedade *holding* a que se referia o mesmo seria UBS PARTICIPAÇÕES. Os seguintes trechos do parecer elaborado por GUSTAVO J. L. LOYOLA e ERNESTO MOREIRA GUEDES FILHO reconhecem tais fatos:

*"De fato, no pleito protocolado no Bacen/DEORF, datado de 31/05/2006, constou explicitamente que deveria ocorrer a alienação da totalidade do capital social do Banco Pactuai à sociedade *holding* que o UBS AG pretendia constituir no Brasil, com objeto social exclusivo, nos termos da Resolução n.º 3.040/2002. Nesse sentido, o pleito apresentou uma estrutura de controle societária em linha com o estabelecido no art. 14 - III da mencionada Resolução, no qual, a participação societária direta no controle do Banco Pactuai seria exercida por pessoa jurídica, que teria por objeto social exclusivo a participação societária em instituições financeiras."*

*O esclarecimento de que a *holding* mencionada no pleito era a UBS Participações ocorreu através de correspondência datada de 19/07/2006 (...)O referido processo recebeu a autorização do poder executivo (decreto presidencial), aprovação pelo Conselho Monetário Nacional e manifestação Favorável da Diretoria Colegiada do Bacen."*

4.25) Ou seja, **a operação submetida à aprovação dos órgãos governamentais consistiu precisamente na aquisição do controle do Banco Pactuai S.A. por UBS PARTICIPAÇÕES.** E nem poderia ser diferente, uma vez que, como bem ressaltaram os referidos pareceristas, a observância da Resolução CMN n.º 3.040/02 consistia em "um requisito para que o Banco Central e o CMN instruísem o processo para a manifestação do interesse pelo Governo, subsidiando a deliberação da Presidência da República".

4.26) A jurisprudência do CARF considera que a adoção de procedimento específicos pelo contribuinte destinado a contornar impedimentos regulatórios é legítima e há que ser respeitada pela fiscalização, mesmo que ele se apresente como a mais conveniente ao contribuinte, em termos fiscais (reitere-se, **o que sequer ocorreu no caso concreto**).

Recentemente, foi proferido o Acórdão n.º 1301-002.658 (de 17.10.2017), cuja ementa é a seguinte:

"(...)ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. USO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGITIMIDADE. TELECOMUNICAÇÕES. A criação da empresa veículo que tenha como o objetivo a economia tributária, por si só, não impede a amortização do ágio, desde que não tenha gerado um novo ágio. No presente caso, a reorganização societária envolvendo a criação de holding decorreu de uma exigência legal do próprio setor de Telecomunicações."

(Grifos do IMPUGNANTE.)

4.27) Tal como naquele caso, UBS PARTICIPAÇÕES foi constituída com o propósito de eliminar o risco (**reconhecido pelo próprio Acórdão proferido no processo n.º 16682.720.614/2012-61**) de a aquisição do controle do IMPUGNANTE por UBS AG não ser aprovada pelo BACEN; a única diferença entre as situações em confronto, irrelevante, diga-se de passagem, é a de que naquele caso tratava-se de risco vinculado à ANATEL, enquanto que, no presente, ao BACEN.

4.28) Na pág. 31 do TVF, a fiscalização argumenta que a artificialidade do ÁGIO UBS seria corroborada pelo fato de ter sido constituída provisão em valor idêntico ao do ágio, quando da realização de incorporação inversa de UBS PARTICIPAÇÕES. Trata-se de mais um equívoco do TVF.

4.29) O registro da referida provisão ocorreu para evitar que a amortização afetasse o lucro do IMPUGNANTE, reduzindo o dos dividendos que viesse a distribuir. O registro dessa provisão é previsto pela Circular BACEN n.º 3.017, de 06.12.2000, que consolidou os procedimentos contábeis que devem ser adotados por instituições financeiras em processos de incorporação, fusão e cisão. Dispõe seus arts. 7o e 8o:

"Art. 7. Nas operações de incorporação nas quais a sociedade incorporada detém participação no capital da incorporadora, o ágio ou deságio existente na incorporada, quando não baixados no momento da incorporação, devem ser contabilizados: (...)

II - no caso de ágio, na conta ÁGIOS DE INCORPORAÇÃO, código 2.4.1.10.000, do Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional - COSIF, e deságio no grupo RESULTADOS DE EXERCÍCIOS FUTUROS, tendo ambos como contrapartida provisão de uso interno e retificadora, quando o fundamento econômico tiver sido a expectativa de resultado futuro.

Parágrafo 1. A amortização do ágio ou deságio deve ser efetuada em consonância com os prazos das projeções que o justificaram.

Parágrafo 2. A provisão mencionada no inciso II deve ser revertida proporcionalmente à amortização do ágio ou do deságio que lhe deu origem.

Art. 8. A função da conta ÁGIOS DE INCORPORAÇÃO passa a ser a de registrar as despesas previstas no art. 3o, inciso I, do Decreto-lei n.º 2.075, de 20 de dezembro de 1983, destinadas à amortização consoante autorização do Conselho Monetário Nacional, bem como de lançar o valor do ágio existente na incorporada, quando da incorporação de empresa que detenha participação acionária na incorporadora."

4.30) Isto é, a constituição da provisão a que se refere o TVF não indica que o ágio seja irrecuperável (como costuma ocorrer com as provisões), mas justifica-se pelo objetivo de manter o fluxo de rentabilidade da incorporadora.

4.31) De resto, na mesma pág. 31, o TVF faz crítica específica à participação de UBS INVESTIMENTOS na negociação e sustenta que ela teria sido utilizada pelo GRUPO UBS para permitir um novo aproveitamento fiscal do ágio, que ocorreria "com a

redução do ganho de capital apurado pela UBS AG e UBS BRASIL INVESTIMENTOS na operação de recompra da fiscalizada pelo grupo BTG".

4.32) Esclarece o IMPUGNANTE que UBS INVESTIMENTOS foi extinta em 03.08.2009, antes, portanto, da data do fechamento da operação objeto do CCV/09. Com a extinção de UBS INVESTIMENTOS, a participação que ela tinha no capital do IMPUGNANTE foi transferida para sua acionista, a UBS AG, a quem coube vender as ações do IMPUGNANTE ao GRUPO BTG. A UBS AG é uma pessoa jurídica sediada no exterior e o ganho de capital de residente no exterior é definido mediante o confronto do preço de venda de seu investimento no Brasil com o respectivo custo de aquisição. Assim, mesmo que tivesse ocorrido uma duplicidade no registro do ágio, ela não afetaria o montante do ganho de capital de UBS AG na venda de seus investimentos no IMPUGNANTE.

FALTA DE ELABORAÇÃO TEMPESTIVA DE DEMONSTRATIVO DO FUNDAMENTO ECONÔMICO DO ÁGIO

5) Com relação a este fundamento da autuação as argumentações são as seguintes:

5.1) Diz o TVF que "no presente caso, o que se constata é que o documento apresentado pelo contribuinte somente foi produzido em dezembro de 2007 (fl. 2, DOC 30), embora o fechamento do CCV/2006 tenha ocorrido antes, em dezembro de 2006". O documento a que o TVF ora se refere é o laudo de autoria da PricewaterhouseCoopers mencionado no item 3.2.8. acima, elaborado com base em fatos verificados à época do fechamento da operação para corroborar demonstrativo anterior preparado pelo GRUPO UBS.

5.2) O IMPUGNANTE registra, desde já, que o TVF não questiona o fundamento do ágio em si, ou seja, não há qualquer crítica ao fato de o ágio em questão ter sido imputado às perspectivas de rentabilidade futura do IMPUGNANTE. O TVF questiona tão-somente a tempestividade do demonstrativo utilizado para ratificar a mencionada alocação.

5.3) O IMPUGNANTE ressalta que o laudo de avaliação a que se refere a fiscalização foi elaborado com data-base de 30.11.2006, ou seja, tomou por base informações anteriores à transação. Além disso, o laudo foi elaborado com base em estudo interno realizado pelo GRUPO UBS antes da aquisição, ora anexado como **DOC. 06**, estudo esse já apresentado nos processos n.ºs 16682.720.614/2012-61 e 16682.722.995/2015-66.

5.4) Dispõe o § 3º do art. 20 do DL 1.598 de 26.12.1977, em sua redação vigente à época da aquisição do IMPUGNANTE pelo GRUPO UBS:

"§ 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."

5.5) O dispositivo legal acima transcrito não define o formato do demonstrativo a que se refere; apenas prevê que a "demonstração deve ser arquivada como comprovante da escrituração". 5.6) Assim, ainda que não existisse o laudo referido no TVF, finalizado em dezembro de 2007 e elaborado com base em elementos existentes em 30.11.2006, para corroborar o estudo interno realizado pelo GRUPO UBS, o referido estudo interno já seria suficiente para fins de demonstração do fundamento econômico do ágio.

5.7) Registre-se, que a validade da comprovação do fundamento econômico do ágio em questão foi aceita pelo CARF no julgamento do processo nº 16682.720.614/2012-61. Com efeito, embora a ementa do acórdão não seja clara, a maioria dos conselheiros da turma julgadora votou favoravelmente ao IMPUGNANTE neste particular: os Conselheiros MARCOS SHIGUEO TAKATA, BRENO FERREIRA MARTINS VASCONCELOS e FÁBIO NIEVES BARREIRA fizeram-no de forma expressa,

enquanto que o presidente da turma, Conselheiro ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA, o fez de forma implícita, na medida em que julgou improcedente o recurso então apresentado pelo IMPUGNANTE "unicamente pelo fundamento da inexistência de obrigatoriedade de aquisição indireta do controle acionário". Ou seja, uma vez que a fiscalização rejeitou a amortização do ágio - dentre outros motivos - por considerar que seu fundamento não havia sido comprovado e o conselheiro ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA negou provimento ao recurso do IMPUGNANTE exclusivamente por outra razão (suposta utilização injustificada de veículo), é evidente que entendeu que o fundamento do ágio estava satisfatoriamente comprovado.

5.8) Aliás, no Despacho s/n.º, de 31.05.2016, o Presidente da Iª Câmara da Iª Seção do CARF reconheceu expressamente que a maioria dos Conselheiros da Turma Julgadora não acolheu este item da autuação no Acórdão n.º 1103-001.102, razão pela qual o RECORRENTE sequer necessitaria contraditá-lo em seu recurso especial de divergência. Transcrevem-se os seguintes trechos do referido Despacho:

"III. 11 - Da Validade do Estudo Interno como Documentação de Suporte do Fundamento do Ágio Neste tópico, afirma a Recorrente que o estudo interno e o laudo apresentados eram suficientes para comprovar o fundamento econômico do ágio.

Trata-se essa matéria [inexistência de demonstração arquivada como comprovante da escrituração do ágio, por ocasião da aquisição do investimento (fundamento econômico)] de fundamento que, como se viu anteriormente, não foi acolhido pela maioria do Colegiado, não cabendo, pois, ser contraditado em Recurso Especial, conforme admitido pela própria Recorrente (e-fls. 6.106, nota 16).

III. 12 - Da Possibilidade de Apresentação de Laudo Posterior à Aquisição Neste tópico, afirma a Recorrente que, ainda que o laudo seja posterior à operação, trata-se efetivamente de documento baseado em fatos que são a esta contemporâneos, devendo ser aceito para fins de comprovação do fundamento econômico do ágio.

Trata-se essa matéria [inexistência de demonstração arquivada como comprovante da escrituração do ágio, por ocasião da aquisição do investimento (fundamento econômico)] de fundamento que, como se viu anteriormente, não foi acolhido pela maioria do Colegiado, não cabendo, pois, ser contraditado em Recurso Especial, conforme admitido pela própria Recorrente (e-fls. 6.109, nota 22).

(Grifos originais.)

5.9) Por sua vez, no processo n.º 16682.722.995/2015-66, a decisão de 1ª instância adotou as razões de decidir do Acórdão n.º 1103-001.102 - que, como visto, não foi desfavorável ao RECORRENTE -, porém, inexplicavelmente, considerou a impugnação do RECORRENTE improcedente neste particular.

5.10) Por óbvio, caso tivessem sido adotadas as razões de decidir do referido precedente, teriam prevalecido os entendimentos abaixo transcritos, implicitamente adotados pelo Conselheiro ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA:

BRENO FERREIRA MARTINS VASCONCELOS

"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: (...)

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 sobre preço. A título de exemplo, transcrevo as ementas a seguir: (...)

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

(Grifos do IMPUGNANTE.)

MARCOS SHIGUEO TAKATA

"De todo modo, vejo que há estudo interno, em inglês, de fls. 3586 a 3621, não datado.

Nas fls. 4104 a 4107 há tradução juramentada de memorando de Juerg Zimmermann, de 9/1/13, que descreve os trabalhos de avaliação do Pactuai 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 é 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 veio vício no ponto relativo ao fundamento econômico do ágio e de seu demonstrativo.**" (Grifos do IMPUGNANTE.)*

5.11) Reitere-se: o § 3º do art. 20 do DL 1.598/77, em sua redação vigente à época da aquisição do Banco Pactuai S.A. pelo GRUPO UBS, não exigia nenhum tipo específico de demonstrativo para fundamentar o ágio vinculado às perspectivas de rentabilidade futura do investimento. Isso passou a ocorrer com a Lei nº 12.973/14, quando a apresentação de laudo de avaliação tornou-se necessária.

5.12) A decisão de 1ª instância proferida no processo nº 16682.722.995/2015-66 critica os estudos internos apresentados pelo IMPUGNANTE por eles terem sido elaborados em inglês e não terem sido datados nem assinados. A despeito de a utilização deste ou daquele idioma ser absolutamente irrelevante no caso, por se tratar de um estudo essencialmente numérico, o IMPUGNANTE já havia juntado no processo nº 16682.720.614/2012-61 tradução juramentada tanto dos estudos internos quanto de memorando descritivo dos trabalhos de avaliação das ações do Banco Pactuai S.A., ora anexadas ao presente recurso como **DOC. 07**. Depreende-se do referido memorando que houve um número expressivo de profissionais - de diversas áreas do GRUPO UBS - envolvidos em criteriosa avaliação do Banco Pactuai S.A., na qual foram despendidas centenas de horas inclusive com participação de consultores externos.

5.13) O GRUPO UBS e o Banco Pactuai S.A. não tinham qualquer vínculo societário ou econômico, de sorte que não seria crível supor que o preço de aquisição das ações do Banco Pactuai S.A. não houvesse sido objeto de criteriosa avaliação, anterior à tomada de decisão.

5.14) Quanto ao fato de os documentos em causa não terem sido assinados, como bem ressaltou o Conselheiro TAKATA, no voto proferido no Acórdão n.º 1103-001.102, os demonstrativos preparados pelo GRUPO UBS para definir o preço de aquisição do Banco Pactual S.A. eram documentos certamente confidenciais, cujos destinatários eram pessoas diretamente envolvidas na negociação, inexistindo qualquer razão para que fossem assinados ou datados.

5.15) Quanto à falta de indicação de data, o memorando apresentado pelo IMPUGNANTE dá conta de discussões iniciadas em 2005 e intensificadas em 2006; as projeções de rentabilidade futura foram calculadas considerando resultados de 2005; o preço de aquisição das ações do Banco Pactuai S.A. pago pelo GRUPO UBS situou-se dentro dos limites máximo e mínimos calculados pelo GRUPO UBS, etc. Em suma, não há nenhuma razão para se duvidar da contemporaneidade dos estudos internos em discussão.

5.16) De resto, ainda que se entendesse que os estudos realizados pelo GRUPO UBS não seriam suficientes para demonstrar o fundamento do ágio, esclarece o IMPUGNANTE que tanto a doutrina quanto a jurisprudência mencionadas nos itens anteriores admitem que preenchem a função dos demonstrativos em causa laudos elaborados após a aquisição do investimento, desde que tomem como base informações da época; esse foi o caso do laudo elaborado PricewaterhouseCoopers, posto que teve como data base 30.11.2006.

5.17) Ainda que assim não fosse, registre-se que a Lei n.º 12.973/14, ao alterar a redação do § 3o do art. 20 do DL n.º 1.598/77, criando a obrigatoriedade da elaboração de laudo de avaliação para a comprovação do fundamento do ágio pago nas aquisições de investimentos (realizadas a partir de 01.01.2015), concedeu ao contribuinte prazo para protocolá-lo na Receita Federal do Brasil: "(...) último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação".

5.18) Ora, é evidente que, se a lei silencia quanto à data de elaboração do laudo de fundamentação econômica do ágio, mas estabelece um prazo máximo para sua apresentação, ele pode ser elaborado em qualquer data desde que anterior ao "último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição". Tanto é assim que, ao regulamentar a matéria, a Instrução Normativa n.º 1.700, de 14.03.2017, apenas prevê sanções para a falta de protocolo (e não de elaboração) do laudo no prazo previsto. Se o laudo devesse existir na data da aquisição do investimento, porque razão a lei facultaria seu registro em prazo tão longo quanto 13 meses? A elaboração de um laudo é um ato complexo e demanda tempo; já o seu registro, um ato de natureza meramente formal, capaz de ser realizado no tempo necessário à sua entrega aos órgãos competentes. Evidentemente não faz nenhum sentido sustentar que a lei não tenha concedido qualquer prazo para a elaboração do laudo mas tenha dado o prazo de 13 meses para seu registro.

5.19) Em suma, os estudos internos realizados pelo GRUPO UBS antes da aquisição do Banco Pactuai S.A. e o laudo da PricewaterhouseCoopers elaborado com base em dados existentes naquela época, para corroborar os demonstrativos acima mencionados, são suficientes a demonstrar o fundamento econômico do ágio em questão, tal como já foi reconhecido pelo Acórdão n.º 1103-001.102.

DO NÃO PAGAMENTO EFETIVO DE PARTE DO VALOR DEVIDO DE R\$ 375.856.328,07

6.) Segundo o TVF, uma parcela do preço de aquisição das ações representativa do capital do IMPUGNANTE não teria sido efetivamente paga, qual seja, a parte do

VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO liquidada por BTG PARTICIPAÇÕES II mediante a entrega de ações aos integrantes do GRUPO BTG. Por essa razão, essa parcela do preço não poderia compor o valor do ágio sujeito a amortização.

6.1) O TVF faz vários comentários sobre o direito dos SÓCIOS VENDEDORES ao recebimento do VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO. Afirma o TVF que os créditos dos SÓCIOS VENDEDORES eram incertos porque "estavam sujeitos a condições necessárias para que fossem liberados aos sócios vendedores de forma definitiva, e somente seriam liberados em julho de 2011, se ocorridas essas condições".

6.2) Não obstante esses comentários, o único questionamento dos AUTOS refere-se à parcela do preço representada pela assunção da obrigação de pagar o VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO que veio a ser liquidada mediante a entrega de ações da devedora (BTG PARTICIPAÇÕES II) aos integrantes do GRUPO BTG.

6.3) Sustenta a fiscalização que o ágio correspondente à parcela do VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO no valor de R\$ 375.856.328,07 paga com ações de BTG PARTICIPAÇÕES II não poderia ser amortizado fiscalmente por não ter ocorrido a circulação de recursos.

6.4) Preliminarmente, ressalte-se que, por ocasião da liquidação da parcela do VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO com ações de BTG PARTICIPAÇÕES II, os SÓCIOS VENDEDORES e integrantes do GRUPO BTG procederam ao recolhimento do imposto de renda devido sobre o ganho de capital auferido na venda do antigo Banco Pactual S.A. proporcionalmente ao montante em questão, por considerarem recebido o correspondente valor.

6.5) Ademais, as ações então emitidas por BTG PARTICIPAÇÕES II foram resgatadas pelos integrantes do GRUPO BTG logo em seguida, em 23.11.2010 (**DOC. 08**), tendo a maior parte do valor questionado pelos AUTOS (i.e. R\$372.889.222,79) sido paga em moeda corrente aos titulares de tais ações; por conseguinte, ainda que, por absurdo, se entenda que a entrega das ações não represente efetivo pagamento, é irrefutável que houve efetiva circulação da parcela em questão.

6.6) Ainda que assim não fosse, parece evidente que o cômputo da totalidade do VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO no custo de aquisição das ações do IMPUGNANTE, por UBS PARTICIPAÇÕES, é totalmente legítimo, uma vez que: (i) para fins de apuração e quantificação do ágio, basta que a adquirente do investimento tenha assumido obrigação com o vendedor cujo montante - somado com o valor dos dispêndios então realizados - exceda o valor de PLC dos investimentos adquiridos; (ii) a forma de liquidação, ou ainda, a própria liquidação da obrigação contraída pelo adquirente é irrelevante para fins da apuração do custo de aquisição dos investimentos, e, portanto, do ágio; (iii) ainda que assim não fosse, a liquidação do preço de aquisição por meio da entrega de ações representativas de aumento de capital da devedora teria produzido efeitos idênticos aos de um pagamento em dinheiro; e (iv) a situação tratada no Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, citado no TVF, é totalmente diferente da situação versada nos AUTOS.

6.7) Como se sabe, o montante do ágio a ser registrado corresponde à diferença verificada entre o custo de aquisição do investimento e o correspondente valor de PLC (art. 385 do **RIR/99**).

6.8) No caso concreto, uma parcela do preço de aquisição, pelo GRUPO UBS, das ações representativas do capital do IMPUGNANTE correspondeu à obrigação relativa ao VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO aos SÓCIOS VENDEDORES, a qual seria liquidada em momento posterior à data do fechamento da operação.

6.9) Em nenhum momento, porém, a legislação afirma que o custo de aquisição do investimento se restringe ao efetivo desembolso financeiro realizado pelo adquirente.

Na realidade, o exame das normas de contabilidade evidencia que "custo de aquisição" tem um significado amplo que inclui todo e qualquer tipo de sacrifício econômico incorrido pelo adquirente no momento da aquisição de determinado bem (no caso, investimentos).

6.10) É o que se observa na Norma de Procedimento Contábil ("NPC") n.º 7 do Instituto dos Auditores Independentes do Brasil ("IBRACON"), de 01.01.2001, que servia de orientação para os procedimentos contábeis no Brasil antes da edição dos Pronunciamentos emitidos pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis ("CPC"), com relação ao custo de aquisição de bens do ativo imobilizado:

"10. Custo é o montante pago em dinheiro ou equivalente, ou o valor justo de outra forma de pagamento ou sacrifício econômico para adquirir o ativo na data de sua aquisição ou construção.

(...)

24. Quando a aquisição de um item do imobilizado (em condições de uso imediato) for financiada, o seu custo é o preço à vista; a diferença entre este valor e o total dos pagamentos é reconhecida como despesa financeira, apropriada nos respectivos períodos de competência."

6.11) Neste particular, as novas normas contábeis são semelhantes às que lhe antecederam, como se observa no CPC n.º 27, de 26.06.2009, segundo o qual :

"Custo é o montante de caixa ou equivalente de caixa pago ou o valor justo de qualquer outro recurso dado para adquirir um ativo na data da sua aquisição ou construção, ou ainda, se for o caso, o valor atribuído ao ativo quando inicialmente reconhecido de acordo com as disposições específicas de outros Pronunciamentos, como, por exemplo, o Pronunciamento Técnico CPC 10 - Pagamento Baseado em Ações.

(...)

23. O custo de um item de ativo imobilizado é equivalente ao preço à vista na data do reconhecimento. Se o prazo de pagamento excede os prazos normais de crédito, a diferença entre o preço equivalente à vista e o total dos pagamentos deve ser reconhecida como despesa com juros durante o período (ver os Pronunciamentos Técnicos CPC 12 - Ajuste a Valor Presente, principalmente seu item 9, e CPC 08 - Custos de Transação e Prêmios na Emissão de Títulos e Valores Mobiliários), a menos que seja passível de capitalização de acordo com o Pronunciamento Técnico CPC 20 - Custos de Empréstimos."

6.12) Especificamente quanto à apuração de ágio na aquisição de participações societárias, dispõe o CPC n.º 15 - Combinação de Negócios:

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

(a) a soma:

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

(...)

37. A contraprestação transferida em troca do controle da adquirida em combinação de negócios deve ser mensurada pelo seu valor justo, o qual deve ser calculado pela soma dos valores justos na data da aquisição: 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. Exemplos de formas potenciais de contraprestação transferida incluem caixa, outros ativos, um negócio ou uma controlada do adquirente, uma contraprestação contingente, ações ordinárias, ações preferenciais, quotas de capital, opções, opções não padronizadas - warrants, bônus de subscrição e participações em entidades de mútuo (associações, cooperativas etc.)"

6.13) Ou seja, as próprias normas contábeis são expressas no sentido de que o montante dos passivos contraídos junto aos vendedores de quotas ou ações compõe o valor do ágio.

6.14) Reitere-se, pois, que o conceito de custo de aquisição é amplo e engloba todo o sacrifício suportado pelo investidor para se tornar proprietário do bem, seja de imediato, como no pagamento do preço à vista, seja em momento posterior, como no caso de pagamento a prazo.

6.15) Como esclarece BULHÕES PEDREIRA (Finanças e Demonstrações Financeiras da Companhia, pág. 465):

"Custo de aquisição de um bem é o sacrifício financeiro suportado como meio ou requisito para adquirir novo bem ou modificar bem já existente no patrimônio.

Se o bem é adquirido mediante compra e venda à vista, a medida do sacrifício é a quantidade de moeda que sai do patrimônio da sociedade empresária ao pagar o preço; se mediante permuta, é a quantidade de capital aplicado pela sociedade empresária no bem dado em permuta; se mediante compra e venda para pagamento a prazo, é o valor da obrigação contraída.

O processo de aquisição de um bem pode compreender diversos atos jurídicos e desenvolver-se em etapas durante um período, e neste caso o custo de aquisição é a soma de todos os sacrifícios suportados pela sociedade empresária para completar a aquisição do bem até que este se encontre sob seu poder e em condições de ser utilizado na sua destinação."

