ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 16682.722995/2015-66

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

Processo nº	16682.722995/2015-66
Recurso nº	De Ofício e Voluntário
Acórdão nº	**1301-003.655 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	22 de janeiro de 2019
Matéria	IRPJ - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO
Recorrentes	BANCO BTG PACTUAL S.A. e FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011

NULIDADE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DAS BASES TRIBUTÁVEIS. DESCONSIDERAÇÃO DE PREJUÍZO FISCAL E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DO PERÍODO.

Diante da confirmação da apuração de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa do período, se impõe a correção do erro na determinação das bases de cálculo a serem lançadas de ofício, mas esse fato não enseja nulidade formal ou material das autuações, porque os atos administrativos foram lavrados por autoridade competente, na forma prevista em lei, com abertura de prazo para impugnação, e sem cerceamento ao direito de defesa.

REGISTRO DO ÁGIO. FATOS GERADORES OCORRIDOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 12973/14. LAUDO ELABORADO APÓS O REGISTRO DO ÁGIO. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE DO LAUDO. ESTUDO INTERNO. POSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO DESDE QUE HAJA COMPROVAÇÃO DE SER CONTEMPORÂNEO AO SEU REGISTRO.

Antes da vigência da Lei nº 12.973/14, um dos requisitos para que o ágio possa ser amortizado é que haja ao menos estudo prévio contemporâneo ao seu registro, não sendo admitida a apresentação de laudo elaborado meses após a sua contabilização. Para que os estudos internos possam avalizar o registro e a amortização do ágio é necessária comprovação de que foram elaborados à época de sua contabilização.

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

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja,

aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se, além da utilização de uma holding necessária para a concretização da operação, é criada uma segunda holding, com todas as características de "empresa-veículo", com a específica finalidade de viabilizar uma artificial confusão patrimonial entre investida e investidora.

CSLL. ADIÇÃO DE DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA.

A adição, à base de cálculo da CSLL, de despesas com amortização de ágio deduzidas indevidamente pela contribuinte encontra amparo nas normas que regem a exigência da referida contribuição.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de oficio proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de oficio, incidem juros de mora, devidos à taxa SELIC. Precedentes das três turmas da Câmara Superior - Acórdãos 9101-001.863, 9202-003.150 e 9303-002.400. Precedentes do STJ - AgRg no REsp 1.335.688-PR, REsp 1.492.246-RS e REsp 1.510.603-CE. Súmula CARF nº 108.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em rejeitar a arguição de nulidade, e negar provimento ao recurso de ofício e ao recurso voluntário, nos seguintes termos: (i) por unanimidade de votos em relação a arguição de nulidade do lançamento, e, em segunda votação, em relação ao pedido de não aplicação de juros sobre a multa de ofício; (ii) por voto de qualidade em relação à amortização de ágio referente à primeira operação que ensejou seu registro, vencidos os Conselheiros José Eduardo Dornelas Souza, Carlos Augusto Daniel Neto, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Bianca Felícia Rothschild que votaram por lhe dar provimento; (iii) por maioria de votos em relação à amortização do ágio registrado na segunda operação, vencidos os Conselheiros José Eduardo Dornelas Souza, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Bianca Felícia Rothschild que votaram por dar provimento também em relação a essa segunda operação; em relação a essa segunda operação, o Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto acompanhou o voto do relator unicamente com base no fundamento da ausência de comprovação de contemporaneidade dos estudos internos em relação ao registro do ágio. Em relação à amortização do ágio, nas duas operações, a Conselheira Giovana Pereira de Paiva Leite acompanhou o voto do relator com base em suas conclusões. Os Conselheiros Roberto Silva Junior e José Eduardo Dornelas Souza manifestaram interesse em apresentar declaração de voto.

(assinado digitalmente)
Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Roberto Silva Junior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Carlos Augusto Daniel Neto, Giovana Pereira de Paiva Leite, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Bianca Felícia Rothschild e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

Relatório

BANCO BTG PACTUAL S/A recorre a este Conselho, com fulcro no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 1972, objetivando a reforma do acórdão nº 14-64.138 proferido pela 13ª Turma da Delegacia de Julgamento em Ribeirão Preto que julgou parcialmente procedente a impugnação apresentada.

O Presidente da turma julgadora de primeira instância recorre de ofício a este Conselho, com fulcro no art. 34 do Decreto nº 70.235, de 1972, , c/c , art. 1º da Portaria MF nº 63, de 09 de fevereiro de 2017, haja vista o acórdão de origem ter exonerado o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa em valor total superior a R$ 2.500.000,00.

Por bem refletir o litígio até aquela fase processual, adoto o relatório da decisão de primeira instância, complementando-o ao final:

Trata-se de autos de infração à legislação do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, lavrados em 17/12/2015, pela Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil de Maiores Contribuintes – Demac do Rio de Janeiro/RJ, para constituir o crédito tributário no total de R$ 1.643.412.054,57, incluídos o principal, a multa de ofício de 75% e os juros de mora devidos até a data da lavratura, tendo em conta as irregularidades apuradas, nos anos-calendário 2010 e 2011, descritas no Termo de Verificação Fiscal de fls. 5491/5537, parte integrante da peça acusatória, abaixo transcrito:

> I. DA CONTRIBUINTE:
>
> De acordo com seu Estatuto Social (DOC AINF 04), o BANCO BTG PACTUAL S.A., CNPJ n° 30.306.294/0001-45, é uma companhia que tem como objeto social a prática de operações ativas, passivas e acessórias inerentes às respectiva carteiras autorizadas (comercial, de investimentos, de arrendamento mercantil, de crédito imobiliário e de crédito, financiamento e investimento), inclusive câmbio e administração de carteiras de valores mobiliários, de acordo com as disposições legais e regulamentares em vigor. Adicionalmente, a Companhia pode deter participação, como sócia ou acionista, em sociedades com sede no país ou no exterior, quaisquer que sejam seus objetos sociais, inclusive instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil ('BACEN').
>
> II. DO ESCOPO DA AÇÃO FISCAL:
>
> A ação fiscal deu continuidade ao lançamento formalizado mediante ao e-Processo n° 16682.720.614/2012-61, abrangendo especificamente a análise da amortização do ágio informada nas FICHAS 06B, 07B, 09B e 17 das DIPJ's dos anos-calendário 2010 e 2011 (DOC AINF 232 e DOC AINF 233).
>
> O início da fiscalização ocorreu em 14/11/2014, data em que a contribuinte tomou ciência do Termo de Início de Ação Fiscal (DOC AINF 01) e recebeu a informação do código de acesso eletrônico ao Mandado de Procedimento Fiscal no 07.1.85.00-201400349.
>
> Em suas Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) os anos-calendário 2010 e 2011 (DOC AINF 232 e DOC AINF 233), a

contribuinte declarou os seguintes valores a título de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL):

AC - 2010: ND – 1547495 (Fichas 9B e 12B)

LUCRO REAL (LR) – AC 2010	
LR antes da compensação do Prejuízo	
Prejuízo Compensado	
LR Após a compensação	
IMPOSTO SOBRE O LUCRO REAL (IRPJ) – AC 2010	
À alíquota de 15%	
Adicional	
Total do Imposto – AC 2010	
DEDUÇÕES – AC 2010	
(-)Imposto Pago no Exterior sobre Lucros, Rendimentos e Ganhos de Capital	
(-)Imposto de Renda Retido na Fonte	
(-)Imposto de Renda Retido na Fonte por Órgãos, Autarquias e Fundações Federais (Lei nº 9.430/1996, art. 64)	

AC - 2010: ND – 1547495 (Ficha 17)

BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL	
Base de Cálculo antes da compensação do Prejuízo	
Base de Cálculo Negativa Compensada	
Base de Cálculo após a compensação	
CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL) – AC 2010	
Total da CSLL – AC 2010	
DEDUÇÕES	
(-)Imposto Pago no Exterior sobre Lucros, Rendimentos e Ganhos de Capital (MP 1.858-6/1999, art. 19)	

(-)CSLL Mensal Paga por Estimativa	
Total das Deduções – AC 2010	
CSLL A PAGAR – AC 2010	

AC - 2011: ND - 1538706 (Fichas 9B e 12B)

LUCRO REAL (LR) - AC 2011	
LR antes da compensação do Prejuízo	-
Prejuízo Compensado	
LR Após a compensação	-
IMPOSTO SOBRE O LUCRO REAL (IRPJ) - AC 2011	
À alíquota de 15%	
Adicional	
Total do Imposto - AC 2011	
DEDUÇÕES - AC 2011	
(-)Imposto de Renda Mensal Pago por Estimativa	

AC - 2011: ND - 1538706 (Ficha 17)

BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)	
Base de Cálculo antes da compensação do Prejuízo	-
Base de Cálculo Negativa Compensada	
Base de Cálculo após a compensação	-
CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL) - AC 2011	
Total da CSLL - AC 2011	
DEDUÇÕES - AC 2011	
(-)CSLL Retida na Fonte por Pessoas Jurídicas de Direito Privado (Lei nº 10.833/2003, art. 30)	
81.(-)CSLL Mensal Paga por Estimativa	

Em consonância com os valores acima declarados em DIPJ, não houve débitos confessados em DCTF.

III. DAS INFRAÇÕES APURADAS

3.1. Introdução

O presente lançamento dá continuidade ao auto de infração anteriormente formalizado mediante o e-Processo n° 16682.720.614/2012-61, pelo qual a amortização do ágio apurado na aquisição da fiscalizada pelo **grupo UBS AG** por intermédio de empresa veículo por ela incorporada foi considerada indevida. O referido lançamento já foi julgado pelo CARF, conforme se verifica às fls. 4626 a 4734 do e-Processo n° 16682.720.614/2012-61 (DOC AINF 231).

Além do lançamento efetuado com relação a esse ágio, verificou-se a existência de amortização indevida de um **novo ágio**, apurado no processo de recompra da fiscalizada pelo **Grupo BTG**, do qual participaram antigos acionistas, no caso, as pessoas físicas que haviam vendido o BANCO PACTUAL para o **Grupo UBS AG**.

Outro fato apurado é que no ano-calendário 2010 a fiscalizada compensou prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL oriundos dos anos-calendário 2008 e 2009 que não mais subsistiam, por conta do auto de infração lavrado no e-Processo n° 16682.720.614/2012-61 (DOC AINF 237).

3.2. Das operações de compra da fiscalizada pelo Grupo UBS AG e posterior recompra pelo Grupo BTG

3.2.1. Da Compra pelo Grupo UBS AG

A operação de compra da fiscalizada (à época denominada **BANCO PACTUAL S.A**.) pelo **GRUPO UBS** iniciou-se com o Contrato de Compra e Venda datado de 09/06/2006 (doravante denominado simplesmente CCV/2006), o qual foi assinado por **UBS AG**, por **PACTUAL S.A**. e por uma série de pessoas físicas, que, por intermédio da PACTUAL S.A., eram indiretamente as sócias finais do BANCO PACTUAL S.A. (ver 1ª e 119ª folhas do DOC AINF 43).

Os valores envolvidos foram definidos nas cláusulas 1.2 e 1.3 do citado contrato (ver 11ªa à 16ª folha do DOC AINF 43), as quais tratavam,

respectivamente, de uma parcela à vista e outra diferida, esta última a ser recebida em momento futuro e limitada às condições necessárias estabelecidas no contrato.

Excetuando-se mil ações ordinárias detidas pela **PACTUAL HOLDINGS S.A**., o total do capital no **BANCO PACTUAL S.A**. antes do fechamento do referido contrato era detido, em sua totalidade, pela **PACTUAL S.A**. (ver 10ª fl. do DOC AINF 43).

De acordo com o preâmbulo do CCV/2006 (ver primeiro 'considerando' da 10ª fl. do DOC AINF 43), antes do fechamento do contrato, havia a previsão contratual de que as pessoas físicas sócias em última instância da **PACTUAL HOLDINGS S.A**. e da **PACTUAL S.A.** passariam a deter a participação direta no **BANCO PACTUAL S.A**.

Essa reorganização foi concluída por meio da Assembleia Geral Extraordinária do **BANCO PACTUAL S.A**. de 01/12/2006, às fls. 1.206 e seguintes do e-Processo n° 16682.720.614/2012-61 (ver 18ª folha do DOC AINF 223), ocasião em que a **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 ser de titularidade somente de pessoas físicas. O fato foi registrado no Livro Registro de Transferências de Ações Nominativas do **BANCO PACTUAL S.A.** (ver parte superior da 48ª fl. e seguintes do DOC AINF 135).

Note-se que, anteriormente a essa incorporação da **PACTUAL S.A**., as ações do **BANCO PACTUAL S.A**. detidas pela **PACTUAL HOLDINGS S.A**. já haviam sido canceladas por ter sido essa holding incorporada pela **PACTUAL S.A.**

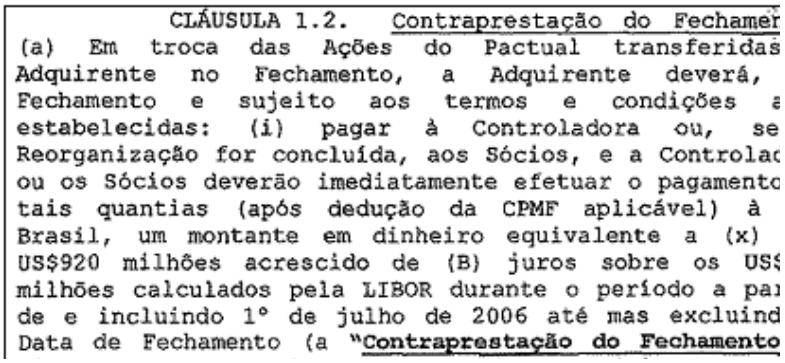
O cancelamento destas ações ocorreu em 13/10/2006, conforme Livro Registro de Ações (ver parte inferior da 48ª fl. do DOC AINF 135).

A operação de compra e venda foi concluída na mesma data em que a **PACTUAL S.A.** foi incorporada pelo **BANCO PACTUAL S.A**., com a totalidade do controle acionário do banco sendo assumida pelo **UBS AG** por intermédio de uma holding denominada **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.** (ver 6ª fl. e seguintes do DOC AINF 136), recém-constituída em 31/07/2006, conforme contrato social às fls. 421 a 430 do e-Processo n° 16682.720.614/2012-61 (DOC AINF 224). A utilização de uma subsidiária pelo **UBS AG** estava em conformidade com as condições previamente definidas no CCV/2006 (ver preâmbulo na 10ª fl. e cláusula 10.4 na 114ª fl. do DOC AINF 43).

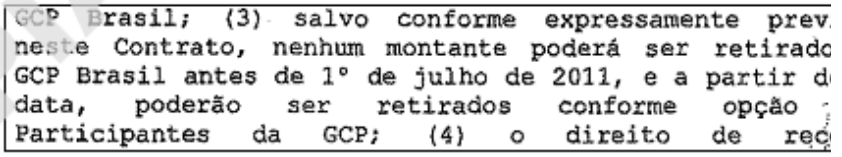
Após a aquisição pelo **Grupo UBS**, a fiscalizada passou a ser denominada **BANCO UBS PACTUAL S.A**.

O **valor pago à vista** aos sócios vendedores foi efetivado na data de **01/12/2006** pela **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.**, no total de **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 (Ver cláusula 1.2 no DOC AINF 43 e esclarecimentos no item 1.5.5 do DOC AINF 52). Os beneficiários foram os sócios vendedores, no caso, as pessoas físicas que restaram após a incorporação da **PACTUAL S.A.** pelo **BANCO PACTUAL S.A.**, comprovando-se o pagamento mediante extrato (DOC AINF 149) e sendo registrado o lançamento contábil na **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.** em contrapartida de investimentos, como participação societária no **BANCO PACTUAL S.A.**, conforme DOC AINF 57.

Na cláusula 1.2 (a) (i) do CCV/2006 (DOC AINF 43) 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 1° de julho de 2011** (ver cláusula 6.11 (d) (3) do DOC AINF 43).

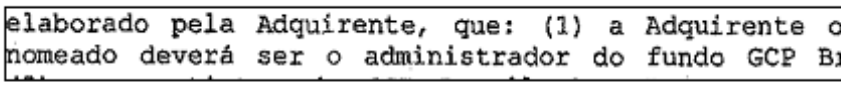


CLÁUSULA 1.2. Contraprestação do Fechamer
(a) Em troca das Ações do Pactual transferidas
Adquirente no Fechamento, a Adquirente deverá,
Fechamento e sujeito aos termos e condições a
estabelecidas: (i) pagar à Controladora ou, se
Reorganização for concluída, aos Sócios, e a Controlad
ou os Sócios deverão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



GCP Brasil; (3) salvo conforme expressamente prev
neste Contrato, nenhum montante poderá ser retirado
GCP Brasil antes de 1° de julho de 2011, e a partir d
data, poderão ser retirados conforme opção
Participantes da GCP; (4) o direito de reç

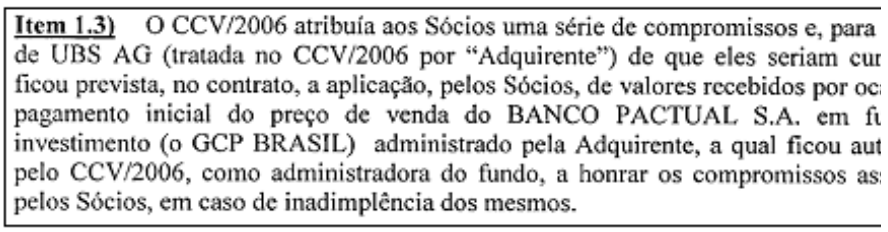
O contrato também previa que a adquirente **UBS AG**, ou uma nomeada por ela, seria a **administradora dessa entidade** (ver cláusula 6.11 (d) (i) (1) do DOC AINF 43).



elaborado pela Adquirente, que: (1) a Adquirente o
nomeado deverá ser o administrador do fundo GCP Br

A entidade criada para esse fim foi a **GCP BRASIL** (ver item 1.1 do DOC AINF 179), a qual foi constituída na forma de fundo de investimento (ver item 1.2 do DOC AINF 179), administrado pela **UBS Pactual Serviços Financeiros S.A**. (ver art. 2° do DOC AINF 182).