(Grifos do IMPUGNANTE)

6.16) No curso do já referido Processo n.º 16682.720.614/2012-61, o IMPUGNANTE apresentou parecer do Professor ELISEU MARTINS - ora anexado como **DOC. 09** - que corrobora o entendimento mencionado nos itens anteriores. O parecer trata especificamente do computo do VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO no custo de aquisição, pelo GRUPO UBS, das ações do IMPUGNANTE, inclusive para fins de quantificação de ágio, e conclui:

"Ou seja, podemos depreender claramente, tanto da doutrina quanto do regramento contábil nacional, que o custo não deve ser visto como sinônimo de desembolso imediato de caixa. O custo deve incluir, além do desembolso efetuado, obrigações assumidas - como no caso da consulente, diferidos ao longo do tempo. Assim, para a aplicação no caso específico da consulente, podemos concluir que o custo do investimento, conseqüentemente base para a apuração do ágio no Banco Pactual, quando de sua aquisição pela UBS Participações, era de USD 2.400.000.000,00.

E esse tinha que ser o valor base para cálculo do ágio na aquisição.

Nenhum sentido faz em se considerar, para fins de amortização do ágio, em cada período, apenas a parcela até então paga; isso foge a qualquer lógica contábil e, por força dos regramentos fiscais da época, vinculados às regras contábeis vigentes, não há como se aceitar essa hipótese."

6.17) Até mesmo a efetiva liquidação da obrigação assumida quando da aquisição do investimento com ágio é irrelevante para efeito de sua amortização. Com efeito, ainda

que a adquirente viesse a ficar inadimplente perante os vendedores da participação societária adquirida com ágio o mesmo continuaria a existir. Independentemente da forma pela qual se deu a liquidação da obrigação consubstanciada pelo VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO, seu montante comporia o custo de aquisição do investimento registrado em UBS PARTICIPAÇÕES quando da aquisição dos investimentos no IMPUGNANTE e não haveria fundamento para se questionar, a partir de então, a amortização do ágio.

6.18) O TVF é um pouco confuso quando trata da liquidação da parcela do preço representada pelo VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO, até mesmo porque sua liquidação pelo GRUPO UBS ocorreu de uma forma e a liquidação pelo GRUPO BTG de outra. Essa confusão se torna mais evidente quando o TVF procura estabelecer uma identidade (totalmente inexistente) entre os SÓCIOS VENDEDORES e os da empresa controlada pelo GRUPO BTG que readquiriu o IMPUGNANTE. Com efeito, diz o TVF:

"(...) essa dívida gerada no primeiro contrato (CCV/2006) em favor dos sócios vendedores pessoas físicas, acabou sendo quitada no CCV/2009 por esses mesmos sócios, os sócios retornantes, mediante a emissão de ações com 90% de ágio de uma empresa criada com o fim específico de servir à recompra do banco. Esse valor serviu tanto para justificar o ágio na aquisição do banco pelo Grupo UBS como na sua recompra pelo Grupo BTG."

6.19) Antes de mais nada, esclarece o IMPUGNANTE que o antigo Banco Pactual S.A. foi vendido ao GRUPO UBS por 68 pessoas físicas (os SÓCIOS VENDEDORES) e posteriormente adquirido do GRUPO UBS por pessoa jurídica de cujo capital participavam (de forma indireta) menos da metade dos SÓCIOS VENDEDORES, conforme se pode observar nos quadros mencionados nas págs. 18 e 19 do TVF. A maior parte dos SÓCIOS VENDEDORES, portanto, não era (nem é) integrante do GRUPO BTG e, alguns deles, participam do capital de instituições financeiras até mesmo concorrentes do IMPUGNANTE.

6.20) Os investimentos dos SÓCIOS VENDEDORES no antigo Banco Pactuai S.A. sempre foram estruturados por meio de *holding*, seja para viabilizar o exercício do controle do banco, seja para viabilizar a compra e venda de ativos variados pelo Grupo BTG, como é comum ocorrer em grupos do gênero.

6.21) Por isso, durante pelo menos os dez anos que precederam sua venda ao GRUPO UBS, o antigo Banco Pactuai S.A. era controlado por PACTUAL S.A. que, por sua vez, tinha como acionistas diretos duas *holdings* - a NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA. e PACTUAL HOLDINGS S.A. -, sociedades estas que agrupavam as diversas pessoas físicas que participavam de forma indireta do banco, quais sejam, os SÓCIOS VENDEDORES. Assim, nada mais lógico que, ao decidirem recomprar o IMPUGNANTE, o GRUPO BTG o fizesse através de estrutura semelhante à anteriormente existente.

6.22) A criação de *holdings* - pelo menos de uma - para figurar como adquirente do IMPUGNANTE se impunha, pois seria inviável, na prática, a participação individual de 32 pessoas físicas no seu capital, seja porque as regras de controle precisariam ser previamente definidas mediante a interposição de ao menos uma *holding*, seja porque as obrigações assumidas junto ao GRUPO UBS e aos SÓCIOS VENDEDORES precisariam estar concentradas em uma única entidade. Em outras palavras, mais do que por mera conveniência, a utilização de ao menos uma *holding* para readquirir o controle do IMPUGNANTE era essencial.

6.23) Quando BTG INVESTIMENTOS readquiriu o controle do IMPUGNANTE, pagou ao GRUPO UBS parte do preço em dinheiro e parte através da assunção de obrigações, dentre elas a de pagar aos SÓCIOS VENDEDORES o VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO; ou seja, essa foi a contrapartida recebida pelo GRUPO

UBS pela transferência das ações representativas do capital do IMPUGNANTE. Essa foi, portanto, a forma de pagamento, ao GRUPO UBS, da parcela do preço correspondente ao VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO.

6.24) Já no que se refere à forma de pagamento do saldo do preço devido aos SÓCIOS VENDEDORES em razão da venda do IMPUGNANTE ao GRUPO UBS, parte das obrigações referidas no item anterior, vinculadas ao preço de aquisição das ações do IMPUGNANTE por BTG INVESTIMENTOS, foi assumida por BTG PARTICIPAÇÕES II, tendo ela, por conseguinte, substituído BTG INVESTIMENTOS na qualidade de devedora das referidas obrigações. Dentre essas obrigações encontrava-se a de pagar a parcela remanescente do VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO aos SÓCIOS VENDEDORES.

6.25) As dívidas assumidas por BTG PARTICIPAÇÕES II junto aos SÓCIOS VENDEDORES foram integralmente por ela liquidadas, parte em dinheiro (a maior porção) e parte em ações representativas de aumento de seu capital, ações essas destinadas exclusivamente aos SÓCIOS VENDEDORES integrantes do GRUPO BTG. **É exatamente contra a parcela do VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO liquidada em ações por BTG PARTICIPAÇÕES II que a fiscalização se insurge.** Segundo ela, o fato de uma parcela do preço original da aquisição das ações do Banco Pactuai S.A. pelo GRUPO UBS ter sido paga (a alguns dos SÓCIOS VENDEDORES) em ações impediria a amortização do ágio a ela correspondente.

6.26) São inúmeros os precedentes em que o CARF validou o aproveitamento de ágio formado por custo de aquisição representado por preço pago mediante a entrega de ações de emissão da empresa adquirente. Citem-se, como exemplo, os seguintes trechos do voto proferido no Acórdão n.º 1301-001.852 (Relator WALDIR VEIGA DA ROCHA, em 09.12.2015):

"Pode-se questionar que não se poderia chamar de 'custo de aquisição' ao valor do aumento de capital da Perdigão. Afinal, não teria havido um 'sacrifício de ativos' para a aquisição do investimento, expressão comumente empregada no sentido de que não houve pagamento nem em dinheiro nem mediante a entrega de qualquer outro bem ou direito registrado no ativo, nem assunção de dívida. A esse argumento, deve-se contrapor que houve a entrega à Família Shan de ações de emissão da própria incorporadora das ações da Eleva (a Perdigão).

Segundo a doutrina, 'ação é a menor parcela em que se divide o capital social da companhia'. Por sua vez, o capital social é conceituado como segue:

O investimento efetuado na companhia pelos acionistas é representado pelo Capital Social. Este abrange não só as parcelas entregues pelos acionistas como também os valores obtidos pela sociedade e que, por decisões dos proprietários, se incorporam ao Capital Social, representando uma espécie de renúncia a sua distribuição na forma de dinheiro ou de outros bens.

Ou seja, aquele que recebe ações de uma companhia recebe fração de seu capital social e, em consequência, fração do patrimônio líquido (valor contábil pertencente aos sócios, por diferença entre ativos e passivos). Ademais, recebe também o direito de participar da vida ativa da companhia, seja pelo voto, seja pelo recebimento futuro e eventual de dividendos e juros sobre o capital próprio. Finalmente, as ações são negociáveis no mercado, podendo ser convertidas, com maior ou menor facilidade, em dinheiro. Do ponto de vista do emitente (Perdigão), ao emitir ações e entregá-las a terceiros (Família Shan), está reduzindo a participação dos demais acionistas no capital social, ou seja, as ações em poder dos demais acionistas são "diluídas", passando a representar menor parcela do capital social. O mesmo ocorre com eventuais lucros a serem apurados no futuro, os quais terão que ser divididos entre maior número de acionistas. Com todo o exposto, concluo que a entrega de ações na situação analisada representa, sim, um sacrifício patrimonial, muito embora diferente

daquele a que estamos mais habituados, pela entrega de numerário Assim, devo concluir que o instituto da incorporação de ações, no caso concreto, foi utilizado de acordo com a lei que o instituiu, e que o registro contábil, pela Perdigão, do ágio no investimento na Eleva, seguiu também os preceitos legais."

(Grifos do IMPUGNANTE.)

6.27) Em outra decisão, consubstanciada pelo Acórdão n.º 1402-002.323 (Relator DEMÉTRIUS NICHELE MACEI, em 04.10.2016), o CARF também validou aproveitamento de ágio vinculado à operação de incorporação de ações, em que a contraprestação consistira na entrega de ações da incorporadora aos da sociedade cujas ações foram incorporadas.

6.28) Há, ainda, inúmeros precedentes em que a descrição dos fatos ocorridos evidencia ter havido pagamento de parte do preço de aquisição do investimento em ações, sem que isso sequer tenha sido questionado. O IMPUGNANTE cita, dentre vários outros, os Acórdãos n.º 1301-000.711, de 19.11.2011, e 1301-002.047, de 08.06.2016. Como se pode observar na descrição das reestruturações tratadas em todos os acórdãos acima mencionados, uma de suas etapas consistiu na transferência de investimentos (adquiridos com ágio) em realização de capital da adquirente.

6.29) Os que sustentam que o pagamento do preço de aquisição de investimentos em ações não valida o aproveitamento fiscal da amortização do ágio alegam que, para que isso ocorra, é essencial a transferência de valores do adquirente para o alienante. Neste particular, o caso concreto apresenta uma peculiaridade que o diferencia dos demais, pois dos R\$ 375.856.328,07 pagos por BTG PARTICIPAÇÕES II a alguns dos SÓCIOS VENDEDORES, em ações representativas de aumento de seu capital, R\$ 372.889.322,79 foram convertidos em dinheiro quando BTG PARTICIPAÇÕES II promoveu o resgate das ações entregues aos SÓCIOS VENDEDORES integrantes do Grupo BTG; vale dizer, assim como os demais SÓCIOS VENDEDORES, eles receberam moeda corrente em liquidação do VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO, só que algum tempo depois, quando ocorreu o resgate das ações.

6.30) Registre-se que, em tese, qualquer grupo financeiro que desejasse adquirir o IMPUGNANTE do Grupo UBS poderia agir exatamente como o GRUPO BTG agiu. Isto é, poderia: (i) pagar ao GRUPO UBS parte do preço das ações adquiridas mediante a assunção da obrigação de pagar aos SÓCIOS VENDEDORES o VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO e (ii) oferecer aos SÓCIOS VENDEDORES a opção de receberem ações representativas do capital da adquirente em contrapartida da liquidação dos seus créditos contra o adquirente.

6.31) A decisão de 1ª instância proferida no processo n.º 16682.722.995/2015-66 reconheceu que, em se tratando de assunção de obrigações exigíveis, a sua liquidação é irrelevante para fins de registro do ágio. Tal decisão também reconheceu - de forma expressa - que, "formalmente", a liquidação do preço de aquisição mediante entrega de ações de emissão de BTG PARTICIPAÇÕES II produziu os mesmos efeitos que um pagamento em dinheiro. Todavia, de forma confusa, sustenta que teria surgido um "ágio interno" na operação de emissão e ações de BTG PARTICIPAÇÕES II, o que impediria a validação objetiva do "valor do investimento adquirido a título de liquidação de parte da parcela diferida do CCV/06". Leia-se:

"Conforme visto, quando exigível a obrigação, cumpre reconhecer que a sua liquidação, seria irrelevante para fins da apuração do custo de aquisição dos investimentos, e, portanto, do ágio, (sujeito e predicado)

Entretanto, não tem razão a Impugnante quanto à forma de liquidação. (...)

Também não é verdade que a liquidação do preço de aquisição por meio da entrega de ações representativas de aumento de capital da devedora teria produzido efeitos

idênticos aos de um pagamento em dinheiro. Ainda que, formalmente, a contribuinte tenha razão, em essência, não se pode concordar com tal argumento, porque dinheiro não comporta avaliação subjetiva, o que foi efetivado na emissão de ações, com ágio, em favor dos próprios sócios, pessoas físicas, e nesse aspecto, plenamente, aplicável ao caso as orientações contidas no Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP n.º 01/2007. (...)

Conforme visto acima, a glosa desta parte do valor contabilizado do ágio na aquisição do Banco Pactual pelo Grupo UBS, assim como na reaquisição pelo Grupo BTG, não se fez por causa do diferimento do pagamento, mesmo porque na data de ocorrência dos fatos geradores em questão (2010 e 2011), a operação de reaquisição, mediante a liquidação dos pagamentos diferidos já havia ocorrido. A glosa se fez porque na operação de emissão de ações da BTG Participações II em favor dos próprios sócios, pessoas físicas, antigos e readquirentes do controle do Banco, não houve a intervenção de terceiro, capaz, de objetivamente validar o ágio escriturado de 90% do valor das ações."

(Grifos do IMPUGNANTE.)

6.32) . A análise da decisão de 1ª instância proferida no processo n.º 16682.722.995/201566 deixa claro que ela confunde o ágio de que trata o art. 20 do DL n.º 1.598/77 com o ágio previsto no art. 13 e no art. 14 da Lei n.º 6.404, de 15.12.1976 ("LSA"), que contemplam situações totalmente diferentes.

6.33) Com efeito, o ágio previsto no art. 20 do DL n.º 1.598/77 verifica-se na aquisição, por uma pessoa jurídica, de investimentos que, por suas características, devam ser avaliados pelo MEP. O referido ágio é um componente do custo de um ativo da pessoa jurídica - o investimento - o qual é levado em conta, para efeitos de tributação, quando ocorrem determinados fatos, dentre eles a junção, por incorporação, da investida com a investidora ou vice-versa. Esse é o ágio de que se trata no presente recurso.

6.34) Já o ágio previsto no art. 13 da LSA (e 14, quando se trata de ações sem valor nominal) resultam de mera transferência de capital de acionistas para a sociedade de que participam, sendo totalmente neutro em termos fiscais. Dispõem os referidos artigos:

"Art. 13. É vedada a emissão de ações por preço inferior ao seu valor nominal.

(...)

§ 2º A contribuição do subscritor que ultrapassar o valor nominal constituirá reserva de capital (artigo 182, § 1º).

Art. 14. O preço de emissão das ações sem valor nominal será fixado, na constituição da companhia, pelos fundadores, e no aumento de capital, pela assembleia geral ou pelo conselho de administração (artigos 166 e 170, § 2º).

Parágrafo único. O preço de emissão pode ser fixado com parte destinada à formação de reserva de capital; na emissão de ações preferenciais com prioridade no reembolso do capital, somente a parcela que ultrapassar o valor de reembolso poderá ter essa destinação."

6.35) As sociedades que necessitam de recursos promovem chamadas de capital, oferecendo novas ações a seus acionistas. O valor da contribuição dos acionistas para a sociedade resulta da multiplicação do número de ações emitidas pelo correspondente preço de emissão e, desse valor total, cabe à sociedade destinatária: (i) se suas ações têm valor nominal, registrar em conta de capital valor equivalente ao da multiplicação do número das novas ações pelo correspondente valor nominal, e em reserva de capital (normalmente identificada como de "ágio") o valor recebido pela sociedade no que excede o montante destinado à conta de capital, conforme determina o § 2º, do art. 13 da LSA; e (ii) se as ações não têm valor nominal, a distribuição dos recursos

provenientes da emissão das ações para as contas de capital e reservade capital não tem valor definido, ficando a critério dos acionistas decidir o que irá para cada uma das referidas contas, como se observa no § único do art. 14 da LSA.

6.36) O ágio na emissão de ações não representa nenhum custo para a pessoa jurídica que emite as ações. Ela recebe os valores com os quais as ações que emite são realizadas (no caso, créditos contra a BTG PARTICIPAÇÕES II, detidos por alguns dos SÓCIOS VENDEDORES); em contrapartida, registra a totalidade dos mesmos na conta de capital social ou parte nela e parte em Reserva de Capital - Ágio.

6.37) Como frisado, esse ágio é neutro em termos fiscais e, no caso, foi registrado com o objetivo de viabilizar o resgate das ações então emitidas, para fazer com que os SÓCIOS VENDEDORES integrantes do GRUPO BTG recebessem dinheiro com o resgate das ações, à semelhança do que ocorreu com os ex-acionistas que não integravam o GRUPO BTG.

6.38) O ágio que se discute no presente recurso decorre da aquisição das ações do Banco Pactuai S.A. pelo GRUPO UBS; esse é o ágio que, com a incorporação de UBS PARTICIPAÇÕES pelo IMPUGNANTE passou a ser amortizado e computado no seu lucro real. O ágio com o qual as ações de BTG PARTICIPAÇÕES II foram emitidas, com o objetivo referido em 6.37. não é dedutível, por não ser parcela de custo de um investimento.

6.39) Ou seja, não se trata de ágio interno ou externo, mas de ágio previsto pela LSA em casos de aumentos de capital, inteiramente irrelevante para o caso.

6.40) Finalmente, a tentativa do TVF de questionar a existência de ágio, no caso concreto, com base no Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP n.º 01/2007 também não se sustenta. Com efeito, nesse pronunciamento a CVM considera que não deve ser registrado ágio nas operações intragrupo porque nelas não haveria efetiva transferência de riqueza de uma parte a outra, eis que a mesma pessoa jurídica estaria presente nos dois lados do negócio, como alienante e adquirente. As transações que deram origem aos ágios registrados por UBS PARTICIPAÇÕES e por BTG INVESTIMENTOS em nada se assemelham às operações criticadas pela CVM. No caso dos AUTOS, o controle acionário do IMPUGNANTE foi efetivamente transferido de um grupo para outro, totalmente independentes entre si.

IMPROCEDÊNCIA DA GLOSA DAS DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO BTG.

"FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL NA UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO"

7) A contribuinte argui que a decisão de 1ª instância proferida no Processo n.º 16682.722.995/2015-66 reconheceu a lógica e a conveniência da estrutura adotada dando provimento à impugnação neste particular, como se observa nos trechos abaixo transcritos:

"Nesse caso, a interposição de empresa-veículo, isoladamente, não pode, sustentar a glosa da amortização do ágio pago na re aquisição do Banco pelo Grupo BTG, porque cumpre reconhecer que se impunha a criação de ao menos uma holding, para figurar como adquirente do Banco, pois, conforme argumentado pela defesa, seria inviável, na prática, a participação individual das pessoas físicas no seu capital, seja porque as regras de controle precisariam ser previamente definidas, seja porque as obrigações assumidas junto ao GRUPO UBS (alienante) e aos SÓCIOS VENDEDORES do CCV 2006 precisariam estar concentradas em uma única entidade.

Conclui-se daí que a interposição de empresa-veículo só pode se configurar irregular em relação à aquisição do Banco Pactuai pelo Grupo UBS AG."

7.1) A impugnante ressalta que a jurisprudência do CARF é no sentido de que "a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7 e 8 da lei 9.532/97 mediante utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco". Neste sentido, citem-se os Acórdãos n.º 1301-000.711 (Relator VALMIR SANDRI, em 19.10.2011); 1102-000.873 (Relator JOÃO OTÁVIO OPPERMAN THOME, em 11.06.2013); 1402-001.409 (Relator LEONARDO DE ANDRADE COUTO, em 10.07.2013); 1102-000.982 (Relator RICARDO MAROZZI GREGORIO, em 04.12.2013); e 1301-001.505 (Relator VALMIR SANDRI, em 06.05.2014).

7.2) A autuada faz referência aos argumentos nos quais demonstrou que os artigos 7o e 8o da Lei n.º 9.532/97 dispensam qualquer motivação negocial, por serem normas indutoras do seu comportamento.

FALTA DE ELABORAÇÃO TEMPESTIVA DE DEMONSTRATIVO DO FUNDAMENTO ECONÔMICO DO ÁGIO

8) Passo a sintetizar as alegações realcionadas ao tópico supra.

8.1) Assim como fazem com relação ao AGIO UBS, os AUTOS questionam - com base nos mesmos argumentos - os documentos e demonstrativos apresentados para comprovar o fundamento econômico do ÁGIO BTG, pago na recompra do IMPUGNANTE pelo GRUPO BTG.

8.2) Diz o TVF que "no presente caso, o que se constata é que o documento apresentado pelo contribuinte somente foi produzido em maio de 2010 (fls. 1 e 3, DOC 63), embora o fechamento do CCV/2009 tenha ocorrido em setembro de 2009".

8.3) Ocorre que, como demonstrado nos argumentos constantes de "5" e seguintes, a legislação não impõe requisitos formais para a elaboração do demonstrativo, de modo que o mesmo não precisa consistir necessariamente de um laudo elaborado por empresa de auditoria independente, bastando que existam documentos internos que tenham avaliado a rentabilidade futura da empresa adquirida com ágio e também não se exige que o laudo seja elaborado em momento anterior à transação, sendo plenamente aceito que o contribuinte tenha estudo interno que demonstre a rentabilidade futura, e, em momento posterior à aquisição, providencie laudo técnico que o corrobore. Este é o entendimento da doutrina, ratificado pela jurisprudência do CARF.

8.4) Neste particular, o IMPUGNANTE junta o estudo interno realizado pelo GRUPO BTG antes da aquisição de suas ações (**DOC. 10**), bem como tradução juramentada dos mesmos (**DOC. 11**). Tais documentos, por si só, são suficientes para fins de demonstração do fundamento econômico do ágio.

8.5) Além disso, o laudo apresentado à fiscalização foi elaborado com data-base de 30.09.2009, ou seja, data contemporânea ao fechamento da operação, e apenas corroborou o estudo interno mencionado no item anterior.

8.6) Em síntese, a efetiva comprovação do fundamento econômico do ágio registrado por BTG INVESTIMENTOS na aquisição do IMPUGNANTE é indiscutível, seja por meio do laudo já apresentado à fiscalização (elaborado com data-base contemporânea à aquisição), seja por meio do estudo interno juntado à presente impugnação.

NÃO PAGAMENTO EFETIVO DE PARTE DO VALOR DEVIDO DE R\$ 375.856.328,07

9) A IMPUGNANTE faz referência aos itens a partir de "6", nos quais... *"demonstrou que a forma de liquidação e até mesmo a própria liquidação do passivo assumido na*

aquisição de participação societária é irrelevante para fins do cômputo de seu custo de aquisição e, portanto, para fins de amortização do ágio."

9.1) Argumenta que se próprio TVF reconhece que, por ocasião do fechamento do CCV/09, BTG INVESTIMENTOS comprometeu-se a pagar determinada quantia ao GRUPO UBS, bem como a liquidar o VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO diretamente a seus respectivos credores (os SÓCIOS VENDEDORES), não pairam dúvidas de que a totalidade do VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO integrou o custo das ações do IMPUGNANTE por BTG INVESTIMENTOS e que, portanto, deve, em sua integralidade, ser levado em consideração para fins de amortização do ágio em questão.

9.2) Menciona que os efeitos do pagamento ao grupo UBS, de parcela do preço equivalente ao valor do pagamento diferido mediante assunção da obrigação de pagar idêntico valor aos sócios vendedores equivalem a uma transferência de recursos do grupo BTG para o grupo UBS.

9.3) Finaliza afirmando que os R\$ 375.856.328,07 a que os AUTOS se referem foi pago em ações, pouco depois transformadas em dinheiro, quando resgatadas por BTG PARTICIPAÇÕES II.

IMPROCEDÊNCIA DA GLOSA DAS DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO COPA.

LEGITIMIDADE DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO COPA.

10) Com relação à legitimidade do ágio COPA a contribuinte alega que:

10.1) Como se observa nas seções 2.3. e 2.7. do TVF, o único argumento utilizado nos AUTOS para a glosa das despesas com amortização do AGIO COPA foi o de que ela, COPA, havia participado do negócio com o único objetivo de viabilizar o subsequente aproveitamento fiscal do ágio, na medida em que sua posterior extinção (cerca de um ano após a realização do negócio), decorrente de sua incorporação pelo IMPUGNANTE, fez com que os INVESTIDORES passassem a deter participações diretas no capital do IMPUGNANTE, o que demonstraria que eles próprios já poderiam ter feito o investimento inicialmente realizado.

10.2) Na seção 2.3., o TVF esclarece que COPA havia sido constituída em 29.12.2007, sob a denominação de BANJUL PARTICIPAÇÕES S.A., tendo como acionista principal GP INVESTIMENTOS S.A. Menciona, a seguir, diversos fatos com o objetivo de demonstrar a irrelevância de COPA e sua incapacidade de fazer investimentos significativos no IMPUGNANTE.

10.3) Dando seguimento à sua narrativa, o TVF informa que em 23.11.2010 as ações representativas do capital social de COPA haviam sido adquiridas por OTPP, pelo preço de US\$ 5,915.000.00, e que, 15 dias depois (06.12.2010), 87,08% das referidas ações foram repassadas por OTPP aos demais INVESTIDORES, pelo preço de US\$ 5,150.788.11, ou seja, por um preço/ação idêntico ao que havia pago a GP INVESTIMENTOS S.A. por OTPP pela aquisição das mesmas.

10.4) Em 08.12.2010 (dois dias depois), o capital de COPA foi aumentado para R\$ 2.071.967.040,00, a fim de que ela, COPA, pudesse pagar o preço das ações representativas do capital do IMPUGNANTE adquiridas dois dias antes, nos termos do contrato.

10.5) . O TVF faz referência a um conjunto de atos relacionados à incorporação de COPA pelo IMPUGNANTE, ocorrida em 31.12.2011, e conclui:

"Nesta data, foi aprovada a proposta de incorporação, extinguindo COPA para todos os fins de direito, passando assim os seus sócios a ser acionistas do BANCO BTG PACTUAL S/A (DOC 78). Com a incorporação, o BANCO BTG FACTUAL S/A passou a se aproveitar, para efeitos fiscais, do ágio outrora registrado em COPA, no valor de R\$ 1.203.423.119,70."

10.6) A seguir, na sua seção 2.7., o TVF conclui, com base nos fatos acima descritos, que a participação de COPA na compra das ações representativas do capital do IMPUGNANTE não teria tido propósito comercial e, por isso, seria incabível a amortização do ágio pago na aquisição do investimento em causa com base nos art. 7º e 8º da Lei n.º 9.532/97. As evidências da falta de propósito comercial seriam as seguintes:

(i) COPA havia sido recentemente constituída e até 2010 sequer havia entrado em operação e, de repente, em curtíssimo espaço de tempo: (a) foi adquirida por OTPP, (b) 87,08% de suas ações foram vendidas aos INVESTIDORES, (c) seu capital foi aumentado para R\$ 2.071.967.040 e (d) ela acabou por se tornar titular de 16,04% das ações representativas do capital do IMPUGNANTE. Por que razão sociedade inativa teria despertado os interesses dos INVESTIDORES? Porque eles não adquiriram diretamente as ações do IMPUGNANTE?

(ii) Durante sua existência, COPA não fez qualquer outro investimento senão no IMPUGNANTE e o site do IMPUGNANTE refere-se aos INVESTIDORES como seus acionistas, quando diz: "Fizemos um aumento de capital de US\$1,8 bi por meio de um consórcio de investidores internacionais, em 2010, resultando na aquisição de participação no Banco Panamericano no ano seguinte"; (iii) COPA teria sido a "(...) protagonista nessa peça teatral minuciosamente encenada, de modo a prestar-se como empresa veículo do ágio. Nasceu para ter vida curta, embora com relevante papel pela economia fiscal que proporcionaria quando incorporada por BANCO BTG PACTUAL S/A."

(iv) A aquisição das participações de forma individualizada pelos INVESTIDORES seria "(...) mais simples para eles, já que não constituíam qualquer espécie de consórcio entre si. A organização sob a forma de pool de investidores não pareceu agregar qualquer vantagem, a não ser a tributária, num segundo momento, sobre as aquisições individuais."

(v) O negócio foi estruturado com o único objetivo de viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio em benefício dos antigos acionistas, conforme comprova o item 5.2 do Protocolo e Justificação de Incorporação quando diz: "Caso o Banco venha a auferir benefícios fiscais em decorrência de amortização de ágio oriundo da Incorporação, tais benefícios fiscais serão revertidos (sem desembolso de recursos) a todos os acionistas do Banco, na exata proporção da participação detida pelos mesmos no capital social do Banco."

10.7) No que se refere aos itens (i), (iii) e (iv), sabe-se que os residentes no exterior que investem no Brasil através de *holdings* (VEÍCULOS) aqui localizadas têm as opções de constituírem uma nova sociedade ou adquirirem sociedade já existente. São frequentes as estatísticas publicadas em jornais e revistas especializadas sobre o prazo estimado para a legalização de empresas em diversos países e, infelizmente, o Brasil é nelas apontado como um dos países de pior performance, neste particular.

10.8) Em razão do fato apontado no item anterior, o investidor - estrangeiro ou local - que pretende fazer investimentos no Brasil através de uma *holding* aqui constituída fica com as opções de: (i) criar antecipadamente a *holding* e assumir o risco de incorrer em custos e esforços desnecessários, se, por razões negociais, o investimento final que pretende realizar não vier a ocorrer; (ii) constituir a *holding* após a aquisição do investimento já estiver acertada, com os inconvenientes de ficar com a operação em aberto pelo tempo necessário à criação da *holding*; ou então (iii) fechar o negócio mediante a utilização de outra sociedade sob seu controle que se apresente como titular

transitória do investimento até que a *holding* esteja em condições de se tornar proprietária da mesma.

10.9) Os fatos acima apontados fizeram com que surgissem no mercado as chamadas "sociedades de prateleira", que nada mais são do que empresas já constituídas e registradas nos órgãos competentes, mas que ainda não iniciaram suas atividades. Essas empresas são normalmente adquiridas pelo investidor por valor próximo ao do que ele gastaria com advogados e/ou despachantes na constituição e legalização de uma nova sociedade. Aliás, nem poderia ser diferente, pois são esses os serviços - previamente prestados e ainda sem destinatário conhecido - que estariam sendo vendidos, já que o que o investidor desejaria seria uma empresa "virgem", sem passado, através da qual pudesse exercer suas atividades. A criação de empresas para serem mantidas em "prateleira", inoperantes, é totalmente legal e útil à economia, por atenuar os inconvenientes da "burocracia".

10.10) É comum autos de infração - como os presentes AUTOS - apontarem fatos ocorridos antes da aquisição das *holdings* pelos investidores finais para demonstrar sua irrelevância, sem se darem conta que tais *holdings* - já existentes - são sempre sociedades "virgens", que apenas substituem a empresa que o investidor teria que constituir, se não tivesse adquirido uma sociedade previamente constituída.

10.11) Portanto, são totalmente impertinentes as observações feitas no TVF e sintetizadas em 10.6) acima. O passado de COPA é irrelevante, pois ela apenas substituiu uma nova sociedade que os INVESTIDORES teriam que criar no Brasil para servir de VEÍCULO que concentrasse seus investimentos no IMPUGNANTE.

10.12) Após tecer as considerações sobre COPA acima mencionadas, o TVF indaga qual teria sido a razão de uma sociedade inativa ter despertado os interesses dos INVESTIDORES e porque eles não adquiriram diretamente as ações do IMPUGNANTE? Quer o TVF sugerir, com essas indagações, a falta de motivação para a interposição de COPA entre o IMPUGNANTE e os INVESTIDORES e demonstrar que ela visava exclusivamente propiciar o aproveitamento fiscal do ágio.

10.13) O número dos INVESTIDORES (onze) que participaram do negócio já recomendaria, por si só, a utilização de uma *holding* no Brasil para fechar o negócio, como aliás reconhecido pela decisão de 1ª instância proferida no Processo nº 16682.722.995/2015-66 (ver item 6.1.2., acima). Mais do que isso, a concentração dos INVESTIDORES em uma *holding* fortaleceria a posição dos mesmos nas negociações com os controladores do IMPUGNANTE e na fixação de regras de governança em acordos de acionistas. Mas, no caso de COPA, ainda havia outro fato muito relevante a justificar a interposição de COPA entre os INVESTIDORES e o IMPUGNANTE. Aliás, se a função de COPA fosse apenas a de facilitar o "*closing*" da negociação e fortalecer a posição dos INVESTIDORES na celebração de acordo de acionistas com os controladores do IMPUGNANTE ou, ainda, como sustenta o TVF, apenas a de viabilizar o subsequente aproveitamento fiscal do ágio mediante sua incorporação pelo IMPUGNANTE, por que razão OTP e, posteriormente, os demais INVESTIDORES teriam pago US\$ 5,915,000.00 (ver pág. 21 do TVF) pelas ações representativas de seu capital? Ora, se o objetivo dos INVESTIDORES fosse apenas o de viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio, eles poderiam ter adquirido uma "empresa de prateleira" qualquer, por não mais do que R\$ 10.000,00.

10.14) Os INVESTIDORES são institucionais de porte, com estruturas jurídicas próprias e, por isso, não seria de se esperar que o IMPUGNANTE tivesse participado da montagem da estrutura criada para a realização de seus investimentos no Brasil. Mas a toda evidência, a montagem da mesma decorreu do fato de o IMPUGNANTE, à época da aquisição de suas ações por COPA, ser uma companhia fechada e por força de lei local, de normas de menor hierarquia, de regulamentos de determinados fundos ou mesmo por mera estratégia, estarem os INVESTIDORES obrigados ou terem preferido realizar seus investimentos através de uma companhia aberta (COPA).

10.15) No cenário existente no ano de 2010, os residentes no exterior, pessoas físicas ou jurídicas, podiam investir em empresas brasileiras sob dois regimes: (i) investimento externo direto, realizado nos termos da Lei n.º 4.131, de 03.09.1962, que era regulamentada pelo Decreto n.º 55.762, de 17.02.1965, pela Resolução CMN n.º 3.844, de 23.03.2010, e pela Circular BACEN n.º 3.491, de 24.03.2010 (regime de investimento comumente chamado de "Investimento 4.131"); e (ii) investimento de portfólio, realizado nos termos da Resolução CMN n.º 2.689, de 26.01.2000, e da Instrução da CVM n.º 325, de 27.01.2000 (regime de investimento comumente chamado de "Investimento 2.689").

10.16) No regime de Investimento 4.131, o investidor estrangeiro registrava seu investimento eletronicamente perante o BACEN sob a modalidade de Registro Declaratório Eletrônico - Investimento Estrangeiro Direto ("RDE-IED"), que vinculava o montante total de recursos ingressados no País com a empresa destinatária do investimento, que poderia ser tanto uma empresa de capital fechado (limitada ou sociedade anônima) como uma empresa de capital aberto (sociedade anônima); ou seja, para cada investimento, que poderia ser efetuado por meio de negociações privadas (fora dos recintos das bolsas de valores) ou por negociações públicas, o investidor deveria providenciar um registro próprio e específico no RDE-IED.

10.17) Já no regime de Investimento 2.689, o investidor estrangeiro registrava perante o BACEN apenas o total de recursos ingressados no País, não sendo necessária a vinculação de tais recursos com a empresa destinatária dos mesmos. Pelo contrário, a lógica era que tais recursos, uma vez ingressados sob tal regime, poderiam ser destinados a, e movimentados entre quaisquer ativos financeiros e valores mobiliários disponíveis para negociação nos mercados financeiro e de capitais, sendo vedada a utilização dos mesmos em operações realizadas fora de pregão das bolsas de valores, de sistemas eletrônicos, ou de mercado de balcão não organizado ou organizado por entidades não autorizadas pela CVM.

10.18) Isso significava dizer que os investimentos realizados sob tal regime não podiam ser diretamente destinados a empresas de capital fechado, cujas quotas/ações não estivessem em condições de serem negociadas em bolsas de valores (tais empresas somente poderiam "acessadas" por quem fizesse Investimento 2.689 indiretamente, por meio de investimentos em Fundos de Investimento em Participações - FIPs). Para se qualificar como titular de Investimento 2.689, o investidor estrangeiro, pessoa física ou jurídica, deveria nomear um representante no Brasil, que ficava responsável pelo registro das operações a serem contratadas, pela obtenção de registro junto à CVM, pela prestação de informações necessárias à CVM e ao BACEN, bem como pelo cumprimento de suas obrigações tributárias.

10.19) BANJUL PARTICIPAÇÕES LTDA (antiga denominação de COPA) já foi constituída como uma companhia aberta, em 29.12.2007, como atesta o anexo Formulário de Referência da CVM (**DOC. 12**), extraído do site da CVM. Assim, ao terem adquirido COPA os INVESTIDORES se tornaram titulares de ações de uma companhia aberta, que, por sua vez, adquiriu investimentos relevantes (16%) no IMPUGNANTE, então uma sociedade de capital fechado. Essa estrutura permitia que os INVESTIDORES "migrassem" para outros investimentos mantendo sua qualidade de titulares de Investimento 2.689; para tanto, bastaria que vendessem ações de COPA na Bolsa de Valores e aplicassem o produto da venda na aquisição de outros ativos negociados em Bolsa de Valores. Também permitia que liquidassem todos seus investimentos no Brasil, mediante a venda de suas ações de COPA e remessa do produto da venda para o exterior.

10.20) Não há companhias abertas "de prateleira", pois os custos e o tempo envolvidos com o registro na CVM de uma companhia assim qualificada são elevados; a manutenção das mesmas também é bastante dispendiosa. Assim, só se encontram companhias abertas ainda inoperantes no portfólio de grupos financeiros dinâmicos, que precisem estar preparados para fechar negócios em curto espaço de tempo, através de

uma companhia aberta. Essa é a razão de os INVESTIDORES terem adquirido COPA por preço tão elevado.

10.21) Como frisado, à época em que ocorreu a negociação das ações do IMPUGNANTE, ele era uma companhia fechada; assim, os INVESTIDORES não poderiam realizar investimentos diretos no mesmo sob a sistemática da Resolução 2.689/00. Daí os INVESTIDORES, para se qualificarem como titulares de Investimento 2.689, terem adquirido e feito investimentos em uma companhia aberta para, por meio dela, adquirirem ações do IMPUGNANTE.

10.22) Faz-se evidente, pois, que a interposição de COPA entre os INVESTIDORES e o INTERVENIENTE ocorreu com o objetivo de viabilizar a realização de investimentos sob a sistemática da Resolução 2.689/00. Se ela tivesse ocorrido com o objetivo de apenas viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio, mediante sua subsequente incorporação pelo IMPUGNANTE, como sustenta o TVF, os INVESTIDORES teriam adquirido uma empresa qualquer de prateleira por algo em torno de R\$ 10.000,00, e não por US\$ 5,915,000.00, como pagaram por COPA.

10.23) Em 10.11.2011, o IMPUGNANTE passou a ser uma companhia aberta, conforme demonstra o anexo Formulário de Referência da CVM (**DOC. 13**) e, a partir desse momento, a existência de COPA perdeu sua razão de ser. Mais do que isso, a eliminação de COPA tornou-se até conveniente: (i) para os INVESTIDORES, por permitir que eles passassem a participar diretamente do capital do IMPUGNANTE, a esta altura uma companhia aberta, pois seria mais fácil para eles venderem, se desejassem, ações de uma companhia aberta com bom índice de liquidez, como o IMPUGNANTE, do que as ações de COPA; e (ii) para o IMPUGNANTE, por permitir que o seu quadro de acionistas passasse a ser integrado por investidores institucionais de porte, valorizando suas ações e aumentando seu índice de liquidez. A incorporação de COPA pelo IMPUGNANTE, ocorrida em 31.12.2011 (menos de dois meses após o registro do IMPUGNANTE como uma companhia aberta), foi o caminho que se impôs - por sua lógica e simplicidade - para se atingir os resultados acima referidos.

10.24) Alega o TVF que COPA não fez outro investimento senão no IMPUGNANTE. Mas não seria mesmo de se esperar que fizesse, pois, pela estrutura de investimentos no Brasil, os INVESTIDORES: (i) se desejassem reduzir seus investimentos indiretos no IMPUGNANTE, procederiam à venda de parte de suas ações de COPA na Bolsa de Valores; e (ii) se desejassem fazer novos investimentos no Brasil, enviariam recursos do exterior no âmbito da Resolução 2.689. Quanto à divulgação por Fato Relevante de que o IMPUGNANTE havia feito "(...) um aumento de capital de US\$1,8 bi por meio de um consórcio de investidores internacionais, em 2010, resultando na aquisição de participação no Banco Panamericano no ano seguinte" (...), certamente seria mais adequado informar ao mercado quem estaria por traz dos investimentos realizados no IMPUGNANTE do que simplesmente referir-se a COPA, uma sociedade brasileira desconhecida e sem nenhuma expressão.

10.25) Finalmente, o TVF alega que o item 5.2. do Protocolo e Justificação de Incorporação firmado pelos administradores de COPA e do IMPUGNANTE demonstra que o negócio foi estruturado com o único objetivo de viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio em benefício dos antigos acionistas, pois prevê:

"Caso o Banco venha a auferir benefícios fiscais em decorrência de amortização de ágio oriundo da Incorporação, tais benefícios fiscais serão revertidos (sem desembolso de recursos) a todos os acionistas do Banco, na exata proporção da participação detida pelos mesmos no capital social do Banco."

10.26) Nas incorporações inversas (no caso, de COPA pelo IMPUGNANTE), a incorporadora sucede a incorporada em todos seus direitos e obrigações, dentre os quais figuram os investimentos da incorporada (COPA) na própria incorporadora (o IMPUGNANTE). Em contrapartida do recebimento do patrimônio líquido da

incorporada, representado por seus ativos e suas obrigações, a incorporadora aumenta seu capital e entrega as ações representativas desse aumento aos acionistas da incorporada (no caso, os INVESTIDORES).

10.27) Com a Lei n.º 9.532/97, o ágio pago na aquisição de investimentos passou a ter um tratamento específico nos casos de incorporação (art. 7o), inclusive nas incorporações ditas inversas ou reversas, como as das investidoras pelas investidas (art. 8o, letra "b"). Embora o ágio seja apenas um componente do custo de aquisição de determinado investimento, a Lei n.º 9.532/97 atribuiu-lhe valor específico nas incorporações, correspondente ao de um crédito fiscal representado pela economia que pode propiciar à incorporadora com a redução de seus encargos fiscais.

10.28) Sendo um ativo da incorporada, transferido à incorporadora por sucessão, seu valor - em tese - deveria ser levado em conta na determinação do patrimônio líquido da incorporada a ser utilizado na realização do aumento de capital da incorporadora. Não obstante, não se pode dizer que esse "crédito fiscal" tenha um valor efetivo para incorporadora à época da incorporação, pois vincula-se a ocorrência de fato futuro e incerto: a percepção de lucros que gerem encargos de IR e CSL contra os quais possa ser lançado. Sob esse prisma, sua classificação como ativo da incorporada capaz de ser levado em conta na determinação do valor do acervo líquido destinado a realizar o aumento de capital da incorporadora seria criticável. Não obstante, na medida em que a incorporadora aufera lucros e reduza seus encargos fiscais, o crédito fiscal toma corpo e passa a ter um valor efetivo para a incorporadora.

10.29) Daí a Instrução CVM 319, de 03.12.1999, ter: (i) impedido que o ágio fosse levado em conta na relação de troca de ações dos acionistas da incorporada por ações da incorporadora (art. 9o); (ii) determinado que o ágio tivesse como contrapartida uma reserva de capital e não o próprio capital social (art. 6o, § 1o); (iii) contemplado a capitalização da reserva de capital por ocasião da amortização do ágio (art. 6o, § 2o); e (iv) admitido que o "Protocolo de Incorporação" previsse que as ações representativas do aumento de capital decorrente da capitalização da reserva de capital fosse destinada exclusivamente aos acionistas da incorporada, quando ela fosse a acionista controladora da incorporadora:

"Art. 7o - O protocolo de incorporação de controladora por companhia aberta controlada poderá prever que, nos casos em que a companhia vier a auferir benefício fiscal, em decorrência da amortização do ágio referido no inciso III do art. 6o desta Instrução, a parcela da reserva especial de ágio na incorporação correspondente a tal benefício poderá ser objeto de capitalização em proveito do acionista controlador.

§1º - Na hipótese prevista no caput deste artigo, observado o disposto no art. 170 da Lei n.º 6.404/76, será sempre assegurado aos demais acionistas o direito de preferência e, se for o caso, as importâncias por eles pagas serão entregues ao controlador.

§2º - A capitalização da parcela da reserva especial referida no caput deste artigo, correspondente ao benefício fiscal, somente poderá ser realizada ao término de cada exercício social e na medida em que esse benefício represente uma efetiva diminuição dos tributos pagos pela companhia."

10.30) Como se observa, o art. 7º da Instrução CVM 319/99 contempla (i) a incorporação de sociedade controladora por companhia aberta que seja sua controlada e (ii) a entrega de ações de aumento de capital correspondente ao valor do crédito fiscal efetivamente realizado apenas em benefício do acionista controlador; esses fatos não se verificaram na incorporação de COPA pelo IMPUGNANTE. Não obstante, o "Protocolo de Incorporação" nada mais é do que um pré-contrato e dele podem constar quaisquer estipulações que não firam a lei; assim, numa primeira análise, seria viável a aplicação do disposto no art. 7o da Instrução CVM 319/99 em benefício de acionistas minoritários, como os INVESTIDORES.

10.31) No caso concreto, não se justificaria a transferência aos INVESTIDORES do benefício fiscal decorrente da amortização do ágio, pois a incorporação interessava tanto a eles quanto ao IMPUGNANTE, como frisado no item 10.24)., acima. Assim seria razoável que o benefício decorrente da amortização fiscal do ágio trouxesse vantagens a todos os acionistas do IMPUGNANTE, indistintamente, na proporção de suas participações no capital social.

10.32) Note-se que a transferência do crédito fiscal de COPA para o IMPUGNANTE não trouxe aos INVESTIDORES nenhum prejuízo que justificasse a aplicação do art. 7º da Instrução CVM 319/99. Com efeito, na qualidade de Investidores 2.689, os ganhos de capital que auferissem na venda de suas ações (tanto nas de COPA, quanto nas do IMPUGNANTE, que as substituiu com a incorporação) não seriam tributados, sendo, portanto, irrelevante para eles o montante do custo do investimento. Vale dizer, a transferência do ágio (um dos componentes do custo de aquisição do investimento, como visto 7.1.28.) para o IMPUGNANTE foi neutra, em termos fiscais, para os INVESTIDORES.

10.33) Face ao exposto, verifica-se que a interposição de COPA entre o IMPUGNANTE e os INVESTIDORES foi uma decisão tomada exclusivamente por esses últimos e decorre os fatos acima apontados. O aproveitamento fiscal do ágio decorreu de uma incorporação ocorrida logo após a existência de COPA ter-se tornado desnecessária e sua eliminação ser vantajosa para o IMPUGNANTE e os INVESTIDORES em razão dos fatos mencionados no item 10.23).

AJUSTE DO VALOR DO ÁGIO COPA

11) A contribuinte alega que na eventualidade de os autos de infração objeto dos processos administrativos 16682.720.614/2012-61 e 16682.722.995/2015-66 serem considerados procedentes, seu patrimônio líquido utilizado na determinação do Ágio Copa estaria incorreto porque:

11.1) O IMPUGNANTE esclareceu que, nas incorporações inversas em que a incorporada detém investimentos na incorporadora adquiridos com ágio, ele (o ágio) deve ser baixado no momento da incorporação ou ter seu valor neutralizado mediante o registro de provisão no mesmo montante. Esses fatos fazem com que o valor do ágio seja zerado pelo registro da provisão e que surja um ativo fiscal, representado pela economia fiscal que a amortização do ágio (no caso, do ÁGIO UBS e do ÁGIO BTG) propiciará ao contribuinte.

11.2) Se esse ativo fiscal for considerado inexistente, no todo ou em parte, pela inviabilidade do aproveitamento fiscal do ÁGIO UBS e/ou do ÁGIO BTG, o valor do patrimônio líquido do IMPUGNANTE terá sido, à época da aquisição de suas ações por COPA, menor do que o considerado na determinação do ágio e, conseqüentemente, o montante do ágio que deveria ter sido reconhecido naquela oportunidade seria maior. Ou seja, o valor do patrimônio líquido do IMPUGNANTE constante do balanço utilizado na determinação do ágio estaria superdimensionado, por ter indicado um ativo inexistente (o crédito fiscal) em razão de uma suposta interpretação incorreta da legislação então vigente.

11.3) Não bastasse isso, o ÁGIO COPA foi quantificado com base em balanço do qual não constaram débitos fiscais que, segundo os autos de infração objeto dos Processos Administrativos n.ºs 16682.720.614/2012-61 e 16682.722.995/2015-66, existiam à época. Assim, se os referidos autos de infração forem julgados procedentes, o patrimônio líquido do IMPUGNANTE à época do registro do ÁGIO COPA terá sido inferior ao então considerado. Neste caso, o montante do AGIO COPA seria maior.

11.4) Assim, caso o ÁGIO UBS e/ou BTG seja(m) considerado(s) indedutível(eis) e o ÁGIO COPA dedutível, requer desde já o IMPUGNANTE que seu valor seja corrigido para efeitos de sua amortização.

INEXISTÊNCIA DE NORMA QUE DETERMINE ADIÇÃO DE DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO AO LUCRO LÍQUIDO PARA FINS DE APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL

12) Com relação ao tema, a contribuinte argumenta não existir semelhança com a legislação do IRPJ tecendo as ponderações seguintes:

12.1) Nem todas as normas de IRPJ são aplicáveis automaticamente à CSLL; apenas aquelas normas referentes "à administração, ao lançamento, à consulta, à cobrança, às penalidades, às garantias e ao processo administrativo" (art. 6º da Lei nº 7.689, de 15.12.1988) são aplicáveis a ambos os tributos. Nos termos dos arts. 1º e 2º da referida lei, a alíquota e a base de cálculo da contribuição são definidas a partir de regras próprias, o que afasta, de plano, a possibilidade de aplicação subsidiária do mencionado artigo do RIR/99.

12.2) Tem-se, portanto, que, para fins de CSLL, podem ser deduzidas quaisquer despesas que tenham sido levadas em consideração na apuração do lucro líquido do exercício e para as quais não haja norma que determine sua adição. Ou seja, a amortização de ágio relacionado a participações societárias não interfere na apuração do lucro real, mas é levada em conta na determinação da base de cálculo da CSLL.

12.3) Citem-se as seguintes ementas de decisões proferidas pelo CARF desfavoráveis à extensão à base de cálculo da CSL das normas que determinam a adição de despesas com amortização de ágio ao lucro líquido, para fins de apuração do lucro real:

"(...) CSLL. Base de cálculo e limites à dedutibilidade. A amortização contábil do ágio impacta (reduz) o lucro líquido do exercício. Havendo determinação legal expressa para que ela não seja computada na determinação do lucro real, o respectivo valor deve ser adicionado no LALUR, aumentando, portanto, a base tributável. Não há, porém, previsão no mesmo sentido, no que se refere à base de cálculo da contribuição social, o que, a nosso sentir, torna insubsistente a adição feita de ofício pela autoridade lançadora. Amortização de ágio. Adição à base de cálculo. Inaplicabilidade do art. 57, lei 8981-95. Inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial. Inaplicabilidade, ao caso, do art. 57 da lei 8981-95, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ." (Acórdão nº 1301-001394, Relator CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER, em 22.10.2014)

"Contribuição social sobre o lucro líquido CSLL. Ano calendario: 2007. IRPJ e CSLL. Bases de cálculo. Ajustes. Distinção. Não há identidade entre os ajustes ao lucro líquido previstos na legislação do IRPJ e da CSLL para fins da determinação das bases de cálculo desses tributos. A identidade estabelecida pelo artigo 57 da lei 8981-95 refere-se à forma de apuração do IRPJ e da CSLL eleita pelo sujeito passivo, que pode ser com base no lucro líquido trimestral, com base no lucro líquido anual ou com base no lucro presumido." (Acórdão nº 1201-000-.830, Relator MARCELO CUBA NETTO, em 09.07.2013)

"(...) Amortização de ágio - Adição à base de cálculo - Inaplicabilidade do art. 57, lei 8981-95 - Inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avahado pela equivalência patrimonial. Inaplicabilidade, ao caso, do art. 57 da lei 8981-95, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ. (...)" (Acórdão nº 103-22.749, Relator MÁRCIO MACHADO CALDEIRA, em 06.12.2006)

12.4) Assim, os argumentos utilizados pelas autoridades fiscais para sustentar a glosa da amortização fiscal dos ágios, para fins de IRPJ, não são aplicáveis à CSLL, seja porque a despesa com a amortização de tais ágios seria dedutível independentemente da incorporação de UBS PARTICIPAÇÕES, de BTG INVESTIMENTOS e de COPA pelo

IMPUGNANTE, seja porque a despesa com a amortização dos ativos diferidos nos quais os mesmos se transformaram também é dedutível para fins da CSLL.