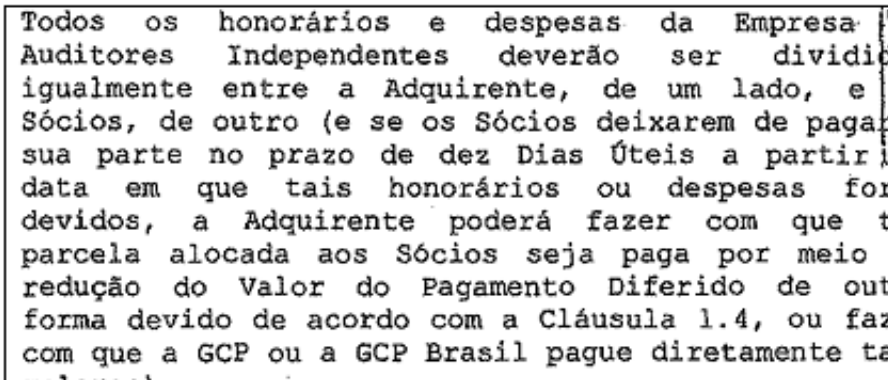
Questionada sobre o assunto (ver item 1.3 do DOC AINF 177), a fiscalizada esclareceu que esses valores foram **retidos** como **garantia** de uma série de **compromissos** assumidos no CCV/2006 pelos **sócios vendedores**, ficando a administradora do fundo autorizada a honrar os compromissos dos vendedores em caso de sua inadimplência (ver item 1.3 do DOC AINF 179).



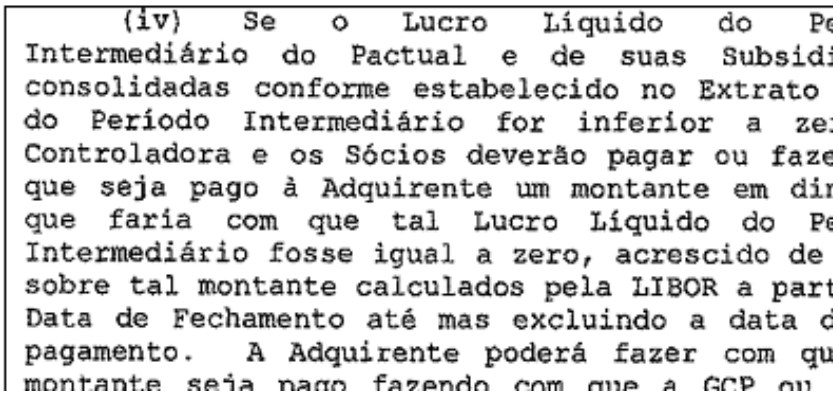
Item 1.3) O CCV/2006 atribuía aos Sócios uma série de compromissos e, para
de UBS AG (tratada no CCV/2006 por "Adquirente") de que eles seriam cur
ficou prevista, no contrato, a aplicação, pelos Sócios, de valores recebidos por oc
pagamento inicial do preço de venda do BANCO PACTUAL S.A. em fu
investimento (o GCP BRASIL) administrado pela Adquirente, a qual ficou aut
pelo CCV/2006, como administradora do fundo, a honrar os compromissos as
pelos Sócios, em caso de inadimplência dos mesmos.

De acordo com esclarecimentos (ver item 1.3 do DOC AINF 179), extratos (DOC AINF 183) e tabela (DOC AINF 184) apresentados pela fiscalizada, pode-se constatar que os valores recebidos pelos sócios vendedores foram, efetivamente, entregues à **GCP BRASIL**.

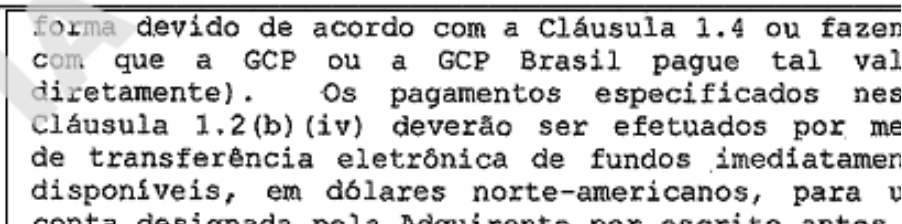
As disposições da cláusula 1.2 (iii) e (iv), cláusula 1.3 (c), cláusula 1.5 (c) e cláusula 10.1 (y) do CCV/2006, cujas imagens parciais seguem abaixo, previam uma série de situações sobre as quais a própria contribuinte confirmou que, em tese, havia a hipótese de que esses **valores retidos** pela **GCP BRASIL poderiam não ter sido recebidos pelos sócios**. A fiscalizada, 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**. (antigo nome da fiscalizada antes de sua aquisição pelo **Grupo UBS**) afastariam essa possibilidade (ver item 1.3 do DOC AINF 179).



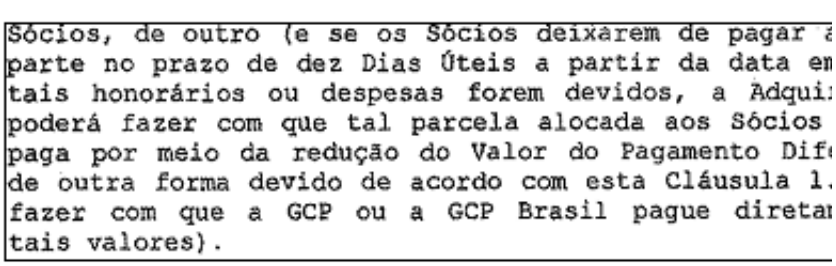
Todos os honorários e despesas da Empresa
Auditores Independentes deverão ser dividi
igualmente entre a Adquirente, de um lado, e
Sócios, de outro (e se os Sócios deixarem de paga
sua parte no prazo de dez Dias Úteis a partir
data em que tais honorários ou despesas for
devidos, a Adquirente poderá fazer com que t
parcela alocada aos Sócios seja paga por meio
redução do Valor do Pagamento Diferido de out
forma devido de acordo com a Cláusula 1.4, ou faz
com que a GCP ou a GCP Brasil pague diretamente ta



(iv) Se o Lucro Líquido do Pe
Intermediário do Pactual e de suas Subsidi
consolidadas conforme estabelecido no Extrato
do Período Intermediário for inferior a ze
Controladora e os Sócios deverão pagar ou faze
que seja pago à Adquirente um montante em di
que faria com que tal Lucro Líquido do Pe
Intermediário fosse igual a zero, acrescido de
sobre tal montante calculados pela LIBOR a part
Data de Fechamento até mas excluindo a data d
pagamento. A Adquirente poderá fazer com qu
montante seja pago fazendo com que a GCP ou



forma devido de acordo com a Cláusula 1.4 ou fazen
com que a GCP ou a GCP Brasil pague tal val
diretamente). Os pagamentos especificados nes
Cláusula 1.2(b)(iv) deverão ser efetuados por me
de transferência eletrônica de fundos imediatamen
disponíveis, em dólares norte-americanos, para u
conta designada pela Adquirente por escrito antes
junto com a determinação do Extrato Final do Perío
Intermediário.



Sócios, de outro (e se os Sócios deixarem de pagar a
parte no prazo de dez Dias Úteis a partir da data em
tais honorários ou despesas forem devidos, a Adqui
poderá fazer com que tal parcela alocada aos Sócios
paga por meio da redução do Valor do Pagamento Dif
de outra forma devido de acordo com esta Cláusula 1.
fazer com que a GCP ou a GCP Brasil pague diretam
tais valores).

(c) Não obstante qualquer outra dispo
contrário prevista neste Contrato, na medida que
em virtude de uma alteração na lei subseqüente
deste Contrato, a Adquirente deverá ter o di
deduzir e reter de quaisquer pagamentos efetu
acordo com este Contrato (além da Contraprest
Fechamento em Dinheiro), tais valores que po
deduzidos ou retidos em relação a tais pagam
decorrência de qualquer disposição de Lei tr
estadual, municipal ou estrangeira ou de impos
qualquer autoridade fiscal. Na medida que tais
sejam retidos e pagos à autoridade fiscal compet
valores retidos deverão ser tratados para todos
deste Contrato como se tivessem sido pagos à P

(y) "**Participantes da GCP**" signif
Sócios, ressalvado, no entanto, que, se no momen
tempos em tempos antes do Fechamento, qualquer
Sócios deixar de ser um empregado do Pactual, ent
deverá deixar de ser considerado um Participante
e o Anexo 1 deverá ser alterado (para to
finalidades futuras) a retirada do nome de tal
física e a realocação da alocação originalmente a
a tal pessoa física (conforme estabelecido ao lado
nome no Anexo 1) entre os Sócios remanescen
permanecerem como funcionários do Pactual, re
essa que deverá ser proposta pelos Representa
Sócio e sujeita à aprovação por escrito da Adq
que não deverá ser negada ou atrasada

Esses valores entregues à **GCP BRASIL**, referentes ao **pagamento à vista** pela compra do **BANCO PACTUAL S.A.** (antigo nome da fiscalizada antes de sua aquisição pelo **Grupo UBS**), somente foram **resgatados a partir de 15/10/2009** (ver item 1.7 do DOC AINF 179 e DOC AINF 185, 186 e 187). Aqui, cabe esclarecer que, embora a previsão da **retenção** pela **GCP BRASIL** fosse **até 1° de julho de 2011**, em **18/09/2009**, ocorreu o fechamento da **recompra da fiscalizada** (agora denominada **BANCO UBS PACTUAL S.A.**) pelo **GRUPO BTG** (ver item 2.10.6 do DOC AINF 52 e item 4 do DOC AINF 179).

Com relação aos **pagamentos diferidos**, devidos a prazo (**cinco anos contados da data do fechamento da operação** - ver esclarecimentos no item 1.8 do DOC AINF 179 e cláusula 1.3 do DOC AINF 43), na ocasião do fechamento do contrato, entendeu a contribuinte (ver item 1.5 do DOC AINF 145) que, embora **sujeitos a condições** necessárias para serem pagos, estes já seriam devidos, posto que haveria evidências de que as condições seriam cumpridas. Por conseguinte, concluiu a fiscalizada que o valor de **US$ 1.480.000.000,00 já seria devido** aos vendedores no prazo máximo de cinco anos.

Desta forma, a contribuinte também ativou, no fechamento do contrato, o valor desses pagamentos diferidos como valor do investimento no **BANCO PACTUAL S.A.**, os quais foram convertidos em reais e contabilizados ao valor de **R$ 3.205.680.000,00** (ver esclarecimentos nos itens 1.5.5 e 1.5.6 do DOC AINF 52 e item 1.5 do DOC AINF 145 e lançamentos no DOC AINF 57).

É importante frisar que, de acordo com o CCV/2009 e esclarecimentos prestados pela contribuinte (ver item 1.8 e 1.9 do DOC AINF 179), deixaria de receber essa parcela a prazo o sócio vendedor que se tornasse **pessoa não qualificada** na forma das disposições das cláusulas apontadas no item 1.8 do Termo de Intimação Fiscal n° 08 (ver cláusula 1.4 (e) (i) e cláusula 10.1 (s), (y) e (xx) DOC AINF 43). Além disso, embora não abordado pela contribuinte na resposta ao item 1.8 do Termo de Intimação Fiscal, também haveria a hipótese de o valor líquido a receber pelos sócios fosse igual a zero nas situações indicadas nas disposições da cláusula 1.2 (iii) e (iv), cláusula 1.3 (c), cláusula 1.5 (c) e cláusula 10.1 (y), cujas imagens parciais seguem no item 1.3 do DOC AINF 177.

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

Inicialmente, a **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.** foi constituída em **31/07/2006** (ver DOC AINF 224 - documento extraído das fls. 421 a 430 do e-Processo n° 16682.720.614/2012-61), com o seguinte capital social:

Nome	País	%	Valo
UBS AG	Suiça	99,9%	R$ 999,
WARBURCO NOMINEES LTD	Inglaterra	0,1%	R$1,00

Na data do fechamento do CCV/2006 - CONTRATO DE COMPRA E VENDA (DOC AINF 43), em 01/12/2006, a composição do capital social da **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.** era, conforme primeira alteração do contrato social às fls. 421 a 430 do e-Processo n° 16682.720.614/2012-61 (no presente processo, ver 12ª folha e seguintes do DOC 224), dada da seguinte forma:

Nome	País	%	Valor
UBS AG	Suíça	99,9999999511%	R$2.045.685.
WARBURCO NOMINEES LTD	Inglaterra	0,0000000489%	R$1,00

Este aumento de capital de R$ 1.000,00 para R$ 2.045.685.177,00 foi concluído na mesma data do fechamento do contrato de compra e venda pela **UBS AG**, em **01/12/2006**, mediante contrato de câmbio entre ela e a **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.** (ver DOC AINF 225 - documento extraído das fls. 1305 a 1309 do e-Processo n° 16682.720.614/2012-61).

Conforme registrado na 2ª alteração do contrato social da **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.** (ver item 1 na 25ª folha do DOC AINF 224 - documento extraído das fls. 421 a 539 do e-Processo n° 16682.720.614/2012-61), ainda nessa mesma data de 01/12/2006, a **UBS AG** transferiu toda a sua participação na **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.** para **UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA.**, outra empresa do grupo também recém-criada em **31/07/2006** (ver DOC AINF 226 -documento extraído das fls. 837 a 1188 do e-Processo n° 16682.720.614/2012-61).

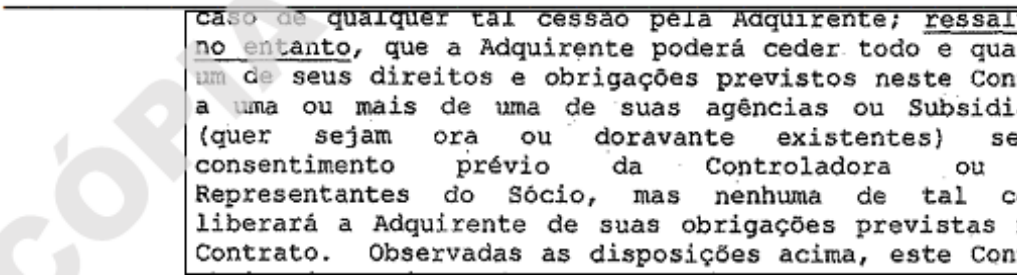
Nome	País	%	Va
UBS Brasil Investimentos Ltda	Brasil	99,9999999511%	R$2.045.68
WARBURCO NOMINEES LTD	Inglaterra	0,0000000489%	R$1,00

Tabela 4 – Capital Social da UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA em 01/12/2006, após a

Logo em seguida, em **04/12/2006**, a **UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA.** aumentou o capital da **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.** em R$ 3.205.680.000,00 (ver item I na 37ª folha do DOC AINF 224 - documento extraído das fls. 421 a 539 do e-Processo n° 16682.720.614/2012-61), mediante **assunção da dívida dos pagamentos diferidos** que eram devidos pela **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.** pela compra do Banco (ver contrato de cessão e assunção no DOC AINF 61).

De acordo com a fiscalizada (ver item 1.4 no DOC AINF 145), nos termos da cláusula 10.4 do CCV/2006 (DOC AINF 43), os direitos e obrigações advindos do referido contrato de compra e venda 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 a adquirente das obrigações previstas no CCV/2006** (ver 114a folha do DOC AINF 43):



caso de qualquer tal cessão pela Adquirente; ressal
no entanto, que a Adquirente poderá ceder todo e qua
um de seus direitos e obrigações previstos neste Con
a uma ou mais de uma de suas agências ou Subsidi
(quer sejam ora ou doravante existentes) se
consentimento prévio da Controladora ou
Representantes do Sócio, mas nenhuma de tal c
liberará a Adquirente de suas obrigações previstas
Contrato. Observadas as disposições acima, este Con

Com essa operação, entendeu a fiscalizada que a totalidade dos valores devidos por **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.** em razão da aquisição da fiscalizada foi paga antes da data de sua incorporação (ver item 1.5.7 no DOC AINF 52), posto que teria importado em **novação**, a qual seria **uma das formas de extinção de uma obrigação pela formação de outra**, destinada a substituí-la (ver item 1.6 no DOC AINF 145). Assim, não haveria, em seu entendimento, óbice para que o valor fosse ativado em sua contabilidade.