IMPROCEDÊNCIA DA GLOSA DA COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS E BASES NEGATIVAS DE CSLL.

13) Os AUTOS glosaram a compensação de prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL ocorrida no período-base de 2012, como reflexo da glosa de encargos com a amortização do ÁGIO UBS e do ÁGIO BTG computados no lucro real de períodos bases anteriores, formalizada no Processo Administrativo n.º 16682.720.614/2012-61, quanto aos períodos-bases de 2007, 2008 e 2009, e no Processo Administrativo n.º 16682.722.995/2015-66, quanto aos períodos-bases de 2010 e 2011. A contribuinte assevera que, se, por decisão final na esfera administrativa, for considerado que tanto os encargos de amortização tratados no Processo Administrativo n.º 16682.720.614/2012-61, quanto no Processo Administrativo n.º 16682.722.995/2015-66 não são passíveis de afetar o lucro real e a base de cálculo da CSLL, o fato de os prejuízos fiscais terem sido tratados em conjunto terá sido irrelevante. Afirma também que será da mesma forma irrelevante se a amortização do ágio tratada nos dois processos for considerada apta a afetar o lucro real.

13.1) Alerta, porém, que, se houver entendimento de que a amortização do ágio é indedutível em um processo e em outro não, será necessário quantificar com precisão o valor da parcela do ágio que corresponde a cada um dos períodos-base englobados nos processos em questão, de forma a atender ao artigo 247 do RIR/99.

Seguem outros argumentos da impugnante relacionados ao tópico:

13.2) Já há decisão final do CARF no que concerne ao débito cobrado no Processo Administrativo n.º 16682.720.614/2012-61 e ela é no sentido de que a amortização do ágio ocorrida nos períodos-bases de 2007, 2008 e 2009 foi irregular, em razão da utilização UBS PARTICIPAÇÕES - então qualificada como um veículo sem propósito negocial - na aquisição do IMPUGNANTE. Entretanto, a decisão também deixou claro que a parcela **incerta** do Pagamento Diferido - ou seja, a parcela que consubstanciava uma parte do preço devida em razão da ocorrência de eventos futuros e incertos - não poderia ser amortizada no triênio 2007, 2008 e 2009 (parte) ainda que o envolvimento de UBS PARTICIPAÇÕES no negócio fosse justificável, já que a referida parcela do preço só poderia ser amortizada a partir de seu pagamento, ocorrido em meados de 2009.

13.2.1) É o que se observa no **voto do relator EDUARDO MARTINS NEIVA MONTEIRO (voto vencedor, neste particular):**

"Portanto, além de o valor remanescente não ter sido efetivamente desembolsado quando da aquisição do controle acionário do antigo Banco Pactuai S/A, pois dependia de um 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 01/12/06 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. (...)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.

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 n.º 15).

O Recorrente ainda sustenta que a diferença teria sido paga mediante compensação quando da venda do Banco Pactuai S/A ao Grupo BTG, o que, no seu entender, teria extinguido a obrigação relativa à segunda parcela do custo de aquisição do Banco Pactuai 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. (...)"

13.2.2) Na declaração de voto do Conselheiro BRENO FERREIRA MARTINS VASCONCELOS:

"Registro, inicialmente, que a "compensação" realizada quando da operação de venda/recompra do Banco Pactuai, em 11/05/2009, configura pagamento de preço. 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 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" 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 d pagamento diferido) e US\$740 milhões (valor mínimo do pagamento diferido), pelos seguinte motivos. (...)

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.

13.2.3) Na declaração de voto do Conselheiro MARCOS SHIGUEO TAKATA:

"O que se extrai, na essência, é que a parcela de US\$ 740 milhões é parte certo do preço, com pagamento diferido, sendo a parcela que a excede para se chegar em US\$ 1,18 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 d compra e venda do investimento.

Ainda, na essência, o valor a compensar cuida de subcláusula resolutive de parte do preço com pagamento diferido, le., se e no montante que se concretizar (no limite da parte do preço de solvência diferida) se reduz a parte de tal preço. Até la, 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:

(...)

*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 financeiro recíprocos). Também, nesse momento, houve o desconto de valor a compensar de US\$ 12 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. (...)

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 (parte do pagamento à vista de US\$ 920 milhões, e que, conforme contratos de câmbio, corresponderam a R\$ 2.045.684.177,81)."

13.3) Quando foram lavrados os autos tratados no Processo Administrativo nº 16682.722.995/2015-66, englobando os períodos-bases de 2010 e 2011, a parte **incerta** do Pagamento Diferido já havia sido paga, razão pela qual o não pagamento da mesma deixou de ser apresentado como argumento adicional para a glosa de parte das despesas. É o que se observa no trecho do Termo de Verificação Fiscal que acompanhou os aludidos autos, repetido, neste particular, pelo próprio TVF:

"3.4.3. Da inexistência de pagamento no valor de R\$375.856.328,07

O CCV/2006 gerou uma dívida de pagamentos diferidos de R\$3.205.680.000,00 que receberam quitação somente na recompra da fiscalizada pelo CCV/2009. Conforme já explicado no item 3.2.3 do presente Termo de Verificação Fiscal, da dívida desses pagamentos diferidos, não circulou o valor de R\$375.856.328,07 (ver Tabela 12), posto que essa parcela teve quitação pelos sócios retornantes mediante emissão de ações da BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II SA, sendo 90% desse valor destinado a Reserva de Capital - Ágio dessa empresa (ver DOC AINF 114).

O valor utilizado para definir o ágio na recompra da fiscalizada pelo Grupo BTG (CCV/2009) compreendeu total de US\$2.475.000.000,00 (ver item 1 no DOC AINF 221), do qual foi descontado o valor diferido devido pelo UBS AG aos sócios pessoas físicas que lhe haviam vendido o banco. A Tabela 12 demonstra que faz parte dessa quitação o valor de R\$375.856.328,07."

13.4) Não se discute, pois, que: (i) no Processo Administrativo nº 16682.720.614/201261, a fiscalização sustentou que a parcela **incerta** do Pagamento Diferido não podia compor o ágio amortizado nos períodos-bases de 2007, 2008 e 2009 (parte) e o CARF decidiu neste sentido; (ii) nos demais processos, que versam sobre a amortização de ágio nos anos de 2010 e 2011 (Processo Administrativo nº 16682.722.995/2015-66) e no ano de 2012 (o presente processo), a fiscalização aceitou que parte relevante da parcela **incerta** do Pagamento Diferido poderia compor o ágio relativo aos períodos-bases de 2010, 2011 e 2012 (se ele fosse dedutível), contestando apenas o saldo de R\$ 375.856.328,07.

13.5) Em vista disto, requer o IMPUGNANTE que, em sendo a amortização do ÁGIO UBS tratada nos presentes AUTOS e no Processo Administrativo nº 16682.722.995/2015-66 considerada regular, como espera o IMPUGNANTE, sejam os lucros reais dos períodos-bases de 2010 e seguintes recompostos nos termos do § 2º do art. 247 do RIR/99, para refletir as decisões proferidas em todos os processos relacionados ao ÁGIO UBS.

13.6) Além disso, registra o IMPUGNANTE que os prejuízos fiscais e os saldos negativos de CSLL podem ser compensados enquanto o contribuinte está em condições de discutir administrativamente a legitimidade dos fatos que de que se originaram, ainda que tenham sido questionados pelo fisco. É o que se observa no Acórdão n.º 1301-001.167, de 07.03.2013, por exemplo, onde o CARF, ao julgar determinados lançamentos que tinham origem em reversão de prejuízo fiscal e saldo negativo de CSLL discutida em processo administrativo anterior, decidiu que o destino do lançamento decorrente da glosa de prejuízos fiscais está umbilicalmente ligado à decisão final proferida no processo anterior. Concluiu o relator do caso:

"Tendo se tornada definitiva a decisão que cancelou as exigências com base nas quais foram revertidos os prejuízos fiscais e bases negativas, prevalecem os saldos originalmente apurados pela contribuinte e deixa de se caracterizar como indevida a compensação glosada pela fiscalização objeto do presente processo."

13.7) No caso concreto, os autos discutidos no segundo dos processos mencionados no item 9.1.- Processo Administrativo n.º 16682.722.995/2015-66 - encontram-se em fase recursal no CARF e, por isso, a glosa dos encargos de amortização que constitui seu objeto ainda está em discussão. Quanto ao primeiro dos processos - Processo Administrativo n.º 16682.720.614/2012-61, o débito nele cobrado foi liquidado no âmbito do Programa Especial de Regularização Tributária ("PERT"), criado pela Lei n.º 13.496, de 24.10.2017.

13.8) Numa análise superficial e equivocada da Lei n.º 13.496, de 24.10.2017, poderia parecer que o direito de o IMPUGNANTE questionar a dedutibilidade dos encargos de amortização do ÁGIO UBS computados nos períodos-base englobados no aludido processo (períodos-bases de 2007, 2008 e 2009) teria se extinguido, com sua adesão ao PERT, na medida em que o programa foi criado com objetivo de regularizar a situação dos contribuintes em débito com o tesouro, mediante transação que viabilizava sua liquidação em condições vantajosas, em termos financeiros, em contrapartida da desistência do contribuinte em continuar a discuti-los. Mas não é exatamente isso que ocorre.

13.8.1) Com efeito, dispõe a Lei n.º 13.496/17:

"Art. 1o - (...)

§ 4o A adesão ao PERT implica:

*I - a confissão irrevogável e irretroatável dos débitos em nome do sujeito passivo, na condição de contribuinte ou responsável, e **por ele indicados para compor o Pert**, nos termos dos arts. 389 e 395 da Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil);" (...)*

*Art. 5o Para incluir no Pert débitos que se encontrem em discussão administrativa ou judicial, o sujeito passivo deverá desistir previamente das impugnações ou dos recursos administrativos e das ações judiciais **que tenham por objeto os débitos que serão quitados** e renunciar a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem as referidas impugnações e recursos ou ações judiciais, e protocolar, **no caso de ações judiciais**, requerimento de extinção do processo com resolução do mérito, nos termos da alínea c do inciso III do caput do art. 487 da Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)." (Grifos do IMPUGNANTE.)"*

13.9) No Processo Administrativo n.º 16682.720.614/2012-61, questiona-se a amortização do ÁGIO UBS ocorrida nos períodos-bases de 2007, 2008 e 2009 e cobram-se do IMPUGNANTE tributos decorrentes do cômputo da amortização do ágio naqueles períodos-bases. O produto da amortização do ágio excedeu as receitas tributáveis daqueles períodos-bases e, por isso, além de não pagar IRPJ e CSLL naqueles anos, o IMPUGNANTE registrou prejuízos para compensação em anos

subsequentes. As autoridades fiscais também determinaram o cancelamento dos prejuízos fiscais daquele triênio dando margem a que surgissem novos débitos fiscais em exercícios subsequentes.

13.10) O IMPUGNANTE contestou os autos de infração então lavrados e, anos depois, aderiu ao PERT, tendo indicado para "compor o PERT" o valor do débito cobrado no Processo Administrativo n.º 16682.720.614/2012-61. Vale dizer, com relação a esse débito específico (o cobrado no auto), houve confissão irrevogável e irretratável .

13.11) Depois da lavratura dos autos objeto do Processo Administrativo n.º 16682.720.614/2012-61, outros foram lavrados para o lançamento de novo débito decorrente do fato de o IMPUGNANTE ter-se aproveitado de prejuízos alegadamente inexistentes.

13.12) Ao aderir ao PERT, o IMPUGNANTE poderia refazer (voluntariamente) os cálculos dos tributos devidos nos períodos-bases subsequentes aos da lavratura dos autos tratados no Processo Administrativo n.º 16682.720.614/2012-61 e indicar o débito então verificado para "compor" o PERT. Se isso tivesse ocorrido, o IMPUGNANTE teria desistido de questionar débito surgido em razão do aproveitamento dos prejuízos fiscais, como contrapartida do seu pagamento sob as condições vantajosas oferecidas no PERT. Mas isso não ocorreu.

13.13) Assim, conclui-se que o IMPUGNANTE renunciou a discussão apenas do débito no Processo Administrativo n.º 16682.720.614/2012-61; não desistiu, pois, de impugnar novos débitos decorrentes do cancelamento de prejuízos fiscais, pois tais débitos não foram quitados no âmbito do PERT (ver parte sublinhada do art. 5º da lei do PERT, transcrito em 13.8.1.

13.14) Em vista disto, considerando que: (i) se discute no presente processo a mesma matéria tratada nos autos constantes do Processo Administrativo n.º 16682.720.614/2012-61; e (ii) que não houve decisão de mérito definitiva quanto à dedutibilidade da amortização do ÁGIO UBS ocorrida nos períodos-bases de 2007, 2008 e 2009, requer o IMPUGNANTE que se estenda à amortização do ágio daqueles períodos o que for decidido no julgamento dos presentes AUTOS, com relação à legitimidade ou não da amortização em causa e, conseqüentemente, da existência ou não dos prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL compensados a partir de 2010.

DESCABIMENTO DE JUROS SOBRE AS MULTAS DE OFÍCIO.

14) A contribuinte argumenta que, espera que seja cancelada a incidência de juros sobre as multas de ofício lançadas porque os dispositivos legais que disciplinam a cobrança de acréscimos legais sobre débitos para com a União Federal, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil não recolhidos no vencimento (art. 59 da Lei 8.383, de 30.12.1991, e art. 61 da Lei n.º 9.430, de 27.12.1996), não prevêm a possibilidade de cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício, conforme conta de diversos acórdãos do CARF, dentre eles:

"(...) JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. As redações do artigo 61 da Lei n.º 9.430/96 e do artigo 161 do CTN permitem inferir que o termo crédito nele referido não engloba o tributo e a multa de ofício, mas apenas o tributo. Sem previsão legal, não pode a multa de ofício ser corrigida pelos juros Selic." (Acórdão n.º 120100.587, de 16.09.2011)

A impugnante finaliza sua peça de irresignação pedindo que a autuação seja considerada nula ou improcedente com a conseqüente extinção do crédito tributário.

A DRJ/Rio de Janeiro proferiu, então, acórdão cuja ementa assim figurou:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2012

NULIDADE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DAS BASES TRIBUTÁVEIS
Erros na determinação de bases tributáveis não ensejam caracterizam que o lançamento seja nulo. Apenas se faz necessário retificar a parcela indevidamente lançada.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

Quaisquer débitos para com a Fazenda Nacional, quando não pagos no vencimento, sujeitam-se à incidência de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de um por cento no mês de pagamento

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012

GLOSA DA COMPENSAÇÃO DOS PREJUÍZOS FISCAIS E BASES DE CÁLCULO NEGATIVAS RETIFICADOS EM AUTOS DE INFRAÇÃO ANTERIORES. DECORRÊNCIA DE OUTRO PROCESSO.

A glosa da compensação de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas revertidas em lançamentos anteriores é matéria decorrente da decisão definitiva a ser prolatada no âmbito daqueles autos, competindo a esse órgão de julgamento aplicar a decisão administrativa atualmente válida e vigente.

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO FISCAL. FALTA DE PAGAMENTO DE PARTE DO PREÇO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES VINCULADAS. Não se admite como integrante do custo de aquisição do investimento, a parcela diferida e liquidada, mediante emissão de ações, com ágio, integralizada com dívida transferida pela primeira adquirente da sociedade investida para uma segunda adquirente, quando a maior parcela de pessoas físicas credoras dessa dívida compõe o quadro societário desta última.

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO FISCAL. FUNDAMENTO ECONÔMICO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. DEMONSTRAÇÃO. TEMPESTIVIDADE.

De acordo com os preceitos legais, o lançamento contábil do ágio, com o fundamento em rentabilidade futura do investimento, deve ser baseado em demonstração, a ser arquivada como comprovante da escrituração. A demonstração hábil deve dar suporte à definição do preço da operação, o que não pode ser feito *a posteriori*.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL
Ano-calendário: 2012 ÁGIO. AMORTIZAÇÃO FISCAL.

Os artigos 22, 23, 25 e 33 do Decreto-Lei n.º 1.598/77 deixam claro que, para fins fiscais, os efeitos decorrentes da aplicação do método da equivalência patrimonial nas contas de resultado só devem ser considerados na baixa do investimento. Assim, considerado o disposto no art. 2º da Lei n.º 7.689, de 1988, não há que se falar em dedutibilidade do ágio amortizado contabilmente da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Cumprе informar que a parte considerada procedente referiu-se apenas ao reconhecimento do equívoco perpetrado no auto de infração do IRPJ ao excluir da incidência do adicional a parcela de R\$ 80 mil (ao invés dos R\$ 240 mil anuais). Esclareça-se, também, que o cabimento das glosas das amortizações dos ágios UBS e BTG foi decidido por unanimidade, enquanto que relativamente ao ágio COPA a decisão se deu pelo voto de qualidade (o relator e outro julgador haviam proposto a sua improcedência).

Inconformada, a empresa apresentou recurso voluntário onde, essencialmente, reitera as alegações contidas na impugnação. Ainda assim, acresce os seguintes argumentos especificamente voltados contra o que foi decidido pela instância *a quo* neste processo e contra o que foi suscitado em contrarrazões da PGFN apresentadas em outro processo que tratou do mesmo caso (16682.722995/2015-66):

- quanto à preliminar;

- a) a DRJ somente reconheceu o equívoco referente ao adicional do IRPJ; mas não considerou que a verdade material, estabelecida na DIPJ retificadora, deve ser observada no tocante aos valores das compensações de prejuízo fiscal e base de cálculo da CSLL negativa que foram glosados; diante disso, replica o pedido de nulidade do feito ou, pelo menos, que as glosas sejam reduzidas para os valores contidos na DIPJ retificadora;

- quanto ao ágio UBS;

- b) a finalidade extrafiscal da UBS PARTICIPAÇÕES (e conseqüentemente seu propósito comercial) foi reconhecida pela própria DRJ a partir do que prevê o art. 14 da Resolução CMN n.º 3.040/02 e do que entendem os pareceres juntados com a impugnação;
- c) a PGFN procura vincular a criação da UBS INVESTIMENTOS a planejamento fiscal relacionado ao aproveitamento fiscal do ágio, sob o argumento de que apenas uma holding (no caso UBS PARTICIPAÇÕES) seria necessária para atender ao art. 14 da Resolução CMN n.º 3.040/02; no entanto, a criação e manutenção da UBS INVESTIMENTOS sempre esteve

direta e exclusivamente ligada a problemas relacionados ao registro de investimento em moeda estrangeira a ser considerado pelo BACEN no momento em que se promovessem os pagamentos da dívida assumida para com as pessoas físicas alienantes; a extinção da UBS INVESTIMENTOS ocorreu quando essa estrutura deixou de ser necessária com a decisão de incluir a referida dívida na negociação da subsequente alienação do contribuinte para o Grupo BTG;

- d) a PGFN também contesta a justificativa de que a UBS INVESTIMENTOS teria sido criada com o objetivo acima descrito sob a alegação de que a UBS PARTICIPAÇÕES poderia substituí-la nesta função; no entanto, os atos envolvendo a UBS INVESTIMENTOS são fiscalmente neutros; com ou sem a sua participação, os resultados fiscais da reestruturação seriam rigorosamente os mesmos;
- e) a DRJ alegou que não poderia se pronunciar sobre fatos efetivamente não ocorridos para afastar o argumento de que os efeitos fiscais seriam os mesmos se a aquisição da contribuinte fosse efetuada pela UBS BRASIL; porém, a recorrente apenas pretendeu demonstrar que a atuação da UBS PARTICIPAÇÕES não se deu para propiciar vantagens fiscais; se esta última foi a adquirente, isso se deu por ter parecido a forma mais prática e apta a propiciar a finalização do negócio em prazo mais reduzido;
- f) a DRJ se equivoca ao decidir sobre a questão da falta da elaboração tempestiva do demonstrativo de fundamento econômico do ágio com base nas mesmas razões esposadas pelo CARF em outro processo; isto porque a maioria da turma julgadora naquele caso foi favorável à contribuinte neste ponto;
- g) inexistência da existência prévia de laudos de avaliação (é o preço de aquisição que determina o ágio e não o inverso); exige-se, na verdade, uma “demonstração”; o laudo elaborado pela empresa especializada utilizou-se de dados e fundamentos econômicos contemporâneos à operação de aquisição e, exatamente por essa razão, confirmou o resultado dos estudos internos do Grupo UBS; junta documento que evidencia a existência de avaliação do BANCO PACTUAL pelo Grupo UBS com base no método do fluxo de caixa descontado contemporâneo à aquisição; junta também outro documento que demonstra que a avaliação contemporânea das ações do BANCO PACTUAL era de aproximadamente US\$ 2,5 bilhões;
- h) ao contrário do que diz a DRJ no que concerne à acusação de não pagamento efetivo de parte do valor diferido (os R\$ 375.856.328,07), não há identidade entre a maioria dos credores e aqueles que se tornaram devedores; de um lado, os credores sempre foram os sócios vendedores, de outro, após a assunção da obrigação, a devedora passou a ser a pessoa jurídica de cujo capital participavam (de forma indireta) menos da metade dos sócios vendedores; seria inviável, portanto, a extinção da dívida por meio do instituto da confusão; ainda que assim fosse, haveria o sacrifício patrimonial e, por

consequente, em nada prejudicaria o cômputo do montante em discussão no valor do ágio;

- quanto ao ágio BTG;

- i) como a DRJ não se manifestou sobre o fundamento da alegada utilização de empresa veículo sem propósito negocial, a recorrente faz referência à decisão proferida nos autos do processo nº 16682.722995/2015-66, que reconheceu a lógica e conveniência da estrutura adotada;
- j) no tocante à falta de elaboração tempestiva de demonstrativo e ao não pagamento efetivo do valor diferido, reporta-se às alegações deduzidas quanto ao ágio UBS;

- quanto ao ágio COPA;

- k) o voto vencedor na DRJ não contesta a importância de centralizar os interesses dos investidores em uma sociedade, fortalecendo-os nas negociações, então em curso, com o recorrente; essa razão, por si só, já justificaria a criação de uma holding no Brasil; mas, havia uma razão ainda mais forte para essa justificativa, a utilização do regime da Resolução nº 2.689/00; a aquisição de uma companhia aberta (a COPA), por cerca de US\$ 6 milhões, teve essa intenção;
- l) a comparação do custo da COPA com o montante do ágio, feita pelo voto vencedor na DRJ, merece reparos pelos seguintes motivos: (i) os investidores adquiriram uma participação minoritária e a amortização do ágio beneficiaria a todos os acionistas; (ii) o aproveitamento do ágio dependeria de eventos futuros e incertos, quais sejam, a obtenção de lucros, a manutenção das regras de amortização e a permanência dos investidores como acionistas; e (iii) a comparação deveria ser feita entre o custo de aquisição de um veículo destinado ao aproveitamento de ágios (menos de R\$ 10 mil) com o de aquisição da empresa COPA;
- m) a transformação de uma companhia fechada em uma companhia aberta, além de dispendiosa, não é trivial como quer fazer crer o voto vencedor na DRJ quando insinua que o BANCO BTG PACTUAL poderia ter passado à condição de companhia aberta apenas alguns meses antes da operação de aquisição;
- n) no que diz respeito ao ajuste do valor do ágio em razão de os ágios UBS e BTG virem a ser considerados indedutíveis (tanto no presente processo quanto em outros que trataram do mesmo assunto), o voto vencedor na DRJ entendeu que haveria que se considerar a existência de um passivo contingente; no entanto, o registro de uma provisão para tal providência certamente seria contestado pelas autoridades fiscais e a consequente amortização da correspondente parcela seria considerada indedutível mesmo que o ágio COPA fosse considerado legítimo para efeitos fiscais; o fato é que na época da

aquisição que motivou este ágio não havia jurisprudência no CARF que justificasse a referida provisão;

- quanto à inexistência de norma que determine a adição para fins da CSLL;

- o) a DRJ não observou a distinção legislativa (reconhecida pela jurisprudência) dessa contribuição em relação ao IRPJ; além disso, a neutralidade fiscal viabilizada pelo MEP não justifica a indedutibilidade da CSLL porque os encargos de amortização do ágio não se confundem com os resultados de avaliação dos correspondentes investimentos;

- quanto à improcedência da glosa da compensação de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL;

- p) como a DRJ não discordou que o desfecho da glosa em discussão nos autos está ligado ao que for decidido nos processos anteriores, não poderia ela ter considerado improcedente a impugnação neste particular; as próprias autoridades fiscais aceitaram que parte relevante da parcela incerta do pagamento diferido poderia compor o ágio relativo aos períodos-bases de 2010, 2011 e 2012 (partindo da premissa que ele seria dedutível), o que alteraria o próprio montante do ágio UBS amortizado nesses períodos;
- q) segundo a DRJ, admitir a discussão sobre a existência de prejuízos fiscais equivaleria negar que os próprios débitos do PERT (cuja adesão se deu nos autos do processo n.º 16682.722995/2015-66) não existiriam; porém, a discussão no presente processo não fica prejudicada quanto a novos débitos decorrentes do cancelamento de prejuízos fiscais e bases negativas da CSLL;

- quanto ao descabimento dos juros sobre as multas;

- r) os art. 43 e 61, § 3º, da Lei n.º 9.430/96 não dão respaldo ao entendimento adotado pela DRJ porque o primeiro claramente limita o seu alcance às hipóteses de exigência de multa sobre juros de forma isolada e o segundo apenas prevê a exigência de juros sobre o valor principal do débito fiscal.