Nesse aspecto, a contribuinte informou que a liquidação desse pagamento diferido em benefício dos sócios vendedores somente ocorreu quando de sua recompra pelo **Grupo BTG** em 2009 (ver contrato de compra e venda de 2009 - CCV/2009 no DOC AINF 44), a quem coube pagar essas obrigações. Melhor explicando, com a recompra da fiscalizada, o **Grupo BTG** teria que pagar uma determinada quantia ao **Grupo UBS**, assim convencionou-se que, do total que o **Grupo BTG** teria que pagar ao **Grupo UBS** pela recompra, seria descontado o valor ainda devido pelo **Grupo UBS** aos sócios pessoas físicas que lhe haviam vendido o banco, ficando o **Grupo BTG** obrigado a pagar esses valores a essas pessoas físicas (ver itens 1.7, 1.8 e 2.13 (g) (a) do DOC AINF 145).

Observe-se que, nessa recompra, a maioria dos sócios vendedores do **BANCO PACTUAL S.A.** (antigo nome da fiscalizada antes de sua aquisição pelo **Grupo UBS**), retornou à condição de sócio final do banco, ou seja, da fiscalizada (Ver relação de sócios vendedores pessoas físicas na 119ª fl. e seguintes do DOC AINF 43 e sócios retornantes na 20ª fl. e seguintes do DOC AINF 84).

Os pagamentos diferidos, agora assumidos pelo **Grupo BTG**, foram formalmente efetuados parte pela **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A.** (como se verá à frente essa foi a empresa do **Grupo BTG** responsável pela recompra da fiscalizada) e parte pela sua controladora **BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S.A.** (como se verá à frente empresa assumiu o valor devido a prazo pela **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A.** na recompra da fiscalizada).

A formalização dos pagamentos efetuados pela **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A.** e pela **BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S.A.** são demonstradas mais à frente no item seguinte.

Um outro aspecto importante do CCV/2006 é que, pela sua cláusula 1.4 (e) (i) (ver CCV/2006 no DOC AINF 43 e esclarecimentos no ITEM 1.9 do DOC AINF 179), os sócios vendedores ficaram obrigados a **manter contrato de trabalho** com a adquirente ou uma de suas subsidiárias, tornando-se aqueles que deixassem de manter vínculo de trabalho com o **BANCO PACTUAL pessoas físicas não qualificadas**, cuja consequência seria a **perda do direito de receber o pagamento** diferido que lhe fosse devido.

Na contabilização da aquisição da fiscalizada pela **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES**, esta última registrou, em **01/12/2006**, os valores da participação societária em seu ativo permanente/investimentos da seguinte forma (ver DOC AINF 57 e DOC AINF 227):

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

Para justificar essa contabilização a contribuinte demonstrou os seguintes valores:

Demonstrativo de valores			Observações
+	Valor de PL	828.325.211,81	VER **DOC AINF 148**
+	Ágio por Valor de Mercado	ZERO	Ver item 1.5.1 a 1.5.4 dos **DO**
+	Ágio por rentabilidade Futura	4.415.294.794,55	Ver item 1.5.4 do **DOC AINF**
=	Valor Pago	5.243.620.006,36	**********

Sobre a Tabela 6, é importante esclarecer que o valor de PL conforme balancete no DOC AINF 148 é, na realidade, no montante de R$ 1.153.225.211,81, tendo a contribuinte subtraído desse total o valor de JCP e Dividendos recebidos na condição que chamou de usufruto. No julgamento do e-processo n°

16682.720.614/2012-61, o cálculo do valor de PL efetuado dessa forma foi aceito, tanto pela DRJ, como pelo CARF.

Desse ágio, não houve nenhuma amortização contábil na **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.** durante sua existência, havendo apenas o registro da adição da despesa de formação da provisão no LALUR (ver livro Diário e LALUR no DOC AINF 227 - documento extraído das fls. 807 a 836 do e-Processo n° 16682.720.614/2012-61).

Após o fechamento da operação de compra em **01/12/2006** pela **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.**, esta foi logo em seguida incorporada pelo **BANCO UBS PACTUAL S.A.** (novo nome da fiscalizada após a aquisição pelo **Grupo UBS**) em **05/02/2007** (ver ata de reunião dos sócios e protocolo e justificação da incorporação no DOC AINF 42), e o banco passou a considerar dedutíveis as amortizações do ágio, conforme descrito a seguir.

Na incorporação reversa da **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.** pela fiscalizada, esta última, em 05/02/2007, registrou da seguinte forma o ágio e a provisão de que trata a tabela 5 (DOC AINF 131):

CONTA	Valor	D/C	Histórico
2.1.2.10.15.081-5 (ativo)	4.415.294.794,55	D	Ágio apurado - UBS Participa
2.1.2.10.15.181-4 (ativo)	4.415.294.794,55	C	Provisão p/ perda - UBS Parti

Tabela 7 – Contabilização do ágio e provisão na incorporação da UBS BRASIL PAI

Nas Demonstrações do Resultado do Exercício de 2010 e de 2011 (períodos atualmente auditados por esta fiscalização) do BANCO UBS PACTUAL, foram apurados, em contas de resultado relativas ao ágio e à provisão de que trata a Tabela 7, os seguintes valores, os quais são idênticos para os dois períodos de apuração (Ver 3ª e 5ª fls. DOC AINF 13 e DOC AINF 15):

Conta	Nome da Conta	Valor
7199099181	REV. PROV. ÁGIO UBS PARTICIPAÇÕES LTDA	883.058
8162000181	AMORTIZ. ÁGIO BCO UBS PACTUAL (INCORP.)	883.058

Tabela 8 – Resultados relativos a ágio e provisão no BANCO UBS PACTUAL na in

No Lalur e Livro de Apuração da Base de Cálculo da CSLL (LACS) dos anos-calendário 2010 e 2011, o banco efetuou exclusões no mesmo valor de R$ 883.058.958,91, também idênticas para os dois tributos e períodos, as quais foram lançadas no item 562.002 – Provisão para perdas em controladas/coligadas (Lalur: DOC AINF 18 e 19; LACS: ver DOC AINF 20 e 21).

Dessa forma, para fins tributários, a fiscalizada passou a amortizar o ágio formado em sua aquisição pelo **Grupo UBS**.

3.2.2. Da Recompra pelo Grupo BTG

Pouco tempo após a aquisição da fiscalizada (agora denominada **BANCO UBS PACTUAL**) pelo **Grupo UBS**, houve a recompra do banco pelo **Grupo BTG**, do qual, relembre-se, participavam antigos sócios que haviam vendido a fiscalizada ao **Grupo UBS** (Ver relação de sócios vendedores pessoas físicas na 119ª fl. e

seguintes do DOC AINF 43 e sócios retornantes na 20ª fl. e seguintes do DOC AINF 84).

Essa operação de recompra do **BANCO UBS PACTUAL S.A.** (nome da fiscalizada antes de sua aquisição pelo **grupo BTG**) pelo **GRUPO BTG** iniciou-se com o Contrato de Compra e Venda datado de **11/05/2009** (doravante denominado simplesmente CCV/2009), sendo assinado por **UBS AG, UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA., UBS INTERNATIONAL HOLDINGS BV, WARBURGO NOMINEES LTDA.** e **BTG INVESTMENTS LP** (ver 1ª folha do DOC AINF 44).

Os valores envolvidos foram definidos nas cláusulas do ARTIGO I do citado contrato (ver 8ª à 11ª folha do DOC AINF 43) e foram detalhadamente explicados pela fiscalizada (ver item 6 do DOC AINF 179 e demonstrativo de valores no DOC AINF 199 e no DOC AINF 221).

O fechamento da operação de compra e venda ocorreu em **18/09/2009**, com a totalidade do controle acionário sendo assumido pelo **Grupo BTG** (ver fl. 18 do DOC AINF 136 e cláusula 3.2 na 13ª fl. do DOC AINF 44) por intermédio de uma holding denominada **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A**., recém-constituída em **12/06/2009**, conforme DOC AINF 62.

Após a recompra do banco pelo **Grupo BTG**, a fiscalizada passou a ser denominada **BANCO BTG PACTUAL S.A.**

A **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A.** era subsidiária da **BTG PARTICIPAÇÕES II S.A.**, igualmente recém-constituída em **12/06/2009** (DOC AINF 112).

Assim, à época do fechamento do CCV/2009 (DOC AINF 44), essa era seguinte estrutura societária nos dois primeiros níveis de participação no **Banco BTG PACTUAL**:

O contrato de compra e venda havia sido assinado pela **BTG INVESTMENTS LP** e a holding **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A.** recebeu os direitos do CCV/2009 (DOC AINF 44) mediante **contrato de cessão e assunção** assinado com a **BTG INVESTMENTS LP** em **18/09/2009** (DOC AINF 75), tendo pago a esta empresa estrangeira o valor de **US$ 120.000.000,00**, referente a uma dívida do **UBS AG** que a **BTG INVESTMENTS LP** havia assumido em idêntico valor nos termos da cláusula 1.2 e 9.1 (f) do CCV/2009 (DOC AINF 44).

Esta quantia foi paga à **BTG INVESTMENTS LP** em **18/09/2009** (ver Tabela 9) e foi considerada como custo de aquisição do **BANCO UBS PACTUAL** (ver Tabela 10).

DATA	Documento	Descrição	VALOR EM DOLAR	TAXA	V
17/09/2009	DOC AINF 166	Contr. Câmbio	119.545.726,24	1,8056	
18/09/2009	DOC AINF 198	IOF sobre C. Câmbio	**********	*****	
				Total	

Tabela 9 – Valores pagos pelo BTG PACTUAL INVESTIMENTOS SA à BTG INVESTIMENTS

De acordo com a fiscalizada, parte do **pagamento à vista** por sua aquisição, no valor de **R$ 3.302.872.306,32**, foi efetivado em **18/09/2009**, pela **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A.** conforme se demonstra a seguir (ver itens 2.10.5 e 2.10.6 do DOC AINF 52; itens 2.11 e 2.13 (g) do DOC AINF 145; e DOCs AINF 166 a 169):

DATA	Documento	Descrição	VLR DOLAR	TAXA	VLR REAIS	
17/09/2009	DOC AINF 166	Contr. Câmbio	119.545.726,24	1,8056	215.851.763,30	BT
17/09/2009	DOC AINF 167	Contr. Câmbio	261.168.476,37	1,8056	471.565.800,93	UB
17/09/2009	DOC AINF 168	Contr. Câmbio	152.013.243,84	1,8056	274.475.113,08	UB
18/09/2009	DOC AINF 169	DARF	**********	*****	13.063.209,99	
18/09/2009	DOC AINF 197	Deps. C. Corrente	**********	*****	2.324.261.226,95	Toc CC
18/09/2009	DOC AINF 198	IOF sobre C. Câmbio	**********	*****	1.791.950,04	
18/09/2009	DOC AINF 198	IOF sobre C. Câmbio	**********	*****	1.043.005,42	
18/09/2009	DOC AINF 198	IOF sobre C. Câmbio	**********	*****	820.236,70	
				TOTAL	3.302.872.306,41	

O restante dos valores foi pago parte pelo **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A.** (Tabela 11) e parte por sua controladora **BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S.A.** (Tabela 12), que assumiu uma parcela da dívida no valor de **R$ 1.125.887.950,00** (ver lançamentos 11, 12 e 13 no ANEXO I do DOC AINF 143 e esclarecimentos nos itens 2.11 (c) e 2.12 do DOC AINF 145):

Valores pagos pela BTG PACTUAL INVESTIMENTOS SA

DATA	Documento	Descrição	VALOR EM DOLAR	TAXA	VALOR EM REAIS	BE
04/11/2009	DOC AINF 160	Contr. Câmbio	2.425.260,59	1,736	4.210.252,38	UB
04/11/2009	**********	IOF sobre C. Câmbio	**********	*******	15.998,95	***
				TOTAL	4.226.251,33	

Valores pagos pela BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II SA

DATA	Documento	Descrição	VALOR EM DOLAR	TAXA	VALOR EM REAIS	BEN
18/03/2010	DOC AINF 155 e 158	Dep. C. Corrente	**********	*****	100.035.025,37	Ver – ex
20/09/2010	DOC AINF 157 e 158	Dep. C. Corrente	**********	*****	103.766.337,80	Ver – ex
18/03/2011	DOC AINF156 e 158	Dep. C. Corrente	**********	*****	107.885.198,77	Ver – ex
01/07/2011	DOC AINF 154 e 158	Dep. C. Corrente	**********	*****	110.577.789,11	Ver – ex
16/09/2010	DOC AINF 172	Contrato de Câmbio	199.620.720,63	1,72	343.347.639,48	UB
18/09/2009	DOC AINF 114	Ações da BTG Pactual Part II SA	**********	*****	375.856.328,07	Ver - re
				TOTAL	1.141.468.318,60	

Nas Tabelas 10 e 12, os valores que possuem como beneficiários a descrição 'vendedores PF' correspondem àquele **pagamento diferido** do CCV/2006, que era **devido pelo Grupo UBS** e foi **assumido pelo Grupo BTG**.

Observe-se, ainda, que a **assunção de parte da dívida** pela **BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S.A.** ocorreu mediante aumento de capital da **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A.**, em **R$ 1.125.887.950,00**, cujas novas ações foram destinadas à sua controladora (ver DOC AINF 66).

Somando-se a estes valores, houve ainda **pagamentos a consultores jurídicos**, no total de **R$ 1.122.503,65**, os quais foram também considerados como parte do custo de aquisição (ver item 14 do DOC AINF 179).

A diferença entre o total pago pelo **BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S.A.** indicado na Tabela 12, no montante de **R$ 1.141.468.318,60**, e o valor da cessão da dívida, no valor 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 pela **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A.** era menor que o que foi pago por sua controladora. Nesse aspecto, como se verá nas Tabelas 13 e 14, 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

Na contabilização da aquisição da fiscalizada pela **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A.**, esta última registrou, em **18/09/2009**, os valores da participação societária em seu ativo permanente/investimentos sem constituição de provisão, da seguinte forma (lançamentos informados pela contribuinte no item 2.11.1 do DOC AINF 52 e confirmados na contabilidade conforme DOC AINF 79 e DOC 222):

CONTA	Valor	D/C	Histórico
2.1.2.10.05.001-8 (ativo)	4.216.151.688,16	D	Compra do Banco UBS Pactual
TOTAL	4.216.151.688,16		
2.1.2.10.05.001-7 (ativo)	216.834.819,49	D	Ágio na compra do Banco UBS Pactual
2.1.2.10.05.001-7 (ativo)	855.309,91	D	PAGTO A BARBOSA, MUSSNICH E ARAGAO REF. HONORÁRIOS (AQUISIÇÃO PACTUAL)
2.1.2.10.05.001-7 (ativo)	260.532,75	D	PAGTO A BARBOSA, MUSSNICH E ARAGAO REF. HONORÁRIOS (AQUISIÇÃO PACTUAL)
2.1.2.10.05.001-7 (ativo)	1.200,00	D	PAGTO A BMA TAX - CONSULTORIA E ASS. NF 16091408 - REF. HONORÁRIOS (AQUISIÇ
2.1.2.10.05.001-7 (ativo)	5.460,90	D	PAGTO A BMA TAX - CONSULTORIA E ASS. NF 17091321 - REF. HONORÁRIOS (AQUISIÇ

A diferença de R$ 0,09 entre a Tabela 13 e a Tabela 14 foi corrigida na **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A.** mediante o seguinte lançamento em contas de passivo e resultado:

Data	Cód.Conta	Conta	D/C	Valor
18/09/2009	81999009997	Outras	D	0,09
18/09/2009	49992005002	Valor a Liquidar - Operações Pendentes	C	0,09

Para justificar a contabilização demonstrada na Tabela 14, a contribuinte apresentou os seguintes valores:

	Demonstrativo de valores		Observações
+	Valor de PL	4.216.151.688,16	Ver item 2.10.4 do **DOC AINF 52** e 4ª folha
+	Ágio por Valor de Mercado	ZERO	Ver item 2.10.1 a 2.10.4 dos **DOCs AINF**
+	Ágio por rentabilidade Futura	217.957.323,05	ITEM 2.10.4 do **DOC AINF 52** e **DOC AINF**
=	Valor Pago	4.434.109.011,21	2.10.5 E 2.10.6 do **DOC AINF 52** e item 14

Com relação a esse ágio, não houve nenhuma amortização contábil na **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A.** durante sua existência (DOC AINF 79 e 222).

Após o fechamento da operação de compra e venda do banco em **18/09/2009** pela **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A.,** esta foi logo em seguida incorporada pelo **BANCO BTG PACTUAL S.A.** (novo nome da fiscalizada após a aquisição pelo **Grupo BTG**) em **29/04/2010** (ver ata de Assembleia Geral Extraordinária DOC AINF 41 e 20ª e 21ª fl. do DOC AINF 136), passando o banco a considerar dedutíveis as amortizações do ágio, conforme descrito a seguir.