Ademais, de forma inovadora, a recorrente invoca a necessidade de observância da orientação jurisprudencial da época em respeito ao art. 24 da LINDB.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Marozzi Gregorio, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Da questão preliminar:

Mesmo após a aquiescência da instância *a quo* no que diz respeito à parcela excluída do adicional do IRPJ, a recorrente insiste na questão da observância dos valores das compensações de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL informados na DIPJ retificadora.

Em sua opinião, o fato de ter informado na retificadora que os valores compensados de prejuízo fiscal e base negativa da CSLL eram, respectivamente, R\$ 509.815.300,67 e R\$ 509.526.770,00 (ao contrário dos R\$ 522.650.597,60 e R\$ 528.793.424,26 informados na DIPJ original e, nessa conformidade, glosados pela fiscalização) deveria ser suficiente para comprovar a nulidade da autuação ou, pelo menos, a necessidade da redução dos valores glosados.

Como já bem apontado pela decisão recorrida, erros na determinação das bases tributáveis não ensejam a nulidade do lançamento, mas, apenas a retificação da parcela indevidamente lançada. Por isso, a matéria será oportunamente enfrentada no âmbito das questões de mérito.

Diante disso, afasto a preliminar de nulidade suscitada.

Do mérito:

Inicialmente, considero importante fixar algumas premissas, mesmo que breves, para deixar claro como me situo nas discussões sobre o fenômeno dos planejamentos tributários e o aproveitamento de ágios decorrentes de reorganizações societárias. Importante esclarecer que não se trata de acrescentar inovações às razões do lançamento, mas, apenas, de apresentar fundamentos teóricos que julgo essenciais para interpretar os aspectos normativos e conceituais invocados pelas partes.

Da 1ª premissa - Sobre os planejamentos tributários:

É cediço que esta Casa, até praticamente a virada do século passado, manteve uma posição bastante firme no sentido de que se as operações engendradas pelos contribuintes fossem conformadas com os trâmites formais previstos no direito privado a autoridade fiscal não poderia desconsiderá-las para efeitos tributários. Somente em caso de simulação, o Fisco estaria autorizado a refutar os atos e negócios praticados com a finalidade de evitar ou reduzir a incidência tributária. Nesse sentido, os seguintes julgados da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

IRPJ – "TRADING COMPANY" – SIMULAÇÃO INEXISTENTE. A criação de empresa comercial exportadora, dada como boa pelas autoridades competentes, à luz do Decreto-lei nº 1.248/72, não pode, depois, ser considerada produto de simulação fraudenta, pelas autoridades tributárias, ao fundamento de que objetivava,

simplesmente, evasão fiscal ilícita. (*Acórdão CSRF/01-01.101, de 27 de novembro de 1990*)

IRPJ - INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADES - COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS - Incomprovada a ocorrência de simulação na operação de incorporação de uma empresa superavitária por uma deficitária, podem os prejuízos desta serem compensados como os lucros daquela, no futuro, observado o prazo legal, posto não haver vedação legal. Recurso a que se nega provimento. (*Acórdão CSRF/01-01.756, de 17 de outubro de 1994*)

I.R.P.J. – SIMULAÇÃO NA INCORPORAÇÃO – Para que se possa materializar é indispensável que o ato praticado não pudesse ser realizado, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. Se não existia impedimento para a realização da incorporação tal como realizada e o ato praticado não é de natureza diversa daquele que de fato aparenta, isto é, se de fato e de direito não ocorreu ato diverso da incorporação: não há como qualificar-se a operação de simulada. Os objetivos visados com a prática do ato não interferem na qualificação do ato praticado, portanto, se o ato praticado era lícito, as eventuais conseqüências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de evasão ilícita. (*Acórdão CSRF/01-01.874, de 15 de maio de 1995*)

Marco Aurélio Greco, em sua obra de referência sobre o tema, denominou aquele período como a primeira fase do debate (liberdade, salvo simulação)¹. Haveria uma liberdade absoluta na qual o contribuinte, desde que antes da ocorrência do fato gerador, poderia agir como bem entendesse para dispor de seus negócios. A exceção ficaria por conta das situações em que se constatasse a prática de ilícitos maculados pela simulação.

Necessário anotar que o conceito de simulação que inspirou essa fase é aquele em que há uma mentira ou falseamento de informações declaradas, concernentes ao negócio (ou algum aspecto do negócio) aparente ou simulado, a fim de esconder o negócio (ou aspecto do negócio) verdadeiro ou dissimulado. Este último teria dado ensejo à ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. A simulação, nesses termos qualificada como relativa, teria a intenção de lesar o Fisco mediante o falseamento ou a manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos.

Esse modo de ver o fenômeno dos planejamentos tributários foi sustentado por uma doutrina ultraformalista que propugnava por ideias como a exigência da “tipicidade cerrada” nas regras formadoras das regras-matriz de incidência tributária e o direito constitucional de os contribuintes evitarem o pagamento dos tributos. Todo planejamento tributário seria lícito enquanto não fosse veiculada norma específica antielisiva para combatê-lo. Seria constituído de negócios jurídicos indiretos, nos quais ocorre uma mera incongruência entre a função econômico-social típica do negócio e os objetivos concretos visados pelas partes².

Apesar da influência que tais ideias exerciam sobre a aplicação do direito tributário brasileiro, a verdade é que o quadro era outro no plano internacional, tanto no âmbito do direito tributário quanto no do direito privado.

¹ Cf. Marco Aurélio Greco, "Planejamento Tributário". São Paulo: Dialética, 2008, p. 126.

² Cf. Marciano Seabra de Godoi, "Dois Conceitos de Simulação e suas Conseqüências para os Limites da Elisão Fiscal". In: Valdir de Oliveira Rocha (Org.), *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2007, v. 11, pp. 272 a 298.

No contexto dos países da Europa Continental, para combater os planejamentos tributários tido como abusivos, criavam-se normas gerais antielisivas consubstanciadas por conceitos abertos e abstratos, tais como: abuso de formas (Alemanha e Espanha), abuso de direito (França), fraude à lei (Holanda e Espanha) e ausência de razões econômicas (Itália, Portugal e Bélgica). Nos países anglo-saxões, por sua vez, onde a ideia da preponderância da substância sobre a forma é inerente aos seus sistemas jurídicos, o efeito de economia tributária provocada pelo planejamento era suficiente para a requalificação jurídico-tributária das operações. Com isso, igualmente surgiam conceitos para fixar os contornos dos precedentes judiciais, tais como: *step transaction* (Reino Unido), *business purpose* (EUA) e *conduit companies* (EUA)³.

Com objetivos semelhantes, a própria organização supranacional europeia reforçava o trilho das cláusulas antiabusivas nas diretrizes tributárias emanadas pelo seu Conselho. Nesse sentido, na diretiva sobre reorganizações societárias⁴, estipulou-se que os Estados-Membros podem se recusar a aplicar ou podem retirar, no todo, ou em parte, os benefícios contidos na diretiva se for evidente que a reorganização societária tiver como principal objetivo, ou como um dos principais objetivos, a evasão ou a elisão fiscais. Essa previsão de abuso pode ser presumida se a reorganização societária não for executada por razões comerciais válidas como a reestruturação ou a racionalização das atividades societárias. Outrossim, na diretiva matriz-filial sobre dividendos intersocietários⁵, estipulou-se que a diretiva não impede a aplicação das disposições nacionais ou convencionais necessárias para evitar a evasão ou a elisão. Nesse mesmo tom, o Tribunal de Justiça da União Europeia começava a consolidar sua jurisprudência contrária aos planejamentos tributários abusivos⁶.

Além disso, era também marcante a preocupação com os abusos praticados por reorganizações societárias internacionais, as quais criavam empresas veículos que visavam ao aproveitamento de benefícios conferidos por acordos celebrados para evitar a bitributação, prática que ficou conhecida como *treaty shopping*. Surgiam, então, as cláusulas de “limitação de benefícios” para restringi-los às empresas que comprovassem ter seu capital preponderantemente detido por residentes dos países signatários do acordo. Igualmente, o conceito de “beneficiário efetivo” (ou *beneficial ownership*), inicialmente concebido na lei inglesa antitruste, ganhou tamanha aprovação que passou a contar com a expressa previsão de sua inclusão nos textos dos artigos 10, 11 e 12 dos acordos celebrados com base na Convenção-Modelo da OCDE⁷.

Acrescente-se, ainda, os esforços especialmente direcionados contra as estruturas corporativas multinacionais que provocam a erosão da base tributária num mundo globalizado. Na medida em que se toma consciência da reduzida carga tributária relativa efetivamente suportada por essas corporações, surge a orientação de que os planejamentos tributários agressivos (*aggressive tax planning*) devam ser objeto de uma atenção sincronizada por parte das diferentes jurisdições nacionais. Nesse sentido, destacam-se várias das ações que

³ Cf. Marco Aurélio Greco... , pp. 374 a 390.

⁴ Cf. artigo 11º, 1, "a" da Diretiva nº 90/434/CEE.

⁵ Cf. artigo 1º, 2, da Diretiva nº 90/435/CEE.

⁶ Cf. Caso C-28/95 ("Leur Bloem") e Caso C-264/96 ("Imperial Chemical Industries - ICI").

⁷ Cf. 1986 OECD Report: Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies.

foram recentemente conduzidas pela OCDE, no âmbito do projeto *Base Erosion and Profit Shifting* - BEPS, sob determinação de todos os países pertencentes ao chamado G-20⁸.

Como se sabe, em 2001, sintonizada com a tendência internacional, a Lei Complementar n.º 104 contemplou o nosso Ordenamento com a ideia das normas gerais antielisivas ao introduzir um § único no artigo 116 do Código Tributário Nacional (CTN), *verbis*:

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá 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, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

Para tal desiderato, elegeu o legislador a figura da “desconsideração” dos negócios jurídicos praticados com a finalidade da “dissimulação”. Ademais, condicionou tal providência à observância de “procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

A eleição dos negócios jurídicos praticados com a finalidade da dissimulação remetia ao conceito da simulação relativa e, como já ressaltado, à noção preconcebida de que esses negócios jurídicos só poderiam ser desconsiderados caso fosse detectada a intenção de lesar o Fisco mediante o falseamento ou a manipulação de seus aspectos relevantes. Isso aliado ao fato de que os artigos 13 a 19 da superveniente Medida Provisória n.º 66/2002 não foram convertidos em lei, os quais tinham a intenção de especificar os procedimentos para a desconsideração, levou a já referida doutrina ultraformalista a propugnar pela dispensabilidade e pela eficácia limitada da norma geral. Ou seja, malgrado todo o esforço legislativo, para os defensores da primeira fase do debate continuava-se no mesmo patamar de antes.

Em outro prisma, no âmbito do direito privado, a teoria das causas exercia sua influência na configuração dos requisitos de validade dos negócios jurídicos em países como a França, a Itália e a Espanha⁹. A causa ou propósito de um negócio jurídico distingue-se das vontades das partes que o celebram. É que estas têm a ver com os motivos íntimos e pessoais que inspiram cada sujeito de direito nas declarações de vontade necessárias à realização do negócio, enquanto que a causa ou propósito é inerente à espécie do negócio jurídico tipificado no ordenamento. Nessa linha de pensamento, Orlando Gomes, dentre os civilistas brasileiros o mais célebre defensor da inclusão da causa como requisito de validade dos negócios jurídicos, exemplificava que a prevenção de riscos é a causa inerente ao contrato de seguros¹⁰. Se numa situação específica ficar constatado que nunca houve risco a cobrir, a eficácia do contrato poderia ser questionada por lhe faltar o requisito da causa.

A causa é, desta forma, o propósito, a razão de ser, a finalidade prática que se persegue com um determinado negócio jurídico. Com essa perspectiva, surge a possibilidade de que as partes utilizem uma estrutura negocial para atingir um resultado que não corresponda à causa típica do negócio posto em prática¹¹. É o que ocorre quando, por exemplo, mediante um contrato de compra e venda objetiva-se efetuar uma doação. Igualmente, quando por intermédio de um contrato social constitui-se uma sociedade empresária com objeto distinto da causa

⁸ Cf. 2013 OECD Report: Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting.

⁹ Cf. Marciano Seabra de Godoi ..., p. 287; e Luís Eduardo Schoueri, "Direito Tributário". São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 161 a 163.

¹⁰ Cf. Orlando Gomes, "Introdução ao Direito Civil". Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 393.

¹¹ Cf. Marciano Seabra de Godoi ..., p. 284.

empresarial, qual seja, em conformidade com os artigos 966 e 982 do Código Civil, o exercício de uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços. Nesses casos, diz-se que há simulação (vício) da causa do negócio jurídico. Aparece, então, o conceito de simulação orientado pelo vício da causa.

Para Orlando Gomes, apesar de a divergência entre o que querem as partes e o que declaram ser produzida deliberadamente, a simulação nem sempre é ilícita¹². A causa real (ou dissimulada), que prepondera sobre a causa negocial (ou simulada), pode ser lícita. Não há que haver falseamento ou manipulação de aspectos relevantes do negócio jurídico como ocorre na simulação do próprio negócio (ou de seus aspectos). Verifica-se uma preponderância da causa prática sobre a causa típica do negócio jurídico prescrito na lei. O saudoso autor sustentava que a causa como requisito de validade dos negócios jurídicos era o instrumento de controle da autonomia privada com vistas a conformá-la às novas exigências sociais dos tempos modernos¹³.

Marco Aurélio Greco chancela essa visão e argumenta que o conceito de simulação estampado no *caput* do artigo 167 do Código Civil (“É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou se válido for na substância e na forma”), ao contrário da noção imediata que diretamente lhe advém, segundo a qual seriam necessários dois negócios jurídicos (o simulado e o dissimulado) para a sua aplicação, pode comportar também a ideia de que bastaria para isso apenas um negócio jurídico único, real, mas simulado (com vício de causa). Como consequência, considerando que as nulidades podem ser alegadas por qualquer interessado (artigo 168) e que os negócios jurídicos nulos não são suscetíveis de confirmação, nem de convalidação pelo decurso do tempo (artigo 169), o Fisco pode, sem necessidade de prévia decretação de nulidade, invocá-las para reputar as operações assim qualificadas como inoponíveis contra si¹⁴.

Penso, contudo, que não seja oportuno nem correto recorrer ao Código Civil. É que o seu artigo 167, ao falar em “negócio jurídico simulado” e que “subsistirá o que se dissimulou”, também restringe o seu âmbito de aplicação à simulação dos negócios jurídicos tal qual o § único do artigo 116 do CTN. Não cuida, igualmente, da simulação da causa dos negócios jurídicos.

Sem embargo, o próprio CTN já ostentava os permissivos legais para o tratamento da simulação em seu sentido amplo. É o que se infere do seu artigo 118, *verbis*:

Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

(grifei)

Quando esse dispositivo diz que a interpretação legal do fato gerador deve ser interpretada de modo a se abstrair os efeitos dos atos e fatos efetivamente ocorridos, está, na

¹² Cf. Orlando Gomes ..., p. 440.

¹³ Ibidem, pp. 394 e 395.

¹⁴ Cf. Marco Aurélio Greco ..., pp. 265 a 273.

verdade, afirmando que se deve abstrair da causa simulada. Em outras palavras, esta última não é oponível ao Fisco. Acrescente-se, ainda, o que está previsto no artigo 149, VII, do mesmo CTN:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

(grifei)

Então, a despeito da infrutífera inserção do § único no artigo 116, o CTN sempre permitiu o lançamento de ofício nos casos de simulação (inclusive quando só há o vício da causa).

Apesar de não ter sido expressamente regulada no Código Civil, Marciano Seabra de Godoi explica que a teoria causalista do fenômeno simulatório é adotada por civilistas brasileiros de prol porque sua relevância na análise das vicissitudes do negócio jurídico sempre existiu e decorre do ordenamento como um todo. Por isso, trata as duas visões da simulação de modo a existir um conceito restrito (doutrina ultraformalista) e um conceito amplo, no qual adiciona-se o vício da causa. Ainda na época dos extintos Conselhos de Contribuintes, constatava-se uma progressiva mudança na jurisprudência administrativa para dar guarida ao conceito amplo de simulação. Nesse sentido, depois de reconfigurar o conceito amplo de simulação como “simulação-elusão” e o conceito restrito, como “simulação-evasão”, o citado autor concluía¹⁵:

Na prática, o CC-MF passou, portanto, a reconhecer *três* possibilidades (e não duas como insiste a visão tradicional da doutrina) de qualificação do planejamento tributário: *elisão lícita e eficaz* (Acórdão 107-07.596), *simulação-dissimulação-elusão* (passível de desconsideração mesmo antes da LC 104 mas não com punição de multa agravada - conclusão do Acórdão 103-21.046) e *simulação-evasão-sonegação* (passível de desconsideração e de punição com multa agravada - conclusão do Acórdão 101-94.771).

Portanto, o que importa é perceber que a jurisprudência administrativa desta Casa mudou sua orientação no que diz respeito ao enfrentamento dos casos em que ocorrem os chamados planejamentos tributários. O fenômeno assume agora uma configuração tripartite em função da sua licitude e eficácia da economia tributária pretendida: (i) pode ser lícito e eficaz (planejamento oponível ao Fisco); (ii) pode ser lícito, mas ineficaz (planejamento inoponível ao Fisco); ou (iii) pode ser ilícito (planejamento evasivo)¹⁶.

De uma postura permissiva unicamente focada na autonomia privada (liberdade, salvo simulação do negócio jurídico), partiu-se para uma posição mais sintonizada com o plano

¹⁵ Cf. Marciano Seabra de Godoi ..., pp. 288 a 290.

¹⁶ Prefiro não aderir às expressões que envolvem os conceitos de elisão e elusão para evitar as confusões terminológicas que lhes são inerentes. Cf. Ricardo Lobo Torres, "Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal". Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp 7 a 10. Também não aprovo a expressão “planejamento tributário abusivo” por encontrar supedâneo em conceito (abuso de direito) incompatível com a concepção filosófica que adoto para a teorização dos conflitos normativos. Cf. Nota sobre o assunto a seguir.

internacional, na qual aquela autonomia é temperada pela análise objetiva do propósito preponderante dos negócios jurídicos engendrados (liberdade, salvo simulação do negócio jurídico ou da sua causa).

Essa mudança teve efeito mesmo sem a edição da lei ordinária reclamada pela norma geral positivada pela Lei Complementar nº 104/01. E está juridicamente amparada pelo conceito amplo de simulação e seu possível questionamento com base nos artigos 118 e 149, VII, do CTN.

Nada obstante a eficácia do reconfigurado conceito de simulação para o tratamento das situações concretas concernentes aos planejamentos tributários, a doutrina recorre a outros conceitos que poderiam também ser utilizados para o enfrentamento do tema. Nesse sentido, fala-se na fraude à lei (*frau legis*) e no abuso de direito. A fraude à lei, a meu ver, poderia também ser um eficaz instrumento para confrontar o assunto¹⁷. Por outro lado, o abuso de direito parte de pressupostos que me parecem insuperáveis diante da concepção filosófica que adoto para a teorização dos conflitos normativos¹⁸. Entretanto, este não é o espaço adequado para tais digressões. A exposição supra já é suficiente para os propósitos do presente voto.

Da 2ª premissa - Sobre o aproveitamento de ágios decorrentes de reorganizações societárias:

Delineado o fenômeno dos planejamentos tributários e minha adesão à tese de sua inoponibilidade ao Fisco quando formados por negócios jurídicos de propósito preponderantemente marcado pela economia tributária, afigura-me, agora, oportuno investigar a modalidade de planejamento atinente ao presente processo.

A noção de ágio (ou deságio) tem prováveis raízes no conjunto dos instrumentos financeiros que surgiram para dar suporte ao desenvolvimento das atividades comerciais no final da idade média¹⁹. Mas, no Brasil, sua qualificação jurídica surgiu com o artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77 (artigo 385 do RIR/99), confira-se:

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.

¹⁷ Cf. Marciano Seabra de Godoi, "A figura da fraude à lei tributária prevista no parágrafo único do art. 116 do CTN". Revista Dialética de Direito Tributário, nº 68, 2001, pp. 101 a 123; e "A figura da fraude à lei tributária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal". Revista Dialética de Direito Tributário, nº 79, 2002, pp. 75 a 85.

¹⁸ Cf. Ricardo Marozzi Gregorio, "Preços de Transferência: Arm's Length e Praticabilidade". São Paulo: Quartier Latin, p. 225.

¹⁹ Cf. Eliseu Martins e Sérgio Iudícibus, "Ágio Interno - É um Mito?". In: Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos), 4º vol. São Paulo: Dialética, 2013, pp. 83 e 84.

§ 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.

Em suma, o dispositivo legal determinou que na aquisição de participações societárias que devam ser submetidas ao critério de avaliação denominado método da equivalência patrimonial (MEP) o valor despendido deve ser desdobrado em duas contas no ativo da empresa adquirente: (i) o percentual da participação societária adquirida no patrimônio líquido da investida e (ii) a diferença positiva (ágio) ou negativa (deságio²⁰) entre o valor despendido e o valor do item anterior. O ágio assim quantificado deverá ter a indicação do seu fundamento econômico dentre aqueles listados nas alíneas do § 2º do mesmo dispositivo legal. Ademais, os dois primeiros fundamentos devem ser comprovados por demonstrativos, os quais, normalmente, são veiculados na forma de laudos.

Discute-se se existiria uma ordem de preferência ou uma vedação à cumulação na alocação dos fundamentos listados. Nesse sentido, renomados autores da ciência contábil tecem severas críticas sobre a forma como o assunto foi disciplinado na lei societária²¹. Contudo, o texto legal foi bastante flexível ao não fazer qualquer restrição quanto ao critério de alocação desses fundamentos. Por isso, Luís Eduardo Schoueri conclui que “por mais que se pudesse, utilizando-se lições da Contabilidade, demonstrar que um dos três fundamentos previstos na legislação é preferível, ou que outro é indesejável, nada disso importa diante da decisão do legislador” e que “nada há no texto legal a impedir que haja mais de um fundamento para a contabilização do ágio”²².

Até a entrada em vigor das alterações promovidas pela convergência às normas internacionais de contabilidade, o ágio ativado conforme acima determinado deveria ser amortizado em consonância com os critérios estabelecidos na Instrução CVM nº 247/96, os quais resumidamente²³ estabeleciam que:

²⁰ Para não tornar a leitura enfadonha e por serem desnecessárias para a análise do presente caso, as futuras referências à figura do “deságio” serão a partir desse ponto desconsideradas.

²¹ Cf. Alessandro Brodel Lopews e Eliseu Martins, “Do Ágio Baseado em Expectativa de Rentabilidade Futura”. In: *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*, 3º vol. São Paulo: Dialética, 2012, pp. 51 a 61.

²² Cf. Luís Eduardo Schoueri, “Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)”. São Paulo: Dialética, 2012, pp. 21 e 30.

²³ Esclareça-se que a referida Instrução, sintonizada com as críticas que os contabilistas faziam à disciplina instituída pela lei societária, tratava o ágio fundamentado na expectativa de resultados futuros como sendo o “goodwill”, ou seja, a diferença entre o valor dispendido na aquisição do investimento e o seu valor patrimonial já

- a) O ágio fundamentado no valor de mercado de bens do ativo da investida deveria ser amortizado na proporção em que o ativo fosse sendo realizado na investida;
- b) O ágio fundamentado na expectativa de resultados futuros da investida deveria ser amortizado no prazo, extensão e proporção dos resultados projetados (passíveis de verificação anual), no limite máximo de dez anos;
- c) O ágio não justificado pelos fundamentos anteriores deveria ser reconhecido imediatamente como perda.

Conquanto os critérios acima permitissem a amortização do ágio na apuração do lucro contábil, o artigo 25 do mesmo Decreto-Lei n.º 1.598/77 (artigo 391 do RIR/99), elimina seus efeitos na apuração do lucro real, *verbis*:

Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33. (Redação dada pelo Decreto-lei n.º 1.730, 1979)

Tal iniciativa, todavia, ressalva o disposto no artigo 33 daquele Decreto-Lei (artigo 426 do RIR/99). É que quando houver a alienação ou liquidação da participação societária o ágio ativado produzirá seus efeitos fiscais ao compor o custo de aquisição na apuração do ganho ou perda de capital. Veja-se:

Art 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei n.º 1.730, 1979)

O valor do ágio que comporá o custo de aquisição é aquele que foi originalmente ativado. Porém, para evitar que surjam quaisquer dúvidas sobre a necessária segregação dos montantes contabilmente amortizados, a regulamentação administrativa exige seu controle no LALUR. Neste sentido, o § único do artigo 391 do RIR/99 determina que:

Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 426).

Uma outra hipótese de o ágio ativado produzir efeitos fiscais ocorre quando há a extinção da participação societária adquirida em eventos de reorganização societária envolvendo as empresas investidora e investida.

acrescido da "mais-valia" correspondente ao valor de mercado dos bens do ativo. Além disso, especificava um critério distinto para a amortização do ágio decorrente da aquisição de concessões públicas.

Inicialmente, foi o artigo 34 do mesmo Decreto-Lei (artigo 430 do RIR/99) quem disciplinou a questão. Resumidamente, determinou que na fusão, incorporação ou cisão de sociedades em que houver a extinção de participação societária de uma possuída por outra:

- a) se o valor contábil da participação societária extinta excedesse o acervo líquido vertido, avaliado a preços de mercado, haveria perda de capital, podendo ser imediatamente deduzida na apuração do lucro real ou, se o contribuinte preferisse, num prazo máximo de dez anos;
- b) se o acervo líquido vertido, avaliado a preços de mercado, excedesse o valor contábil da participação societária extinta, haveria ganho de capital, devendo ser imediatamente reconhecido na apuração do lucro real ou, se o contribuinte preferisse, diferido conforme os critérios estabelecidos nos §§ 1º e 2º daquele mesmo dispositivo legal.