Na incorporação da **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A.** pela fiscalizada, esta última registrou ágio e provisão da seguinte forma (DOC AINF 139):

CONTA	Valor	D/C	Histórico
2.1.2.10.15.082 (ativo)	217.957.323,05	D	Ágio apurado Incorporação
2.1.2.99.15.082 (ativo - provisão)	217.957.323,05	C	Ágio apurado Incorporação

Tabela 17 – Contabilização do ágio e provisão na incorporação da UBS BRASIL PARTI

Nas Demonstrações do Resultado do Exercício de 2010 e de 2011 (períodos atualmente auditados por esta fiscalização) do **BANCO BTG PACTUAL S.A.** (atual nome da fiscalizada), foram apurados, em contas de resultado relativas ao ágio e à provisão de que trata a Tabela 17, os seguintes valores (Ver 3ª e 5ª fls. DOC AINF 13 e DOC AINF 15):

AC 2010

Conta	Nome da Conta	Valor
7199099182	REV. PROV. INCORP- BTG PACTUAL INVEST SA	32.693.5
8162000182	AMORTIZ. INCÁGIO BTG PACTUAL INVEST S/A	32.693.5

AC 2011

Conta	Nome da Conta	Valor
7199099182	REV. PROV. INCORP- BTG PACTUAL INVEST SA	43.591.4
8162000182	AMORTIZ. INCÁGIO BTG PACTUAL INVEST S/A	43.591.4

No Lalur e Livro Demonstrativo de Apuração da Base de Cálculo da CSLL (LACS) dos anos-calendário 2010 e 2011, o banco efetuou exclusões nos valores de **R$ 32.693.598,46** e **R$ 43.591.464,61**, respectivamente, para os dois tributos e períodos, as quais foram lançadas no item 562.003 - Amortização de Ágio

Incorporação BTG (Lalur: ver DOC AINF 18 e 19: LACS: Ver DOC AINF 20 e 21).

Dessa forma, para fins tributários, a fiscalizada passou a amortizar o ágio formado em sua recompra pelo **Grupo BTG**.

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

Um aspecto importante que não se pode olvidar é que o contrato de compra venda do **Banco Pactual** (antigo nome da fiscalizada) pelo **Grupo UBS** foi fechado efetivamente com vendedores pessoas físicas. Isso decorre do preâmbulo do CCV/2006 (ver primeiro 'considerando' da 10ª fl. do DOC AINF 43), pelo qual, antes do fechamento do contrato, havia a previsão contratual de que as pessoas físicas, sócias em última instância da **PACTUAL HOLDINGS S.A**. e da **PACTUAL S.A.**, passariam a deter a participação direta no **BANCO PACTUAL S.A**. e, aí, sim passariam suas participações ao comprador.

Esse aspecto personalíssimo do CCV/2006 também fica bem definido em sua cláusula 1.4 (e) (i) (ver CCV/2006 no DOC AINF 43 e esclarecimentos no item 1.9 do DOC AINF 179), pela qual **os sócios vendedores ficaram obrigados a manter contrato de trabalho com a adquirente ou uma de suas subsidiárias**, tornando-se aqueles que deixassem de manter vínculo de trabalho com o **BANCO PACTUAL pessoas físicas não qualificadas**, cuja consequência seria a perda do direito de receber o pagamento diferido que lhe fosse devido.

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 - ver esclarecimentos no item 1.8 do DOC AINF 179 e cláusula 1.3 do DOC AINF 43).

Adicionalmente, como já esclarecido no item 3.2 do presente Termo de Verificação fiscal (ver Imagem 1 e 2), pela cláusula 1.2 (a) (i) do CCV/2006 (DOC AINF 43), 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 1° de julho de 2011 (ver cláusula 6.11 (d) (3) do DOC AINF 43).

De acordo com esclarecimentos da fiscalizada (ver item 1.3 do DOC AINF 179), extratos (DOC AINF 183) e tabela por ela apresentados (DOC AINF 184), essas retenções ocorreram, sendo que os valores recebidos à vista pelos sócios vendedores foram efetivamente entregues à **GCP BRASIL** e lá ficaram retidos.

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

Lembre-se ainda que os **pagamentos diferidos** estavam sujeitos a uma condição adicional pela qual os sócios vendedores ficaram obrigados a **manter contrato de trabalho com a adquirente ou uma de suas subsidiárias**, tornando-se

aqueles que deixassem de manter **vínculo de trabalho** com o **BANCO PACTUAL pessoas físicas não qualificadas**, cuja consequência seria a perda do direito de receber o pagamento diferido que lhe fosse devido. Ou seja, poderia ser igual a zero.

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, caso ocorressem essas condições.

Em 2009 houve a recompra da fiscalizada pelo **Grupo BTG**, em que a maioria dos sócios vendedores do **BANCO PACTUAL**, retornou à condição de sócio final do banco (Ver relação de sócios vendedores pessoas físicas na 119ª fl. e seguintes do DOC AINF 43 e sócios retornantes na 20ª fl. e seguintes do DOC AINF 84).

Nome	Nome
Andre Fernandes Lopes Dias	Leandro de Azambuja M
Andre Santos Esteves	Luciane França Ribeiro
Antonio Carlos Canto Porto Filho	Luiz Marcelo Calicchio
Daniel Zagury Aizemberg	Marcelo kalim
Eduardo Nogueira Domeque	Marcelo Mesquita de Sa
Eduardo Simões Cardoso	Maria Helena Xavier D'O (Ricardo Jose Tabet Salir
Emmanuel Rose Herman	Mariana Botelho Ramalh
Guilherme Alaga Pini	Oswaldo de Assis Filho
Guilherme da Costa Paes	Paulo Alexandre da Graç
Gustavo de Hungria Machado	Reinaldo Bochi Nogueira
Iuri Rapoport	Renato Hermann Cohn
James Marcos de Oliveira	Renato Monteiro dos Sa
João Carlos de Paula Scandiuzzi	Ricardo Chamma Lutfalla
João Marcello Dantas Leite	Roberto Balls Sallouti

Na ocasião, embora ainda não houvesse passado o prazo previsto (isso somente em ocorreria em 2011), pode-se constatar que **houve a liberação dos pagamentos à vista e a antecipação dos pagamentos diferidos a todos os sócios vendedores pessoas físicas**, **tanto aos retornantes como aos que não retornaram à condição de sócio** da fiscalizada.

Os pagamentos à vista entregues à **GCP BRASIL** foram resgatados a partir de **15/10/2009** (ver item 1.7 do DOC AINF 179 e DOC AINF 185, 186 e 187).

Para garantir que os **pagamentos diferidos** seriam pagos pelo máximo (1,48 bilhões de dólares), o CCV/2009 fez expressamente essa previsão em sua cláusula 5.12 (b) (ver 33ª fl. do DOC AINF 44) e determinou que o valor seria descontado do total devido pelo **Grupo BTG**.

Eis aí, também na recompra da fiscalizada pelo **Grupo BTG**, o caráter personalíssimo das pessoas físicas no contrato, posto que, na realidade, o CCV/2009, ao descontar do valor a receber pelo **Grupo UBS** essa dívida dos pagamentos

diferidos do CCV/2006 (ver cláusula 1.2 na 9a folha do DOC AINF 44), **tratou os sócios pessoas físicas e o Grupo BTG como se fossem os detentores da mesma dívida**, numa situação em que redução do valor a pagar pelo **Grupo BTG** quitava a dívida do **Grupo UBS** com as pessoas físicas.

Nisso não há como discutir que o CCV/2009 efetivamente contemplou os interesses dos sócios pessoas físicas vendedores do CCV/2006, antecipando e garantindo a estas pessoas físicas valores que ainda eram incertos pelo contrato inicial.

Ou seja, nessa confusão entre os interesses das pessoas físicas com as pessoas jurídicas de quem eram sócias, em que as pessoas físicas vendedoras do 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 da fiscalizada pelo **Grupo BTG** a partir do CCV/2009, com geração e amortização de ágio em ambas operações.

Nesse aspecto é que surge a questão mais relevante. O CCV/2006 gerou uma dívida de **pagamentos diferidos** que receberam quitação na recompra da fiscalizada pelo CCV/2009 e, sem esses pagamentos diferidos, no valor de **R$ 3.205.680.000,00** (ver esclarecimentos nos itens 1.5.5 e 1.5.6 do DOC AINF 52 e item 1.5 do DOC AINF 145 e lançamentos no DOC AINF 57), parte do ágio de R$ 4.415.294.794,55 (ver Tabela 5, 6 e 7) apurado na primeira operação de compra da fiscalizada pelo **Grupo UBS** não existiria, nem existiriria também o ágio de R$ 217.957.323,05, apurado na recompra (ver Tabelas 14, 15 e 16). Ocorre que, da dívida total de **R$ 3.205.680.000,00**, **não houve circulação nenhuma do valor de R$ 375.856.328,07**. Conforme demonstrado na Tabela 12, essa parcela teve quitação pelos sócios retornantes mediante **emissão de ações** da **BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S.A**., sendo 90% desse valor destinado a Reserva de Capital - Ágio dessa empresa (ver DOC AINF 114).

Assim, a dívida foi gerada no primeiro contrato (CCV/2006) em favor dos sócios vendedores pessoas físicas e sua quitação foi dada no CCV/2009 por parte desses mesmos sócios, 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.

Esse valor de R$ 375.856.328,07 serviu tanto para justificar ágio na compra da fiscalizada pelo Grupo UBS como na recompra pelo Grupo BTG.