O valor contábil da participação societária expresso na norma inclui somente a parcela do ágio ainda não amortizado contabilmente pela investidora até o evento que culminou com a extinção daquela participação. Explica-se. É que, diferentemente do que foi previsto pela mesma lei para a hipótese anterior (a do artigo 33), não houve qualquer autorização para que o ágio amortizado na escrituração comercial pudesse ser incluído no conceito de “valor contábil”.

Posteriormente, no âmbito do Programa Nacional de Desestatização - PND - compreendido na década de 90, surgiram os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 (artigo 386 do RIR/99). Esses dispositivos derogaram parcialmente²⁴ as normas anteriores que tratavam dos efeitos fiscais do ágio na reorganização societária envolvendo as empresas investidora e investida. Confira-se:

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

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

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

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

²⁴ As disposições anteriores permaneceram vigentes nas hipóteses de participações societárias adquiridas sem registro do ágio.

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

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

- a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
- b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do caput:

- a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;
- b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

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

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

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

- a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;
- b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Destarte, o tratamento fiscal do ágio nos eventos de fusão, incorporação ou cisão de sociedades em que uma absorver o patrimônio da outra passou a ser disciplinado de acordo com o fundamento econômico escolhido na sua geração. Sucintamente:

- a) O ágio fundamentado no valor de mercado de bens do ativo da investida deverá integrar o valor contábil dos respectivos bens para fins de futura depreciação, amortização, exaustão ou composição do custo na apuração de eventual ganho ou perda de capital;
- b) O ágio fundamentado na expectativa de resultados futuros da investida poderá ser amortizado no prazo mínimo de cinco anos, respeitada a razão máxima de 1/60 por mês;
- c) O ágio não justificado pelos fundamentos anteriores deverá permanecer em conta do ativo permanente, não sujeita à amortização, para aproveitamento futuro na composição do custo na apuração de eventual ganho ou perda de capital.

É de se notar que a norma não faz referência expressa quanto ao fato de estar tratando da parcela ainda não amortizada. Por outro lado, também não o faz quanto à integralidade do ágio originalmente formado. Contudo, por motivos lógicos e sistemáticos, há que se prestigiar a interpretação segundo a qual a norma só pode estar se referindo à parcela do ágio ainda não amortizado contabilmente pela investidora até o evento que culminou com a extinção daquela participação.

É que a racionalidade da norma está em permitir, depois da reunião do investimento com o patrimônio investido, que o ágio pago possa ser deduzido com a concretização dos benefícios que o motivaram. Mas, esclareça-se, só a parcela do ágio correspondente aos benefícios que ainda restam ser concretizados após a ocorrência da nova configuração patrimonial prevista na norma. Consequentemente, tratando-se do ágio fundamentado no valor de mercado de bens do ativo da investida, a amortização deve ocorrer na medida em que esses bens sejam realizados. Por sua vez, tratando-se do ágio fundamentado na expectativa de resultados futuros da investida, a amortização deve ocorrer no ritmo da geração dos lucros esperados, respeitada a razão máxima estabelecida. Se houve parcelas dos bens já realizadas ou dos lucros já gerados antes da reunião do investimento com o patrimônio investido, não faz sentido querer transportar as correspondentes parcelas de ágios já amortizadas para a nova configuração patrimonial. A conta que registra o bem (no caso dos bens já realizados) ou a conta de ativo diferido (no caso dos lucros já gerados) deverá representar o valor do ativo existente no momento da nova configuração patrimonial.

Uma questão de suma importância para a qualificação dos planejamentos tributários inseridos neste contexto é saber se o tratamento da matéria disciplinado pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 constituiu ou não um benefício fiscal diante do tratamento anteriormente conferido pelo artigo 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77. A argumentação contrária ao reconhecimento do benefício fiscal é fundada na constatação de que a nova disciplina não mais permite o aproveitamento imediato do ágio (como visto, a parcela ainda não amortizada contabilmente na investidora) no evento que extingue a participação societária, mas, sim, exige seu diferimento para eventos futuros diversificados conforme a fundamentação econômica adotada na sua geração. Afinal, se uma despesa podia ser imediatamente aproveitada e surge uma nova lei que posterga seu aproveitamento, onde estaria o benefício fiscal?

Esse raciocínio, defendido inclusive por autores de escol²⁵, iria contra todo um pensamento comum que se formou em torno do conteúdo normativo veiculado nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Como já apontado, eles foram editados no âmbito do PND, criado para estimular a privatização das empresas públicas, na década de 90. O que mais se ouvia falar sobre tal conteúdo é que ele constituía um verdadeiro incentivo fiscal para a criação de empresas ou consórcios de empresas nacionais com o objetivo de poderem participar dos leilões de privatização.

Em favor da ideia segundo a qual o novo regramento trouxe, de fato, um benefício fiscal, o Conselheiro Antonio Carlos Guidoni Filho expressou opinião divergente em seu voto vencedor no Acórdão nº 1102-000.873, de 11 de junho de 2013. Pelo brilhantismo da explanação, vale a pena reproduzir o seguinte trecho daquele voto:

²⁵ Cf. Luís Eduardo Schoueri, "Ágio em Reorganizações ..., pp. 66 a 68.

Antes da Lei n. 9.532/97, o ágio somente produziria efeitos fiscais na hipótese de alienação, liquidação ou extinção do investimento por incorporação, fusão ou cisão, influenciando a determinação do ganho de capital. No caso de extinção por incorporação, fusão ou cisão, assim dispunha o art. 34 do Decreto n. 1.598/77, *verbis*:

(...)

Especificamente no que tange à extinção do investimento por incorporação, fusão ou cisão, na vigência da legislação acima referida, seria considerado dedutível apenas a perda de capital correspondente à “*diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado*” (sic art. 34 do DL 1.598), que poderia ser deduzido de uma vez só ou como ativo diferido em 10 anos.

Esquemmatizando, pode-se dizer que $VDP = VC - VALPM$, onde VDP é o valor a deduzir como perda, VC é o valor contábil registrado na investidora e VALPM é o valor do acervo líquido avaliado a preço de mercado.

Exemplificando: uma empresa que possui patrimônio líquido (acervo líquido) de 50(PL) é adquirida por outra pelo preço de 120. Nesse caso, a investidora registrará investimento avaliado pelo PL de 50 e ágio sobre investimento de 70, e consequente valor contábil de investimento de 120 (VC). Se este investimento for ulteriormente incorporado, poder-se-á vislumbrar um dos seguintes resultados:

Hipótese 1º) VALPM igual ao valor do próprio investimento avaliado pelo PL, isto é, de VALPM = 50, no exemplo acima.

Assim ficará a equação: $VDP = 120 - 50$ ou $VDP = 70$. Portanto, a perda de capital dedutível será de 70, que, no exemplo, corresponde exatamente ao valor do ágio pago.

Hipótese 2º) VALPM superior ao valor do próprio investimento avaliado pelo PL e inferior ao VC, isto é, VALPM > 50 e < 120, por exemplo, de 80.

Nesse caso o resultado é $VDP = 120 - 80$ ou $VDP = 40$. Ou seja, na hipótese o valor dedutível como perda é menor que o valor do ágio pago.

Hipótese 3º) VALPM igual ou superior ao valor de VC, isto é, VALPM \geq 120. Neste caso o resultado é $VDP = 120 - 120$, ou seja, $VDP = 0$.

Nesse caso não haverá valor a ser deduzido como perda.

Com a devida vênia, pois, é equívoco afirmar que sob a égide da legislação anterior o ágio pago era dedutível, pois somente poderia ser deduzida a perda de capital apurada segundo a fórmula acima mencionada que levava em consideração duas variáveis: o valor contábil registrado na investidora (VC) e o valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado (VALPM). O valor a deduzir poderia ser igual ou inferior ao ágio, ou até mesmo ser inexistente.

Apenas para contextualizar, imagine-se o ambiente de empresas listadas em bolsa, como a Telebrás e controladas. Numa realidade em que estas empresas estão obsoletas e sob o regime de monopólio estatal, o valor das ações em bolsa, que serve para determinar o VALPM, provavelmente refletirá ao valor do patrimônio líquido

(pode ser mais ou menos). O que aconteceria num ambiente em que o poder estatal anunciasse a privatização destas empresas?

Naturalmente, o valor das ações aumentaria, aumentando, por conseguinte, o VALPM, isto é, o valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado.

Dependendo do momento e da oscilação do mercado, todo o valor do ágio que fosse pago na aquisição desse investimento estatal poderia se tornar indedutível, da noite para o dia. **Ou seja, o modelo previsto no artigo 34 do Decreto n. 1.598/77 colidia frontalmente com os interesses do próprio Governo Federal de fomentar as privatizações e obter lances maiores para a venda das ações.**

A Lei n. 9.532/97 inova por dar tratamento específico e mais benéfico para quem pagou o ágio nos casos específicos de extinção da participação societária por incorporação, fusão ou cisão. Restou garantido ao investidor que a dedutibilidade seria do valor integral do ágio que foi pago, sem qualquer variável negativa como existia no modelo da legislação anterior.

Não há dúvida, pois, que a Lei n. 9.532/97 foi mais um elemento que serviu para incentivar os casos de privatização, garantindo-se aos investidores que o ágio pago, todo ele, fundando em rentabilidade futura, seria deduzido.

Fica claro, então, que a argumentação contrária à ideia do benefício fiscal concentra seu raciocínio no ágio aproveitado, mas se esquece que a regra anterior tratava da perda (ou ganho) de capital auferido a partir de uma outra variável, qual seja, o acervo líquido vertido a preços de mercado. Este, como bem lembrado pelo ilustre Conselheiro Guidoni, pode variar ao sabor das oscilações do mercado. E num contexto em que se espera a injeção de recursos na empresa investida o normal é que o mercado reflita de forma positiva no valor daquele acervo.

Portanto, com todo o respeito às posições divergentes, sigo com o entendimento segundo o qual os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 constituíram verdadeiro benefício fiscal no tratamento da matéria.

Diferentemente do que ocorre em alguns países onde a renda segue a teoria da fonte definida em espectros cedulares, o conceito de renda adotado no Brasil segue a teoria do acréscimo patrimonial (segundo o modelo desenvolvido pelos financistas Georg Schanz, Robert Haig e Henry Simons - modelo SHS) definido numa amplitude global²⁶. Isso significa que considera-se renda quaisquer fluxos monetários e demais benefícios (que possam também ser avaliados em termos monetários) que ingressem na esfera patrimonial da pessoa durante o período considerado. O que ocorre é que a lei, em situações nas quais o legislador sopesa a confluência de diversos princípios e interesses coletivos, deixa de tributar algumas categorias de renda. Consequentemente, no caso do imposto de renda, a lei tributária incide de forma global sobre todo acréscimo patrimonial. Depois, sobre algumas situações específicas, afasta o campo de incidência.

Tratando-se de benefício fiscal, diria que sua natureza é de uma isenção. Como explica Paulo de Barros Carvalho, a isenção atua no próprio campo normativo. A regra de

²⁶ Cf. Reuven S. Avi-Yonah, Nicola Sartori e Omri Marian, *Global Perspectives on Income Taxation Law*. New York: Oxford, 2011, pp. 17 a 23.

isenção subtrai parte do campo de abrangência do antecedente ou do consequente da regra-matriz de incidência, mutilando, parcialmente, um ou mais dos seus critérios²⁷.

Nessa trilha, quando a lei permite a amortização do ágio que no regramento anterior poderia ser absorvido pela versão de um acervo líquido superavaliado, nada mais faz do que mutilar, parcialmente, o critério da base de cálculo da regra-matriz de incidência.

Por tratar-se de isenção, há que se lembrar o que determina o artigo 111 do CTN, *verbis*:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

(...)

II - outorga de isenção;

A regra-matriz de incidência é o resultado do trabalho interpretativo de um conjunto de enunciados veiculados nos textos legais. Há diversas técnicas legislativas para conformar o campo de incidência. A isenção nada mais é do que uma dessas técnicas, por meio da qual, algum aspecto de uma predefinição genérica daquele campo é mutilado. Entretanto, se o legislador opta por essa técnica, o CTN exige uma interpretação literal dos seus enunciados para a produção da regra-matriz. E não é de se estranhar que seja assim. Afinal, a regra geral é a incidência sobre a renda global. A mutilação é uma exceção. Por isso, não se pode dar uma amplitude extensiva à regra de isenção.

Não há que se confundir a exigência de interpretação literal das regras que outorgam isenções com a concepção formalista da primeira fase do debate sobre os planejamentos tributários. A exigência de literalidade opera na formação da norma a partir dos enunciados normativos. O intérprete define com maior rigor as circunstâncias normativas estabelecidas nos enunciados que veiculam as regras de isenção. Por exemplo, define com maior rigor os contornos dos negócios jurídicos contidos nestes enunciados.

A concepção formalista, por sua vez, opera na compreensão dos fatos. Segundo seus defensores, a situação fática não se subsume na regra-matriz porque o contribuinte formalizou negócio jurídico distinto do que está previsto nos enunciados dos textos legais. Os defensores da possibilidade de não oponibilidade do planejamento, por outro lado, discordam dessa interpretação dos fatos em algumas circunstâncias. Para estes, pode haver simulação da causa do negócio jurídico e a situação fática, na verdade, se subsumir no negócio jurídico contido na regra-matriz.

Assim, com a exigência de interpretação literal das regras instituidoras de benefícios fiscais, conclui-se que não há espaço para o seu alargamento além das situações expressamente previstas nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Não é possível, portanto, interpretar esses comandos legais de modo que a amortização do ágio ocorra fora dos exatos parâmetros idealizados pelo legislador.

Registre-se, contudo, que a matéria sofrerá profundas alterações para os fatos geradores futuros por obra do conteúdo introduzido pela Lei nº 12.973/14.

²⁷ Cf. Paulo de Barros Carvalho, Curso de Direito Tributário, 17a. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 490.

Da glosa das amortizações dos ágios:

Com as premissas que foram apresentadas, quais sejam, a inoponibilidade ao Fisco dos planejamentos formados por negócios jurídicos de propósito preponderantemente marcado pela economia tributária e a impossibilidade de uma interpretação extensiva das hipóteses expressamente previstas em lei para a amortização do ágio, já se pode enfrentar a principal matéria do presente caso.

Poucas linhas atrás dissemos que nos benefícios fiscais que possuem a natureza de isenção, como é o caso da amortização resultante das operações de reorganização societária envolvendo ágio, não há espaço para alargamento das situações expressamente previstas em lei. Por oportuno, repita-se a transcrição do artigo 7º, *caput*, e do artigo 8º, alínea “b”, da Lei nº 9.532/97:

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

(...)

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

(...)

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

A interpretação literal para a formação da norma conduz ao entendimento de que o ágio a ser amortizado é aquele surgido nos termos do que previu o artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77. Isto é, somente a empresa que "detenha participação societária adquirida" naqueles moldes poderá figurar como incorporadora ou incorporada no evento que resultará no encontro do seu patrimônio com o da empresa investida.

Em termos econômicos, tal como era antes regulado no âmbito do artigo 34 daquele mesmo Decreto-Lei, trata-se de permitir, em razão da confusão patrimonial estabelecida, a dedução da perda de capital que era do investidor (só que, agora, garantindo-se sua expressão na totalidade do ágio contabilizado). Por isso, há que se exigir a presença do real investidor no evento da incorporação, melhor dizendo, quem efetivamente suportou a perda de capital através de um inequívoco sacrifício patrimonial. Requer-se, assim, a participação do real investidor e a existência do efetivo pagamento.

Como única exceção a essa exigência (considerando o caráter literal da interpretação), quando o real investidor for estrangeiro, poder-se-á admitir uma configuração semelhante à que inspirou o legislador, ainda na década de 90, relativamente aos leilões de privatização de empresas públicas no âmbito do PND, quando o investidor restará convertido na empresa ou consórcio de empresas nacional, para onde são canalizados os investimentos, o qual recebe a incumbência de fazer a aquisição das participações societárias negociadas. E há que se reconhecer a admissibilidade (e manutenção) dessa exceção na interpretação da regra para lhe conferir alguma utilidade porque o legislador podia (mas não quis) ter extinto o

referido benefício fiscal no contexto das substantivas alterações promovidas sobre a matéria pela Lei nº 12.973/14, editada já numa época quando há muito foi concluído o mencionado PND.

Destarte, deve-se investigar se os ágios do caso atendem a esses pressupostos.

Do ágio UBS:

Segundo o que consta no item 2.5.4 do Termo de Verificação Fiscal, no tocante ao chamado “ágio UBS”, as razões para a sua glosa foram:

A falta de propósito negocial pela utilização de empresa veículo (item 2.5.1), a falta de elaboração tempestiva de demonstrativo do ágio (Item 2.5.2) e o não pagamento efetivo de parte do valor devido (item 2.5.3), levou o contribuinte a beneficiar-se indevidamente de amortização de ágio para fins de apuração do IRPJ e da CSLL, nos montantes exibidos nas Tabelas 7, 8 e 9 do item 2.2.1 do presente relatório.

O ágio que restou amortizado foi aquele contabilizado, em 01/12/2006, pela empresa UBS PARTICIPAÇÕES, no valor de R\$ 4.415.294.794,55. Além deste, na mesma data, foram também contabilizados R\$ 828.325.211,81 a título de “Valor do PL”, de modo que o total de R\$ 5.243.620.006,36 correspondeu ao valor que se atribuiu à aquisição da recorrente pelo Grupo UBS. Uma parte desse valor (R\$ 2.037.940.006,36) refere-se ao que foi imediatamente transferido para um fundo de investimentos (GCP BRASIL) constituído pelas pessoas físicas alienantes e a outra parte (R\$ 3.205.680.000,00) refletiu a dívida assumida para com essas mesmas pessoas físicas e que foi logo em seguida repassada para a sua nova controladora (a UBS INVESTIMENTOS). A incorporação que se sucedeu, em 05/02/2007, da UBS PARTICIPAÇÕES pelo BANCO UBS PACTUAL (a empresa contribuinte), foi quem propiciou a referida amortização com o pretense amparo na disciplina contida nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Conforme o relato, consta que a empresa suíça UBS AG efetivamente aportou os recursos para o pagamento da parcela imediatamente transferida para o fundo de investimentos através de uma operação de aumento de capital na sua subsidiária no Brasil (a UBS PARTICIPAÇÕES). Com isso, a sua participação nessa empresa passou de R\$ 999,00 para R\$ 2.045.685.176,00. Relativamente à parcela diferida (no valor de R\$ 3.205.680.000,00), contudo, não houve aporte de recursos para o País. A dívida, prevista para ser liquidada somente em 2011, foi repassada para uma outra empresa do Grupo (a UBS INVESTIMENTOS). Em contrapartida, registrou-se um correspondente aumento de capital desta última naquela outra. Assim, a UBS INVESTIMENTOS assumiu a dívida da parcela diferida, mas se tornou a controladora da UBS PARTICIPAÇÕES.

Portanto, se houve algum pagamento no registro da aquisição, só se pode cogitar daquela parcela de R\$ 2.037.940.006,36 transferida para o fundo de investimentos constituído pelas pessoas físicas alienantes. Nada obstante, mesmo essa parcela, não resiste a um exame mais minucioso. Com efeito, de acordo com o previsto no contrato, assim como a parcela diferida, o valor imediatamente transferido para o fundo de investimentos também estava sujeito a condições necessárias para que fossem liberados às pessoas físicas alienantes de forma definitiva. Nas palavras da fiscalização:

As disposições das cláusulas 1.2 (iii) e (iv), 1.3 (c), 1.5 (c) e 10.1 (y) do CCV/2006 (v. Imagens 5 a 10), previam uma série de situações sobre as quais o próprio contribuinte confirmou que, em tese, esses valores poderiam não ter sido recebidos pelos sócios.

Então, o negócio jurídico possuía condições de caráter suspensivo. Haviam situações nas quais o próprio contribuinte reconheceu a natureza de eventos futuros e incertos na medida em que os valores acordados poderiam não ter sido recebidos pelos sócios. Nesse ponto, o art. 125 do Código Civil é categórico quanto à eficácia do direito adquirido:

Art. 125. Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.

Ao que tudo indica, inexistiu, por parte dos alienantes, uma efetiva disponibilidade econômica ou jurídica sobre os recursos da alienação. Tanto que, se é que houve alguma tributação sobre eventual ganho de capital observado pelas pessoas físicas na alienação, esta também teria sido diferida.

Malgrado todos esses condicionantes, como bem observado pela fiscalização, houve uma presunção de que os valores contratados na aquisição haviam sido pagos e, como tal, os R\$ 5.243.620.006,36 (incluindo os R\$ 4.415.294.794,55 a título de ágio) foram registrados na contabilidade da UBS PARTICIPAÇÕES.

Portanto, independentemente dos eventos que se sucederam no âmbito da operação de recompra ocorrida em 2009, importa notar que o ágio foi registrado sem que se completasse o efetivo pagamento para a aquisição da empresa recorrente. Nem mesmo na ocasião da incorporação da UBS PARTICIPAÇÕES, qualquer parcela do pagamento havia ingressado no patrimônio das pessoas físicas alienantes. O fato de estes terem constituído um fundo de investimento para onde foram transferidos os recursos atinentes à primeira parcela não desnatura o caráter condicionante que impedia a sua utilização enquanto não fossem cumpridos os requisitos estabelecidos no contrato. Tanto é que havia a previsão contratual de que esse fundo deveria ser administrado por uma empresa nomeada pelo Grupo UBS.

Essa constatação, de que não havia ocorrido um efetivo pagamento, fica ainda mais reforçada pelas supervenientes operações que envolveram a recompra da mesma empresa recorrente. Afora as particularidades dessas operações (que serão analisadas no tópico sobre o “ágio BTG”), cumpre observar que uma substantiva parte dos valores acordados na primeira compra acabou por não ingressar no patrimônio das pessoas físicas alienantes. Aliás, considerando o complexo fluxo de recursos que envolveu as citadas operações, é de se duvidar se ao final houve algum efetivo dispêndio por parte do Grupo UBS.

Assim, assiste razão à fiscalização quando aponta a inexistência de pagamento efetivo como um dos fundamentos da infração. O argumento de que havia obrigações contratuais exigíveis e, por isso, a sua liquidação seria irrelevante para fins da apuração do custo de aquisição do investimento não se sustenta diante da imposição de interpretação literal da regra que instituiu o benefício fiscal da amortização do ágio. Há o requisito do efetivo pagamento. O negócio jurídico envolvendo a aquisição de participação societária (que motivaria o registro do ágio), da forma como foi engendrado, não se revela oponível ao Fisco.

Em sua defesa, a contribuinte ainda alega que a interposição da UBS PARTICIPAÇÕES não propiciou economia fiscal diferente daquela que seria obtida se a

aquisição tivesse sido feita diretamente pela sociedade através da qual o Grupo UBS atuava no Brasil desde 1983 (o Banco UBS). Ora, se a aquisição tivesse sido realizada por essa sociedade e se os recursos utilizados tivessem sido efetivamente direcionados para as pessoas físicas alienantes, não há dúvidas de que a amortização realizada depois de ocorrido um dos eventos citados na lei (incorporação, cisão ou fusão) seria legítima. O problema é que não foi isso o que aconteceu.

Outra alegação, desta feita de caráter mais relevante, é a de que havia a necessidade de cumprir norma regulatória do Conselho Monetário Nacional (CMN). Como essa norma exige que as participações societárias diretas que impliquem controle nas instituições financeiras brasileiras somente podem ser detidas por pessoas físicas ou instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN, não haveria possibilidade de a aquisição ser feita por sociedades com as características da UBS AG. Junta, inclusive, pareceres de ilustres personalidades do setor financeiro no sentido de corroborar esse entendimento.

Nada obstante, essa argumentação, no máximo, atesta a existência de um propósito negocial para a intermediação da empresa UBS PARTICIPAÇÕES. Poderia até contribuir para afastar a acusação de que o Grupo UBS utilizou-se de uma empresa veículo para o posterior aproveitamento do ágio (um dos fundamentos utilizados pela fiscalização e chancelado pela instância *a quo* mesmo após a justificativa apresentada na impugnação). Porém, independente da existência de propósito negocial e mesmo que a intermediação da empresa UBS PARTICIPAÇÕES neste caso se assemelhe àquela exceção subentendida no âmbito do PND, isso não muda o fato de não ter havido o efetivo pagamento às pessoas físicas alienantes antes da constituição do ágio.

Por outro lado, não se pode concordar com a alegação de que os atos envolvendo a UBS INVESTIMENTOS são neutros porque a razão da sua existência estaria meramente ligada a problemas relacionados com o registro de investimento em moeda estrangeira. Pois, se o objetivo era evitar que as futuras transferências para a realização dos pagamentos diferidos fossem desqualificadas da condição de investimento no BACEN, a própria UBS PARTICIPAÇÕES poderia cumprir esse papel. Não haveria necessidade de se constituir uma outra holding no País nem lhe repassar a dívida. Nesse aspecto, a UBS INVESTIMENTOS revelou-se, sim, como uma empresa veículo utilizada com o propósito preponderante de possibilitar a futura amortização do ágio. Afinal, a UBS PARTICIPAÇÕES já tinha o seu destino traçado (ser incorporada pela recorrente) e pareceria ainda mais artificial a presença da dívida diferida no patrimônio da própria empresa investida.

A discussão sobre a exigência de um laudo ou mero demonstrativo, bem como a de ter que ser elaborado antes ou bastar se referir aos fatos pretéritos, com toda a vênias aos que pensam diferente, é secundária. Nesse ponto, até dou razão aos argumentos da recorrente. Não vejo na redação original do § 3º, do art. 20, do Decreto-Lei nº 1.598/77, a exigência de laudo, nem de que o documento apresentado ao Fisco para demonstrar o fundamento do ágio tenha que ter sido elaborado anteriormente ao momento da aquisição da participação societária. É verdade que a lei exige alguma demonstração do fundamento. A meu ver, porém, essa exigência pode ser suprida com quaisquer elementos que minimamente comprovem a presença do fundamento. Na essência, como bem observado pela recorrente, é o preço que determina o ágio e não o inverso. Se a transação tivesse ocorrido entre partes não independentes (o que não se acusou), aí, sim, poder-se-ia questionar o preço com base no fundamento.

Por conta da grande controvérsia que envolve a matéria, apesar de ser irrelevante para decidir sobre a procedência da presente infração (uma vez que o planejamento já se mostra inoponível por conta da ausência de pagamento efetivo e da interposição de empresa veículo), considero oportuno transcrever o excelente trecho do voto do Conselheiro Paulo Mateus Ciccone, proferido no Acórdão n.º 1402-002.336, que reflete bem o meu posicionamento sobre a questão do laudo:

De prefácio, é inequívoco não haver imposição legal a que haja “laudo”, entendido este como “peça escrita, fundamentada, na qual os peritos expõem as observações e estudos que fizeram e registram as conclusões da perícia” (cf. Aurélio), mas, sim, “demonstração” (certamente mais informal) e que seja “arquivada como comprovante da escrituração”.

Ora sem maiores digressões, evidente que o texto legislativo é vago e poderia dar margem a interpretações ao sabor de cada analista. Afinal, o que seria “demonstração”? Uma simples planilha matemática com números? Balanços e Demonstrações de Resultados da adquirida? Sua participação no mercado em que atua? Sua intangível “marca”? Na mesma linha, o que significaria “arquivar”? Colocar no “armário”? Na “gaveta”? Definição ainda mais subjetiva nos dias de hoje com a informatização nos níveis em que se encontra e sequer imaginável quando da edição do Decreto-lei n.º 1.598, nos idos de 1977.

Luís Eduardo Schoueri, na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, Dialética: São Paulo, 2012, assim se manifesta acerca do tema (requisitos legais fixados para o laudo de avaliação pg. 33):

“A exigência legal de uma fundamentação, quando da própria formação do ágio, impõe que se identifique um instrumento para a documentação daquela motivação.

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 n.º 1.598/1977 é singelo, 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, dispondo:

“§ 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.”

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. Também exige o arquivo da “demonstração”. Mas não diz como deve ser feita.

Ingressa-se no delicado tema da prova. Se é verdadeiro que o contribuinte pode valer-se de qualquer meio de prova em direito admitido, não se pode deixar de observar que se está diante da prova de uma motivação, i.e., do motivo determinante da aquisição.

Não há na lei qualquer requisito quanto à forma do estudo ou seu conteúdo, implicando ampla liberdade nesse aspecto". [...] (destaques acrescidos).

Já Edmar Oliveira Andrade Filho²⁸ pontua:

"A rigor, a legislação não exige a confecção de um laudo de avaliação quando diz que o contribuinte deve ter um demonstrativo do ágio apurado. No entanto, é recomendável a preparação de um laudo de avaliação com esmero técnico porque isto traz segurança jurídica para o contribuinte". (sublinhou-se).

O tema foi magnificamente bem resumido em voto da Conselheira Edeli Pereira Bessa, exarado no Ac. 1101-000.899 da hoje extinta 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da 1ª Sejul, sessão de 11 de junho de 2013 (destaques não são do original):

"Isto porque a exigência legal é no sentido de que a contribuinte mantenha comprovante de escrituração que demonstre o fundamento do ágio pago. Este comprovante deve expressar razões que justifiquem a aquisição, mas não precisa ser, necessariamente, elaborado antes ou concomitantemente com a operação.

*"A contribuinte pode possuir, apenas, estudo interno que lhe demonstre a rentabilidade futura, e **depois buscar laudo técnico que o corrobore**, desde que não se valha de premissas impraticáveis no passado".*

Ainda no CARF, no acórdão prolatado sob nº 1102001.018, Relatoria do Conselheiro José Evande Carvalho Araujo, a matéria foi enfocada:

"A acusação fiscal reconhece a existência desse ágio, mas não admite a sua fundamentação e dedução com base em expectativa de rentabilidade futura, pois o laudo de avaliação apresentado para justificar o ágio foi elaborado apenas em 2006.

A defesa afirma que o laudo foi elaborado em 2006, mas com data base em 30/12/2004, e que seu conteúdo foi confirmado com uma avaliação complementar, elaborada após a lavratura do auto de infração.

De início, há que se ressaltar que o simples fato de o laudo ter sido elaborado posteriormente à criação do ágio não impede sua utilização para esse fim.

Observe-se que o § 3º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, exige que o lançamento do ágio, com a indicação de seu fundamento, deve ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Assim, a lei não exige 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 pela expectativa de resultados futuros". (destacou-se).

Luís Eduardo Schoueri, na obra citada, pg. 35, leciona:

"No caso da fundamentação do ágio, como visto, não há qualquer menção a laudo; basta uma demonstração, arquivada junto com os demais documentos contábeis.

É prática comum, em operações societárias de maior porte, que os compradores e vendedores se façam valer da assessoria de especialistas, no mercado que se denomina mergers and acquisitions. Em circunstâncias

²⁸ "Imposto de Renda das Empresas" - 10ª Ed. 2013 - Atlas - SP - pg. 720

normais, os assessores avaliarão a empresa a ser adquirida (target company), propondo ao comprador uma certa margem(range) para a fixação do preço. Ocorrendo tais circunstâncias, a apresentação à fiscalização, pelo contribuinte, do relatório que levou à tomada de sua decisão parecer ser elemento importantíssimo para a prova da fundamentação do ágio pago.

A documentação assim apresentada não precisa, portanto, ter necessariamente, a forma de um laudo. Muitas vezes, a decisão se faz a partir de uma apresentação de slides, quando muito corporificados em um Relatório Executivo (Executive Summary), onde os principais elementos para a tomada de decisão surgem como meros tópicos (bullet points).

Se essa é a prática empresarial, a exigência de um laudo de avaliação revela-se formalidade descabida. A “demonstração” se faz com os documentos que de fato serviram para a tomada de decisão.

Não é incomum que, depois da conclusão do negócio, produzam-se laudos de avaliação com a finalidade exclusiva de atender à fiscalização. Não se pode condenar essa cautela e o laudo assim elaborado, desde que fiel às circunstâncias do negócio, pode complementar os elementos de prova, de modo a permitir que se alcance o elemento subjetivo – motivo determinante do pagamento do ágio”. (negrito acrescido).

No presente caso, a recorrente alega que apresentou um laudo elaborado por empresa especializada, a qual utilizou dados e fundamentos econômicos contemporâneos à operação de aquisição. Tal laudo teria confirmado o resultado dos estudos internos do Grupo UBS. Junta, inclusive, um documento que evidencia a existência de avaliação do BANCO PACTUAL pelo Grupo UBS com base no método do fluxo de caixa descontado contemporâneo à aquisição e outro que demonstra que a avaliação contemporânea das ações do BANCO PACTUAL era de aproximadamente US\$ 2,5 bilhões. Não vejo, portanto, razão para discordar da recorrente quanto à esta específica questão.

Noutro giro, a alegação da fiscalização de que não houve circulação de parte do valor diferido (os R\$ 375.856.328,07) acaba também se revelando descartável para o deslinde questão. Tivesse havido ou não o pagamento da totalidade do valor diferido (os R\$ 3.205.680.000,00), o fato é que todo o ágio contabilizado não era passível da amortização perpetrada porque a sua geração se deu através de um negócio jurídico condicionado em que uma prestação essencial para a sua concretização (o pagamento) não havia sido efetivada por ocasião do evento da incorporação.

Enfim, diante de todo o exposto, mantenho a glosa das amortizações do “ágio UBS”.

Do ágio BTG:

Quanto ao chamado “ágio BTG”, as razões para a sua glosa foram resumidas no item 2.6.4 do Termo de Verificação Fiscal:

A falta de propósito comercial pela utilização de empresa veículo (item 2.6.1), a falta de elaboração tempestiva de demonstrativo do ágio (Item 2.6.2) e o não pagamento efetivo de parte do valor devido (item 2.6.3), levou o contribuinte a beneficiar-se indevidamente de amortização de ágio para fins de apuração do IRPJ e da CSLL, nos

montantes exibidos na Tabela 20 e parágrafos seguintes do item 2.2.2 do presente relatório, resumidos abaixo

Este ágio teria surgido na operação de recompra, pelo Grupo BTG, da mesma empresa recorrente. O ágio que restou amortizado foi aquele contabilizado, em 18/09/2009, pela empresa BTG INVESTIMENTOS, no valor de R\$ 217.957.323,05. Além deste, na mesma data, foram também contabilizados R\$ 4.216.151.688,16 a título de “Valor de PL”, de modo que o total de R\$ 4.434.109.011,21 correspondeu ao valor que se atribuiu à aquisição da recorrente pelo Grupo BTG. Compuseram esse valor as seguintes parcelas: R\$ 3.302.872.306,41; R\$ 4.226.251,33; R\$ 1.141.468.318,60; e R\$ 1.122.503,56. As três primeiras parcelas, segundo a fiscalização, foram formadas consoante indicam os demonstrativos abaixo:

Data	Doc.	Descrição	US\$	Taxa	R\$	Beneficiário
17/09/2009	DOC 47	Contr. Câmbio	119.545.726,24	1,8056	215.851.763,30	BTG INVESTENTS LP
17/09/2009		Contr. Câmbio	261.168.476,37	1,8056	471.565.800,93	UBS AG
17/09/2009	DOC 49	Contr. Câmbio	152.013.243,84	1,8056	274.475.113,08	UBS INTL. HOLDING BV
18/09/2009	DOC 48	DARF	*****	****	13.063.209,99	*****
18/09/2009	DOC 24	Deps. C. Corrente	*****	****	2.324.261.226,95	Todos os Vendedores PF CCV/2006
18/09/2009	DOC 25	IOF sobre C. Câmbio	*****	****	1.791.950,04	*****
18/09/2009	DOC 25	IOF sobre C. Câmbio	*****	****	1.043.005,42	*****
18/09/2009	DOC 25	IOF sobre C. Câmbio	*****	****	820.236,70	*****
					TOTAL	3.302.872.306,41

Data	Doc.	Descrição	US\$	Taxa	R\$	Beneficiário
04/11/2009	DOC 52	Contr. Câmbio	2.425.260,59	1,736	4.210.252,38	UBS AG
04/11/2009	*****	IOF sobre C. Câmbio	*****	*****	15.998,95	*****
					TOTAL	4.226.251,33

Tabela 12 – Parcela a prazo paga por BTG PACTUAL INVESTIMENTOS para a recompra do Banco pelo Grupo BTG

Data	Doc.	Descrição	US\$	Taxa	R\$	Beneficiário
18/03/2010	DOC 53 DOC 27	Dep. C. Corrente	*****	****	100.035.025,37	Vendedores PF CCV/2006 – ex partners
20/09/2010	DOC 54 DOC 27	Dep. C. Corrente	*****	****	103.766.337,80	Vendedores PF CCV/2006 – ex partners
18/03/2011	DOC 55 DOC 27	Dep. C. Corrente	*****	****	107.885.198,77	Vendedores PF CCV/2006 – ex partners
01/07/2011	DOC 56 DOC 27	Dep. C. Corrente	*****	****	110.577.789,11	Vendedores PF CCV/2006 – ex partners
16/09/2010	DOC 57	Contrato de Câmbio	199.620.720,63	1,72	343.347.639,48	UBG AG
18/09/2009	DOC 58	Ações da BTG Pactual Part II S/A	*****	****	375.856.328,07	Vendedores PF CCV/2006 - retomantes
					TOTAL	1.141.468.318,60

Tabela 13 – Composição dos pagamentos efetuados por intermédio de BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S/A para a recompra do Banco pelo Grupo BTG

A parcela representada na “Tabela 13” teria sido paga pela controladora da BTG INVESTIMENTOS (a BTG PARTICIPAÇÕES II). Em contrapartida dessa dívida para com a sua controladora, registrou-se um aumento de capital correspondente em favor daquela.

A última parcela, no valor de R\$ 1.122.503,56, referiu-se a pagamentos efetuados a consultores jurídicos (também considerados parte do custo de aquisição).

A incorporação que se sucedeu, em 29/04/2010, da BTG INVESTIMENTOS pelo BANCO BTG PACTUAL (a empresa contribuinte), foi quem propiciou a referida amortização com o pretense amparo na disciplina contida nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Como se vê, dentre os itens formadores das parcelas que compuseram o ágio, apenas quatro tiveram como beneficiário direto empresas do Grupo UBS (o “alienante”). Os demais, na parte mais relevante, foram destinados às pessoas físicas alienantes na primeira operação (tratada no tópico anterior). Além disso, houve uma transferência para uma empresa

do próprio Grupo BTG no exterior (a BTG INVESTMENTS LP, a mesma que fez o papel de parte adquirente no contrato da recompra) e a alocação de pagamentos a consultores jurídicos no âmbito do custo da aquisição.

Nesse contexto, foi considerada extinta a dívida referente à porção diferida na primeira compra (que estava prevista para ser quitada em 2011). Ademais, permitiu-se o resgate dos valores retidos no fundo de investimento (GCP BRASIL). Conforme apontado pela fiscalização, como consequência dessa operação de recompra, boa parte das pessoas físicas alienantes daquela primeira operação retornou à condição de sócio da empresa recorrente (segundo constatado pela DRJ, em 18/09/2009, as pessoas retornantes detinham participação na controladora BTG PARTICIPAÇÕES II, bem como, em conjunto, 68,77% do capital social da empresa BTG PARTICIPAÇÕES, ela própria também acionista da BTG PARTICIPAÇÕES II).

Aliás, os sócios alienantes nunca deixaram de conservar sua relação com a empresa negociada. Com efeito, havia até cláusulas no primeiro contrato que exigiam a manutenção de seu vínculo de trabalho com empresas do Grupo UBS. Caso não cumprissem essa exigência, seriam desqualificadas do direito de receber o pagamento diferido que lhes fosse devido.

Portanto, assim como não havia na aquisição anterior pagamentos efetivos capazes de sustentar a geração daquele ágio, o caso do presente tópico revela a mesma mácula. Os depósitos em contas correntes de pessoas físicas não se destinaram aos alienantes da segunda operação. Muitos, inclusive, foram destinados para pessoas que acabaram retornando à condição de sócios da empresa recorrente. A extinção da dívida diferida somada aos valores remetidos ao Grupo UBS (por meio de contratos de câmbio) mais parece um desfazimento do negócio jurídico anterior (que ainda não havia sido completado com efetivo pagamento acordado) do que um novo negócio envolvendo a aquisição da mesma empresa recorrente. Quando se percebe que as pessoas retornantes detinham substantiva parte do Grupo BTG, seria até o caso de se questionar se não teriam sido elas mesmas que aportaram os recursos utilizados para a extinção da dívida.

De resto, parte da dívida diferida do primeiro caso (R\$ 375.856.328,07) acabou sendo paga de forma inusitada. A BTG PARTICIPAÇÕES II assumiu a dívida na operação de recompra e quitou parte mediante emissão de ações com 90% de ágio em favor de pessoas físicas credoras (alienantes do caso anterior). Como esse mesmo valor também integrou o ágio tratado no presente tópico (vide o último item da Tabela 13 acima), houve uma contabilização de parte deste último no âmbito do próprio Grupo BTG (ágio interno).

Como já me manifestei em outras oportunidades, não considero que transações entre partes relacionadas devam ser vistas como algo abominável e que extirpa os direitos de quem as pratica. Desde que haja reais aquisições feitas em bases *arm's length*, não vejo porque recriminá-las. Tanto é assim que as legislações sobre distribuição disfarçada de lucros (no âmbito interno) e de preços de transferência (no contexto externo) nada mais fazem do que corroborar os efeitos tributários dessas transações nos limites em que sejam praticadas dentro dos parâmetros *arm's length*. O fato de a Lei nº 12.973/14 ter vedado a contabilização do ágio interno para as operações futuras não muda o meu entendimento sobre o assunto. Diante dos abusos cometidos nessa seara, uma norma antielisiva específica, de certa forma radical, acabou por impedir que também as transações legítimas (em bases *arm's length*) pudessem desfrutar do benefício legal.

O problema aqui é que não houve um efetivo pagamento, mas, tão somente, a troca de dívida por participações societárias. O fato de essas participações terem depois sido convertidas em dinheiro mediante resgate das correspondentes ações é irrelevante (até porque isto se deu em 23/11/2010, data posterior ao evento da incorporação). Além disso, mesmo que houvesse o pagamento tempestivo, não foi o alienante (o Grupo UBS) quem recebeu o ativo que se pretende equiparar ao dinheiro pago (as ações emitidas pela BTG PARTICIPAÇÕES II). Quem o recebeu foram as pessoas físicas alienantes da primeira operação.

Assim, assiste razão à fiscalização quando aponta a inexistência de pagamento efetivo como um dos fundamentos da infração. Eventual argumentação no sentido de que, perante obrigações contratuais exigíveis, sua liquidação seria uma forma de pagamento para a parte credora também não prospera diante da imposição de interpretação literal da regra que instituiu o benefício fiscal da amortização do ágio. Há o requisito do efetivo pagamento. O negócio jurídico envolvendo a aquisição de participação societária (que motivaria o registro do ágio), da forma como foi engendrado, não se revela oponível ao Fisco.

Quanto à questão da utilização de empresa veículo, a recorrente faz referência à decisão de primeira instância proferida nos autos do processo n.º 16682.722995/2015-66, que reconheceu a lógica e conveniência da estrutura adotada.

Com efeito, não constatei nos autos nenhuma acusação acerca da procedência dos recursos utilizados pela BTG INVESTIMENTOS para o pagamento das duas parcelas acima referidas (R\$ 3.302.872.306,41 e R\$ 4.226.251,33). No entanto, a própria recorrente admite que os reais adquirentes eram as pessoas físicas detentoras do Grupo BTG. Confirma-se, nesse sentido, o seguinte trecho da sua impugnação.

6.20) Os investimentos dos SÓCIOS VENDEDORES no antigo Banco Pactuai S.A. sempre foram estruturados por meio de *holding*, seja para viabilizar o exercício do controle do banco, seja para viabilizar a compra e venda de ativos variados pelo Grupo BTG, como é comum ocorrer em grupos do gênero.

6.21) Por isso, durante pelo menos os dez anos que precederam sua venda ao GRUPO UBS, o antigo Banco Pactuai S.A. era controlado por PACTUAL S.A. que, por sua vez, tinha como acionistas diretos duas *holdings* - a NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA. e PACTUAL HOLDINGS S.A. -, sociedades estas que agrupavam as diversas pessoas físicas que participavam de forma indireta do banco, quais sejam, os SÓCIOS VENDEDORES. Assim, nada mais lógico que, ao decidirem recomprar o IMPUGNANTE, o GRUPO BTG o fizesse através de estrutura semelhante à anteriormente existente.

6.22) A criação de *holdings* - pelo menos de uma - para figurar como adquirente do IMPUGNANTE se impunha, pois seria inviável, na prática, a participação individual de 32 pessoas físicas no seu capital, seja porque as regras de controle precisariam ser previamente definidas mediante a interposição de ao menos uma *holding*, seja porque as obrigações assumidas junto ao GRUPO UBS e aos SÓCIOS VENDEDORES precisariam estar concentradas em uma única entidade. Em outras palavras, mais do que por mera conveniência, a utilização de ao menos uma *holding* para readquirir o controle do IMPUGNANTE era essencial.

(grifei)

Ora, se as pessoas físicas detentoras do Grupo BTG eram as reais adquirentes é bem provável terem sido elas que aportaram os citados recursos. De qualquer sorte, a BTG

INVESTIMENTOS havia sido recém constituída e não dispunha de qualquer participação em outros negócios que pudessem auferir recursos próprios. Inexiste também evidências de que esses recursos tenham sido obtidos com terceiros. Além disso, se os reais adquirentes eram pessoas físicas residentes no País, o caso também não se assemelha com àquela exceção subentendida no âmbito do PND. Por isso, considero que houve, sim, a intermediação de uma empresa veículo com o propósito preponderante da economia tributária. A alegação de que seria inviável a participação de 32 pessoas físicas no capital da empresa investida não me convence. O negócio poderia ter sido concretizado e, depois, se necessário, constituída a holding.

Ademais, aqui também surge a figura de uma segunda holding (a BTG PARTICIPAÇÕES II). Essa empresa, constituída na mesma data que a BTG INVESTIMENTOS, logo tornou-se sua controladora e acabou por assumir parte das obrigações vinculadas ao preço de recompra da recorrente. Como já anunciado, sua atuação na recompra totalizou o valor de R\$ 1.141.468.318,60 (vide Tabela 13). Isto incluiu a supramencionada operação envolvendo a emissão de suas ações para pessoas físicas alienantes da primeira compra, parte dos depósitos para as pessoas físicas e uma transferência para uma empresa do Grupo UBS no exterior.

Portanto, ainda que se considerasse a UBS INVESTIMENTOS como real investidora, nem todo o preço da recompra teria sido por ela suportado.

Com relação à questão do laudo, reporto-me às considerações externadas no tópico anterior. Neste caso, a recorrente também alegou (na impugnação) que juntava o estudo interno realizado pelo Grupo BTG antes da aquisição de suas ações, bem como tradução juramentada dos mesmos. Destarte, este, por si só, não seria o motivo para afastar a infração.

Nada obstante, pelas outras razões antes desvendadas, mantenho a glosa das amortizações do “ágio BTG”.

Do ágio COPA:

No tocante ao chamado “ágio COPA”, a única razão para a sua glosa foi resumida no final do item 2.7 do Termo de Verificação Fiscal:

Todos os aspectos levantados conduzem à conclusão de que a utilização de **COPACABANA PRINCE PARTICIPAÇÕES S/A** como empresa veículo teve como finalidade permitir o aproveitamento fiscal do ágio.

O ágio foi contabilizado, em 08/12/2010, pela referida empresa COPACABANA PRINCE PARTICIPAÇÕES (COPA), no valor de R\$ 1.203.423 mil. Além deste, na mesma data, foram também contabilizados R\$ 934.706 mil a título de “BTG Pactual”, de modo que o total de R\$ 2.138.129 mil correspondeu ao valor que se atribuiu à aquisição de 16,04% das participações societárias da recorrente. A incorporação que se sucedeu, em 31/12/2011, da COPA pelo BANCO BTG BACTUAL (a empresa contribuinte), foi quem propiciou a referida amortização com o pretenso amparo na disciplina contida nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Portanto, no presente caso, inexistente acusação de que não tenha havido o pagamento efetivo do preço negociado para a transação. Igualmente, não há nenhum questionamento quanto ao demonstrativo (ou laudo) que fundamentou a contabilização do ágio, nem se veiculou qualquer hipótese de que a operação tenha ocorrido no âmbito de empresas relacionadas. A única razão para o feito, como já ressaltado, foi a consideração de que a empresa COPA teria atuado como uma empresa veículo para o futuro aproveitamento do ágio.

De fato, o relatório acima produzido revela que a COPA foi inicialmente adquirida pelo fundo de pensão canadense ONTARIO TEACHER'S PENSION PLAN BOARD (OTPP) pelo valor equivalente a US\$ 5.915 mil. Em seguida, este mesmo fundo alienou 87,08% do seu capital para nove outras entidades estrangeiras por cerca de US\$ 5.150 mil. Depois, esses dez investidores aportaram um total de US\$ 1.238,4 mil (cerca de R\$ 2.138.097 mil) para a empresa COPA a fim de que esta pudesse adquirir (mediante subscrição de novas ações com aumento de capital) a fatia de 16,04% das participações societárias da recorrente. Desse modo, não há como não reconhecer que os reais adquirentes foram efetivamente os dez investidores estrangeiros.

Nada obstante, como já acentuado, o rigor do caráter literal da interpretação da regra que instituiu o benefício fiscal da amortização do ágio comporta uma exceção. É que não faria sentido o legislador ter criado um incentivo para que o investidor estrangeiro participasse dos leilões de privatização de empresas públicas na década de 90 e ter mantido esse mesmo benefício muito tempo depois de concluído o referido programa (o PND). Inclusive, conservou-a inabalada quando teve a oportunidade de extingui-la com as substantivas alterações promovidas sobre a matéria pela Lei nº 12.973/14. Por isso, há que se reconhecer a sua aplicação nos casos que se assemelham com a configuração do PND, isto é, quando o real investidor for estrangeiro e direciona os recursos para que uma empresa ou consórcio de empresas nacional faça o investimento.

Esta parece ser a exata situação do presente caso. Na impossibilidade de usufruírem do benefício, por serem entidades estrangeiras, aportaram o recurso para uma subsidiária nacional constituída para o devido fim. A existência ou não de outros propósitos para interposição da empresa COPA são irrelevantes neste cenário.

O relator do acórdão recorrido deu provimento à pretensão da impugnante por concordar com a alegação de que havia um propósito comercial para a interposição da COPA. Como a empresa recorrente era uma sociedade anônima de capital fechado à época da realização do investimento, os investidores teriam preferido a intermediação de uma empresa de capital aberto (como era o caso da COPA) porque isto permitiria mais mobilidade na hipótese de futura alienação da participação societária adquirida, uma vez que as correspondentes ações poderiam ser ofertadas na bolsa de valores. Apesar de ser acompanhado por outro julgador, o voto qualificado vencedor do presidente da turma rechaçou esse argumento pela circunstância de a recorrente ter se transformado numa companhia de capital aberto apenas alguns meses depois da aquisição da participação societária pelos investidores estrangeiros. Fixou-se, além disso, no fato de que havia o firme propósito do aproveitamento do ágio.

Sem embargo, pelas razões já deduzidas, discordo dessa conclusão. A discussão é despicienda para a análise do caso.

Afasto, assim, a glosa das amortizações do “ágio COPA”.

Da inexistência de norma que determine a adição para fins da CSLL:

A recorrente se apega à conhecida alegação de que a distinção legislativa existente entre o IRPJ e a CSLL conduziria ao entendimento segundo o qual, por falta de previsão expressa, as disposições contidas nos artigos 7º e 8º, da Lei nº 9.532/97, não se estenderiam à CSLL. Infere, com isso, que quaisquer despesas que tenham sido levadas em conta na apuração do lucro líquido do exercício, se não houver expressa determinação para a sua adição, seriam dedutíveis para fins da CSLL. Dentre estas, se incluiria a amortização contábil do ágio independentemente de qualquer evento de incorporação ou, mesmo com a incorporação, do elemento do ativo diferido correspondente.