3.3. Da legislação comercial e tributária que regia o ágio em investimentos em controladas à época dos fatos

Inicialmente, é importante esclarecer que as novas regras contábeis inseridas no mundo jurídico com a alteração da Lei n° 6.404/1976 pela Lei n° 11.638/2007 efetivamente interferiram nos lucros das empresas, mas a legislação tributária passou a prever que estas mudanças não poderiam trazer efeitos tributários, tendo sido criado, para isso, o Regime Tributário de Transição (RTT) pela MP n° 449/2008 (convertida na Lei n° 11.941/2009). O RTT foi optativo nos anos-calendário 2008 e 2009 e obrigatório a partir do ano-calendário 2010 (art. 15, §§ 2° e 3°, da MP n° 449/2008), vigendo até 2013 ou 2014, (dependendo da opção do contribuinte conforme previsto no art. 75 da Lei n° 12.973/2014).

MP 449/2008

Art.15 Fica instituído o Regime Tributário de Transição - RTT de apuração do lucro real, que trata dos ajustes tributários decorrentes dos novos métodos e critérios contábeis introduzidos pela Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e pelos arts. 36 e 37 desta Medida Provisória.

§ 1º O RTT vigerá até a entrada em vigor de lei que discipline os efeitos tributários dos novos métodos e critérios contábeis, buscando a neutralidade tributária.

§ 2º Nos anos-calendário de 2008 e 2009, o RTT será optativo, observado o seguinte:

I - a opção aplicar-se-á ao biênio 2008-2009, vedada a aplicação do regime em um único ano-calendário:

II - a opção a que se refere o inciso I deverá ser manifestada, de forma irretratável, na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica 2009;

III - no caso de apuração pelo lucro real trimestral dos trimestres já transcorridos do ano-calendário de 2008, a eventual diferença entre o valor do imposto devido com base na opção pelo RTT e o valor antes apurado deverá ser recolhida até o último dia útil do mês de janeiro de 2009 ou compensada, conforme o caso;

IV - na hipótese de início de atividades no ano-calendário de 2009, a opção deverá ser manifestada, de forma irretratável, na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica 2010.

§ 3º Observado o prazo estabelecido no §1º, o RTT será obrigatório a partir do ano-calendário de 2010, inclusive para a apuração do imposto sobre a renda com base no lucro presumido ou arbitrado, da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido - CSLL, da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social-C0FINS.

§ 4º Quando paga até o prazo previsto no inciso III do §2º, a diferença apurada será recolhida sem acréscimos.

Art. 16. As alterações introduzidas pela Lei n°11.638, de 2007, e pelos arts. 36 e 37 desta Medida Provisória que modifiquem o critério de reconhecimento de receitas, custos e despesas computadas na apuração do lucro líquido do exercício definido no art. 191 da Lei n°6.404, de 15 de dezembro de 1976, não terão efeitos para fins de apuração do lucro real da pessoa jurídica sujeita ao RTT, devendo ser considerados, para fins tributários, os métodos e critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007.

Assim sendo, nos períodos aqui auditados (AC 2010 e 2011), para fins de efeitos tributários, aplicam-se as regras anteriores à alteração da Lei n° 6.404/76.

Feitas estas considerações iniciais, passamos à legislação que, para fins tributários, regia o assunto aqui tratado à época dos fatos.

O ágio em investimentos de uma sociedade investidora em outra (investida) é uma decorrência direta da sistemática da avaliação da participação societária pelo método da equivalência patrimonial (MEP) e surge como um desdobramento do custo de aquisição de investimentos em sociedades avaliadas pelo MEP.

De acordo com o art. 20 do Decreto-Lei n° 1.598/77, o ágio deve ser divido em:

a) Valor de patrimônio líquido na época de sua aquisição; e

b) Ágio ou deságio na aquisição, que seria a diferença entre o custo de aquisição do investimento e valor de patrimônio líquido na época de sua aquisição.

Decreto-Lei n° 1.598/77 (redação original)

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.

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

§ 2° - 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.

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

Importante observar que, da inteligência do caput do art. 20 Decreto-Lei n° 1.598/77 com seu § 3°, verifica-se que o referido dispositivo legal exige que a demonstração do ágio seja elaborada por ocasião da aquisição da participação societária.

Assim, em consonância com os Princípios Contábeis, especificamente com o da competência dos exercícios, bem como os estabelecidos explicitamente pelo art. 20, caput, § 1° e § 2°, alínea 'b', do Decreto-Lei n° 1.598/77, o ágio pago com fundamento na expectativa de rentabilidade futura - que é o caso aqui analisado -

não é lançado diretamente no resultado como despesa e, sim, evidenciado separadamente como desdobramento do investimento que lhe deu causa, em conta patrimonial representativa da participação societária.

Para fins contábeis, na forma da legislação comercial válida especificamente para fins tributários, tal ágio pode ser amortizado em períodos futuros, com vistas ao confronto com os resultados positivos que motivaram a sua constituição, cumprindo-se, desta forma, o Princípio do Confronto das Receitas com as Despesas que integra o Princípio da Competência dos exercícios.

Todavia, da mesma forma como ocorre nas contrapartidas do MEP, as contrapartidas da amortização do ágio, em regra, também não podem gerar efeitos tributários:

Decreto-lei n° 1.598/1977

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° 1.730, 1979)

O ágio assim lançado na contabilidade somente pode ser dedutível para fins tributários para efeito de se determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 426 do RIR/99)

RIR/99

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei n° 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei n° 1.730, de 1979, art. 1°, inciso V):

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;

III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior.

Em resumo, com base nos dispositivos legais acima consignados, o valor do ágio amortizado no resultado deve ser adicionado na apuração do Lucro Real, podendo ser computado somente na determinação do ganho ou perda de capital no caso de eventual alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada.

Destarte, regra geral, a legislação tributária estabeleceu a indedutibilidade da amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo patrimônio líquido.

A lei, no entanto, abriu uma exceção, ao permitir que a amortização do ágio pudesse ser deduzida antes da alienação ou liquidação do investimento (Lei n° 9.532/97):

Art. 7° 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 n° 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória n° 135, de 30.10.2003)

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea 'a' do § 2° do art. 20 do Decreto-Lei n° 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 § 2° do art. 20 do Decreto-Lei n° 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 § 2°do art. 20 do Decreto-lei n°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 n° 9.718, de 1998)

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

§ 1° 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.

§ 2° 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.

§ 3° 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.

§ 4° 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.

§ 5° 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. 8° 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.

Observe-se, contudo, que essa exceção depende de que o negócio jurídico da incorporação e demais atos conexos e necessários sejam válidos nos termos da lei civil.

3.4. Da amortização indevida de ágio apurado na aquisição da contribuinte pelo Grupo UBS

A compreensão dos subitens a seguir requer a leitura prévia do item 3.2.

3.4.1. Da Falta de propósito negocial na utilização de empresa veículo

Para que o **Grupo UBS** efetuasse a compra da fiscalizada e pudesse se aproveitar do ágio por rentabilidade futura, foram criadas duas subsidiárias integrais do **Grupo UBS AG**:

a) **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.**;

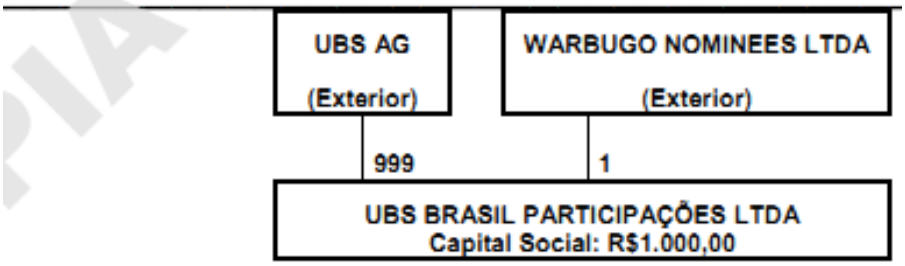
b) **UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA.**

A **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.** (CNPJ n° 08.245.975/0001-91) foi constituída em **31/07/2006**, com registro em 15/08/2006 (ver carimbo na 11ª folha do DOC AINF 224 - documento extraído das fls. 421 a 539 do e-Processo n° 16682.720.614/2012-61). O seu controle pertencia à empresa **UBS AG**, tendo como objeto social a participação societária em instituições financeiras e demais autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, e essa foi a empresa utilizada para efetuar aquisição da fiscalizada pelo **Grupo UBS**.

A **UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA.** (CNPJ n° 08.257.195/0001-61) também foi constituída em **31/07/2006**, com registro em 27/08/2006 (ver carimbo na 22ª fl. do DOC AINF 229 - documento extraído das fls. 837 a 1188 do e-Processo n° 16682.720.614/2012-61). O seu controle também pertencia à empresa **UBS AG** na data de sua constituição e a sociedade tinha como objeto social a

participação em outras sociedades, nacionais ou estrangeiras, na qualidade de sócia, acionista ou quotista.