Quando a segunda premissa deste voto foi apresentada, fez-se uma introdução histórica das regras que regem a contabilização e o aproveitamento do ágio. Nada foi mencionado acerca da aplicabilidade daquelas regras para a CSLL. Contudo, há que se reconhecer, de fato, a alegada autonomia legislativa desta contribuição em relação ao IRPJ. Nesse sentido, peço vênia para reproduzir um trecho do voto vencedor proferido, em 17/06/2009, no Acórdão nº 1401-00.058, pelo ilustre Conselheiro Marcos Shigueo Takata:

Notadamente a partir da Lei 8.541/92, a lei, *quando quis prescrever* certo tratamento para a determinação do lucro real e *também para a da base de cálculo da CSL, ela o fez* expressamente.

Isso fica mais evidente na Lei 8.981/95 e nas leis posteriores. Dispunha o art. 42 da Lei 8.981/95:

Art. 42. A partir de 1º de janeiro de 1995, **para efeito de determinar o lucro real**, o lucro líquido ajustado pelas adições e exclusões previstas ou autorizadas pela legislação do Imposto de Renda, **poderá ser reduzido** em, no máximo, **trinta por cento**.

Parágrafo único. A parcela dos prejuízos fiscais apurados até 31 de dezembro de 1994, não compensada em razão do disposto no caput deste artigo poderá ser utilizada nos anos-calendário subsequentes.

Os arts. 57 e 58, dessa lei preceituam:

CAPÍTULO IV DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO

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, **mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta lei**.

§ 1º Para efeito de pagamento mensal, a base de cálculo da contribuição social será o valor correspondente a dez por cento do somatório:

(...)

Art. 58. Para efeito de **determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro**, o lucro líquido ajustado poderá ser

reduzido por compensação da base de cálculo negativa, apurada em períodos-base anteriores em, no máximo, trinta por cento.

Veja-se a dicção do art. 41 da Lei 8.981/95:

Art. 41. Os tributos e contribuições são dedutíveis, **na determinação do lucro real**, segundo o regime de competência.

§ 1º. O disposto neste artigo **não se aplica** aos tributos e contribuições **cuja exigibilidade esteja suspensa, nos termos dos incisos II a IV do art. 151** da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, haja ou não depósito judicial.

§ 2º. Na **determinação do lucro real**, a pessoa jurídica não poderá deduzir como custo ou despesa o Imposto de Renda de que for sujeito passivo como contribuinte ou responsável em substituição ao contribuinte.

§ 3º. A dedutibilidade, como custo ou despesa, de rendimentos pagos ou creditados a terceiros abrange o imposto sobre os rendimentos que o contribuinte, como fonte pagadora, tiver o dever legal de reter e recolher, ainda que assuma o ônus do imposto.

§ 4º. Os impostos pagos pela pessoa jurídica na aquisição de bens do ativo permanente poderão, a seu critério, ser registrados como custo de aquisição ou deduzidos como despesas operacionais, salvo os pagos na importação de bens que se acrescerão ao custo de aquisição.

§ 5º. Não são dedutíveis como custo ou despesas operacionais as multas por infrações fiscais, salvo as de natureza compensatória e as impostas por infrações de que não resultem falta ou insuficiência de pagamento de tributo.

Por óbvio que os parágrafos de um artigo se subordinam a seu *caput*, que, no caso (art. 41 da Lei 8.981/95), trata da *determinação do lucro real*, além do que o § 2º repete o endereçamento. Nem o § 1º do art. 41, nem os demais parágrafos, nem o *caput* tratam da incidência da regra do § 1º do art. 41 para a *determinação da base de cálculo da CSL*.

O art. 57 dessa lei é claro ao dizer que são *mantidas a base de cálculo e as alíquotas da CSL*, com as alterações introduzidas por essa lei. Esta lei *introduziu diversas alterações* na determinação da base de cálculo da CSL, *entre as quais não se inclui o regramento previsto no art. 41, § 1º*, retrodescrito.

Se a lei (art. 57, *caput*) fala expressamente que ficam mantidas a base de cálculo da CSL e suas alíquotas, exceto quando ela disponha de forma diversa, não vejo como se possa aplicar à CSL regra prescrita para a determinação do lucro real sem existir tal previsão para a determinação da base de cálculo da CSL. O art. 57, *caput*, da Lei 8.981/95 chega a ser tautológico, mas tem a virtude de erradicar qualquer dúvida que pudesse emergir quanto à aplicabilidade de norma endereçada ao IRPJ, sem remissão à CSL. Os §§ 1º e 2º do art. 57 e o art. 58 da lei em questão trazem as alterações aplicáveis à determinação da base de cálculo da CSL.

Ora, se ainda assim fosse concluível que o preceito contido no art. 41, § 1º, da Lei 8.981/95 seria aplicável na determinação da base de cálculo da CSL, entendo que *seria forçoso se concluir, com identidade de razões*, que, por ex., as normas sobre tributação do lucro em bases universais eram aplicáveis à CSL, mesmo sem o

preceito contido no art. 21 da Medida Provisória 2.158/01 (pelo qual se passou a prever a tributação do lucro em bases universais para fins de CSL).

Nem se diga que se houvesse artigo nessa medida provisória prevendo expressamente que o mencionado art. 21 só entraria em vigor a partir de certa data a questão não se colocaria, pois isso é de absoluta imprestabilidade para a interpretação em discussão. A questão é ser aplicável o regime de tributação em bases universais para a CSL, mesmo sem o art. 21 dessa medida provisória.

Bem se sabe que concluir pela tributação da CSL em bases universais antes do advento do art. 21 da Medida Provisória 2.158/01 constituiria absurdo.

Argumento *ab absurdo*, que comete à evidência não ser aplicável, na determinação da base de cálculo da CSL, a regra do art. 41, § 1º, da Lei 8.981/95, preceituada para o lucro real.

A pertinência lógica e sistemática da interpretação me conduz a dizer igualmente que, se o art. 41, § 1º, da Lei 8.981/95 fosse aplicável à CSL, também lhe seriam aplicáveis as regras dos arts. 32 e 33, do Decreto-lei 2.341/87, mesmo sem ou antes do advento do art. 22 da Medida Provisória 2.158/01, que preconiza a aplicação da preceituação dos arts. 32 e 33, do Decreto-lei 2.341/87 à CSL:

Art.22. Aplica-se à base de cálculo negativa da CSLL o disposto nos arts. 32 e 33 do Decreto-Lei n" 2.341, de 29 de junho de 1987.

Mas, sabidamente o art. 22 da Medida Provisória 2.158/01 inovou o ordenamento jurídico, *i.e.*, sua preceituação à CSL só teve cabimento a partir da introdução desse dispositivo, mediante o art. 20 da Medida Provisória 1.858-6, de 29 de junho de 1999 (atual art. 22 da Medida Provisória 2.158/01).

(...)

Entendo, pois, que as interpretações literal, lógica e sistemática não permitem extrair a exegese de que o art. 41, § 1º, da Lei 8.981/95 seja aplicável à CSL.

Portanto, endosso as razões desse voto, relativamente à parte transcrita, para concluir que o artigo 57 da Lei nº 8.981/95 não autoriza aplicar à base de cálculo da CSLL as mesmas regras expressamente endereçadas pela lei para a apuração do lucro real.

Nada obstante, apesar de adotar tal pressuposto, não é correta a ilação provocada pela recorrente.

Com efeito, ao observar a autonomia legislativa desses tributos, deve-se concluir que, tanto a regra inscrita no artigo 7º, III, da Lei nº 9.532/97, quanto as regras inscritas nos artigos 25 e 34, do Decreto-Lei nº 1.598/77, não são aplicáveis à CSLL. Afinal, seus enunciados são expressos em afirmar que tratam da determinação do "lucro real".

Por outro lado, não se pode concordar com a dedutibilidade para fins da CSLL amparada nos critérios estabelecidos pela Instrução CVM nº 247/96. Isso porque uma vez ocorrido o encontro do patrimônio da empresa investidora com o da empresa investida, através da operação de incorporação, o ágio se transforma em perda de capital e, com isso, desaparece o elemento contábil para a sua amortização.

Assim sendo, cumpre investigar se seria possível considerar como dedutível a amortização de um item do ativo diferido, contabilizado como condição para o aproveitamento do benefício fiscal exclusivamente por determinação da regra contida no § 2º, "a", do artigo 7º, da mesma Lei nº 9.532/97. Para isso, há que se invocar o comando que consolidou a questão da dedutibilidade em matéria de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, o artigo 13 da Lei nº 9.249/95:

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:

(...)

III - de despesas de depreciação, amortização, manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, seguros e quaisquer outros gastos com bens móveis ou imóveis, exceto se intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

(grifei)

Trata-se, assim, de uma vedação de caráter específico. É aplicável no caso presente à CSLL na medida em que não se pode considerar que a amortização do item do ativo diferido, contabilizado como condição de aproveitamento de um benefício fiscal, seja intrinsecamente relacionado com a produção ou comercialização de bens ou serviços, diferentemente do que poderia ocorrer no contexto de outros itens do extinto ativo diferido.

Destarte, a amortização não seria dedutível da base de cálculo da CSLL mesmo que o ágio fosse considerado válido e dedutível para fins do IRPJ.

Com efeito, a amortização do “ágio COPA”, permitida neste voto para fins do IRPJ, só se mantém para fins da CSLL porque a fiscalização não atentou para esse detalhe na sua acusação.

Vê-se, assim, que as razões que impedem a amortização da CSLL não têm relação com a neutralidade fiscal viabilizada pelo MEP (tal como sugerido pela DRJ). Consequentemente, descabe maiores comentários acerca das considerações recursais que se insurgiram contra esse argumento.

Portanto, diante do que foi evidenciado, afasto a alegação de dedutibilidade perante à CSLL, exceto quanto ao “ágio COPA” pelos motivos já evidenciados.

No entanto, em que pese este meu posicionamento, na sessão de julgamento, as maiorias vencedoras da turma, em cada tópico dos ágios analisados, entenderam que as regras da amortização do ágio se aplicam também para a CSLL. Esse entendimento considera os fundamentos expressos no seguinte trecho do voto condutor do Acórdão nº 1302-002.626, proferido em 13/03/2018, pelo ilustre Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado:

Este relator já votou a favor da tese da inexistência de previsão legal específica que determinasse a adição da amortização de ágio pago na aquisição de investimento avaliado pelo método de equivalência patrimonial à base de cálculo da CSLL, que por tal razão não deveria ser adicionada a base de cálculo da referida contribuição.

No entanto, com o aprofundamento das discussões nos colegiados dos quais participei reformulei meu entendimento especialmente em face dos argumentos relacionados à neutralidade da amortização do ágio de investimento avaliado pelo MEP, registrada contabilmente, para efeito da apuração do lucro real e da existência de hipóteses expressas na legislação fiscal quanto à sua integração à apuração da base de cálculo do IRPJ, conforme fiz questão de deixar registrado em declaração de voto no Acórdão n.º 1302001.995, de 09 de junho de 2016, acompanhando o voto da i. relatora, Conselheira e Presidente Edeli Pereira Bessa, que sintetizou a decisão na seguinte ementa, quanto a esta matéria, *verbis*:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. A lei somente autoriza que a amortização de ágio afete a apuração do lucro real e nas condições por ela estabelecidas. Desnecessária, assim, norma que determine a adição, ao lucro líquido, de valores cuja dedução somente é permitida no âmbito do lucro real.

Como bem apontou a d. relatora naquele julgado, a legislação societária (lei n.º 6.404/1976) nada dispunha sobre o registro da amortização contábil do ágio pago na aquisição de investimentos e que esta possibilidade somente surgiu a partir da edição do Decreto-lei n.º 1.598/77, que veio disciplinar a apuração do imposto de renda a partir do resultado apurado na escrituração comercial.

Ou seja, toda a disposição legal sobre a matéria da amortização do ágio remete à apuração do lucro real, seja para determinar a neutralidade dos seus efeitos, seja para autorizar a sua consideração na base de cálculo do IRPJ nos casos que especifica, de sorte que, ou bem se aplicam todas as disposições (sobre o ágio) para a apuração para a base de cálculo do IRPJ e da CSLL (seja para adicionar a amortização do ágio à base da CSLL, seja para sua consideração no resultado nas hipóteses legais cabíveis) ou se considera que, à míngua de qualquer menção da CSLL nos textos legais, a amortização do ágio não pode repercutir em nenhum momento em sua base de cálculo.

Sob outro ângulo, é cabível, também, a interpretação de que a hipótese legal para adicionar a amortização do ágio à base de cálculo da CSLL está compreendida no art. 2º, § 1º, alínea c, itens 1 e 4 da Lei n.º 7.689/1988, que estabelece a adição/exclusão do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido ao resultado do exercício.

Este dispositivo deixa patente que, também, na base de cálculo da CSLL deve ser neutro o resultado da equivalência patrimonial.

O art. 2º da Lei n.º 7.689.1992, estabelece, *verbis*:

Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;

b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço; c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela: (Redação dada pela Lei n.º 8.034, de 1990)

1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei n.º 8.034, de 1990)

2 - adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base; (Redação dada pela Lei n.º 8.034, de 1990)

3 - adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita; (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)

6 - exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base. (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)

§ 2º No caso de pessoa jurídica desobrigada de escrituração contábil, a base de cálculo da contribuição corresponderá a dez por cento da receita bruta auferida no período de 1º janeiro a 31 de dezembro de cada ano, ressalvado o disposto na alínea b do parágrafo anterior.

A despesa de amortização do ágio é indedutível na apuração da base de cálculo da CSSL, por força dos itens 1 e 4 do dispositivo acima transcrito, os quais deixam claro a finalidade da norma de tornar neutro o resultado da equivalência patrimonial na apuração da CSLL.

A avaliação do investimento pelo Método da Equivalência Patrimonial MEP influencia o cálculo da CSLL em caso de alienação ou liquidação do investimento, já que esse seria o valor contábil do investimento a ser considerado.

Assim, se o ágio compõe o valor contábil do investimento e o MEP é apenas um método de avaliação do investimento, conclui-se que a amortização que reduz o ágio/deságio deve compor o resultado da avaliação do investimento pelo MEP, e quer este seja positivo ou negativo não deve impactar a base da CSLL, como dispõem expressamente os itens 1 e 4 da alínea “c” do § 1º do art. 2º da Lei 7.689/88.

Extraem-se iguais fundamento do voto da i. Conselheira Adriana Gomes Rego, ao proferir o voto vencedor do Acórdão nº 9101003.002, de 08/08/2017, conforme os excertos abaixo, *verbis*:

[...]

1. Dedutibilidade das despesas com amortização de ágio da BC da CSLL

O Relator cita o acórdão 9101002.310 nas suas razões de decidir. Mantenho as razões de decidir expostas no voto vencido daquele acórdão, o qual foi de minha relatoria.

O Decreto-Lei nº 1.598/1977 cumpre função estruturante no regramento da avaliação de investimentos pelo MEP, estabelecendo regras de contabilização que dizem com a neutralidade de seus efeitos na determinação do lucro tributável.

Em outras palavras, quis o legislador dizer que as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio são lançadas como despesas (ou receitas), porém devem ser adicionadas ou excluídas, conforme o caso, da apuração do lucro real, justamente para que o ágio ou deságio só tenha influência por ocasião da alienação ou liquidação do investimento.

Não faz sentido, assim, admitir que as disposições do DecretoLei nº 1.598/1977 sobre os efeitos tributários da avaliação de investimentos pelo MEP, inclusive no que toca à amortização do ágio, não encontrem eco na apuração da CSLL, apenas por serem feitas algumas referências em seus dispositivos ao "lucro real".

É de se considerar, também, que o Decreto-Lei n.º 1.598/1977, que, como se viu foi editado com o fim de "*adaptar a legislação do imposto sobre a renda às inovações da lei de sociedades por ações (Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976)*", é anterior à CSLL, introduzida no ordenamento jurídico em 1988, pela Lei 7.689.

Nesse contexto, tem-se ainda que, se o art. 57 da Lei n.º 8.981/1995, ao estabelecer que se aplicam à CSLL "*as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas (...) mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor*", não tem o condão de estabelecer uma absoluta identidade entre as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, dele não se pode extrair que o fato de a legislação específica da CSLL não reproduzir o comando do art. 25 do DecretoLei n.º 1.598/1977 em sua literalidade implica permissão de dedução.

Outro argumento em favor da indedutibilidade da amortização do ágio na apuração da CSLL é o de que a neutralidade da avaliação dos investimentos pelo método da equivalência patrimonial em relação a essa contribuição **está plasmada nas disposições do art. 2º da Lei n.º 7.689, de 1988, na medida em que os itens 1 e 4 da alínea "c" do § 1º do artigo em questão comandam a adição do resultado negativo e a exclusão do resultado positivo decorrentes da avaliação de investimentos pelo MEP**. Senão, vejamos:

[...]

Ora, a neutralidade da amortização do ágio/deságio é consequência lógica da neutralidade do MEP em si, uma vez que o ágio (ou deságio) é, como se viu, desdobramento do investimento, sendo que sua amortização tem o condão de reduzi-lo.

[...]

É de se concluir, por conseguinte, que a neutralidade da avaliação pelo método da equivalência patrimonial das participações societárias mantidas na investidora não se restringe ao IRPJ, tendo lugar também na determinação da base de cálculo da CSLL, razão pela qual o ágio amortizado contabilmente não pode ser deduzido da base de cálculo dessa contribuição.

[...]

Por tais motivos, aquelas majorias me acompanharam pelas conclusões (para efeitos da CSLL) quanto às razões do afastamento da glosa do "ágio COPA" e da manutenção das glosas do "ágio UBS" e do "ágio BTG".

Das glosas das compensações de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL:

Na opinião da recorrente, o fato de ter informado na retificadora que os valores compensados de prejuízo fiscal e base negativa da CSLL eram, respectivamente, R\$ 509.815.300,67 e R\$ 509.526.770,00 (ao contrário dos R\$ 522.650.597,60 e R\$ 528.793.424,26 informados na DIPJ original e, nessa conformidade, glosados pela fiscalização) deveria ser suficiente para ensejar a redução dos valores glosados.

A própria empresa reconhece que apresentou a DIPJ retificadora já no curso da ação fiscal (em 28/04/2017, quando o início do procedimento se deu em 04/05/2016, cf. fls. 2). Portanto, não procedeu com a espontaneidade, que poderia macular o feito fiscal, com base no que prevê o art. 7, § 1º, do Decreto nº 70.235/72, que regula o Processo Administrativo Fiscal (PAF). Veja-se:

Art. 7º (...)

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação, a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

Essa realidade já havia sido exposta pela decisão recorrida, contudo, a recorrente invoca a necessidade de se considerar a verdade material ao caso.

Nada obstante, a circunstância de ter havido uma subsequente DIPJ retificadora não significa numa imediata aceitação dos fatos nela informados. Na presente situação, apesar da redução dos valores informados a título de compensação de prejuízos fiscais e bases negativas da CSLL em consonância com o relatado, a nova compensação partiu de valores de lucro real e base de cálculo da CSLL que foram também reduzidos. Com efeito, é só comparar os respectivos valores nas DIPJ anexadas aos autos (fls. 4067 a 4115 – a original – e fls. 273 a 321 – a retificadora). Enquanto que, na DIPJ original, os valores de lucro real e base de cálculo da CSLL apurados antes da compensação eram, respectivamente, R\$ 1.742.168.658,66 e R\$ 1.762.644.747,52; na DIPJ retificadora, os correspondentes valores passaram para R\$ 1.699.384.335,56 e R\$ 1.698.422.566,82. Por sua vez, os valores de IRPJ e CSLL a pagar calculados na nova apuração também foram reduzidos (de R\$ 22.677.211,47 e R\$ 136.567.574,40, respectivamente, para R\$ 15.189.954,92 e R\$ 129.824.245,43).

Então, não foram só os valores compensados que foram alterados de uma declaração para a outra. Houve outras alterações nos componentes que influem nos cálculos finais dos tributos devidos e nos consequentes tributos a pagar. A verdade material, portanto, depende de muitas variáveis que só poderiam ter sido verificadas no âmbito do próprio procedimento fiscal. É por essa razão que o instituto da espontaneidade fixa o prazo para a apresentação de retificadoras até a formalização do início do procedimento. Há uma presunção de que tudo poderá ser confirmado e o que não for confirmado caracterizará uma infração passível da penalidade aplicável. A verdade que deve prevalecer é a que, no começo da ação fiscal, existia uma apuração presumidamente correta. Alguns aspectos dessa apuração não foram confirmados pela fiscalização. Daí surgiram as infrações consubstanciadas no presente processo (dentre elas, a glosa das compensações - cujo mérito ainda será enfrentado). Porém, os valores, em si, dessas compensações não foram refutados.

A recorrente também alega que houve concordância, por parte das autoridades fiscais nos TVF do processo nº 16682.722995/2015-66 (referente aos anos-calendário de 2010 e 2011) e do presente processo (referente ao ano-calendário de 2012), no sentido de que a parte relevante da parcela incerta do pagamento diferido (no chamado “ágio UBS”) poderia compor o ágio relativo aos períodos bases de 2010, 2011 e 2012. Por isso, requer que os lucros reais e bases de cálculo negativas da CSLL dos períodos-bases de 2010 e seguintes sejam recompostos nos termos do § 2º do art. 247 do RIR/99.

Todavia, o que se pretende é impor uma opinião que não foi efetivamente exposta no TVF. Veja-se, a propósito, o trecho a que se refere a recorrente (transcrito na impugnação):

“3.4.3. Da inexistência de pagamento no valor de R\$375.856.328,07

O CCV/2006 gerou uma dívida de pagamentos diferidos de R\$3.205.680.000,00 que receberam quitação somente na recompra da fiscalizada pelo CCV/2009. Conforme já explicado no item 3.2.3 do presente Termo de Verificação Fiscal, da dívida desses pagamentos diferidos, não circulou o valor de R\$375.856.328,07 (ver Tabela 12), posto que essa parcela teve quitação pelos sócios retornantes mediante emissão de ações da BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II SA, sendo 90% desse valor destinado a Reserva de Capital – Ágio dessa empresa (ver DOC AINF 114).

O valor utilizado para definir o ágio na recompra da fiscalizada pelo Grupo BTG (CCV/2009) compreendeu total de US\$2.475.000.000,00 (ver item 1 no DOC AINF 221), do qual foi descontado o valor diferido devido pelo UBS AG aos sócios pessoas físicas que lhe haviam vendido o banco. A Tabela 12 demonstra que faz parte dessa quitação o valor de R\$375.856.328,07.”

Perceba-se que a autoridade fiscal apenas reconheceu que uma parcela da dívida havia sido quitada na recompra pelo Grupo BTG. Isso não quer dizer que houve concordância com a amortização da porção correspondente do “ágio UBS”. Tanto é que o ágio foi glosado na sua integralidade.

Na verdade, quem ventilou sobre essa possibilidade foram três conselheiros do CARF (no voto do relator e duas declarações de voto) no acórdão contido no processo n.º 16682.720614/2012-61 (que tratou dos anos-calendário de 2007, 2008 e 2009). Isso, contudo, não vincula o presente julgamento. Como já anunciado, depois de analisadas todas as questões que envolviam o referido ágio (inclusive a posterior operação de recompra), concluiu-se que está correta a glosa da totalidade da sua amortização. Portanto, não cabe aqui qualquer restauração dos saldos de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL também glosadas.

Noutro giro, a recorrente alega que sua adesão ao PERT (nos autos do processo n.º 16682.722995/2015-66) não poderia impedir que os efeitos de eventual decisão favorável (no âmbito do “ágio UBS”) fosse estendida para as glosas de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL perpetradas naquele processo. Seu raciocínio é de que o programa foi criado com o objetivo de regularizar a situação dos “débitos” dos contribuintes. Assim, como o mencionado processo envolveu a reversão do prejuízo fiscal e base negativa da CSLL em débitos exigíveis, não haveria renúncia à parte da autuação que cancelou o prejuízo e a base negativa.

Apesar de o pedido já não poder ser acatado por não se ter concordado com o cancelamento da glosa do ágio, a realidade é que o art. 5º da Lei n.º 13.496/17 foi muito claro ao prever que “o sujeito passivo deverá desistir previamente das impugnações ou dos recursos administrativos e das ações judiciais que tenham por objeto os débitos que serão quitados”. O fato de a dimensão dos valores glosados ser suficiente para anular o prejuízo fiscal e base negativa da CSLL antes de resultar na exigência dos respectivos débitos passíveis de quitação

pelo programa, não significa que possa se dissociar a mesma infração em duas partes. Como previu a lei, os contribuintes que aderiram ao programa tinham que desistir das impugnações ou dos recursos. Não havia previsão de desistência parcial para alcançar somente um efeito da mesma infração.

Isto posto, mantenho as glosas das compensações de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL.

Dos juros sobre multa:

Quanto a essa questão, já existe jurisprudência consolidada nesta Casa acerca da questão. Confira-se:

Súmula CARF n.º 108: Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Como se sabe, este Colegiado está obrigado a observar os textos de lei e de súmula na conformidade do que preveem os artigos 62 e 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343/15:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (grifei)

(...)

Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

Por conseguinte, não prospera a alegação de que se deve afastar os juros incidentes sobre as multas aplicadas.

Necessidade de observância da LINDB:

Para terminar, cumpre ainda tecer um comentário final acerca da aplicabilidade das novas normas inseridas na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), mais precisamente do seu artigo 24, suscitada de maneira inovadora no recurso voluntário. Nessa matéria, sigo o entendimento majoritário da Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), proferido no Acórdão n.º 9101-003.839, julgado em 03/10/2018, no sentido de que o referido dispositivo, bem como todos os outros contidos na LINDB, possuem sua aplicabilidade voltada para a função administrativa revisional - e não à função administrativa de julgamento (judicante) - por se destinarem aos gestores públicos no exercício de sua função pública. Confira-se:

ART. 24 DA LINDB. INAPLICABILIDADE AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO.

O art. 24 da LINDB veda que órgão ou autoridade decisória (administrativa, controladora ou judicial), diante de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativos (ou seja, necessariamente praticados pela Administração ou com a participação dela), que tenha gerado uma situação consolidada em favor do administrado, invalide tal situação em razão de mudança posterior de orientação geral.

Por absoluta incompatibilidade lógica, sob qualquer ótica de análise, o dispositivo simplesmente não possui aplicação no âmbito dos processos administrativos tributários objeto de apreciação pelo CARF

Dispositivo:

Pelo exposto, oriento meu voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário apenas para afastar a glosa das amortizações do “ágio COPA”.

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregorio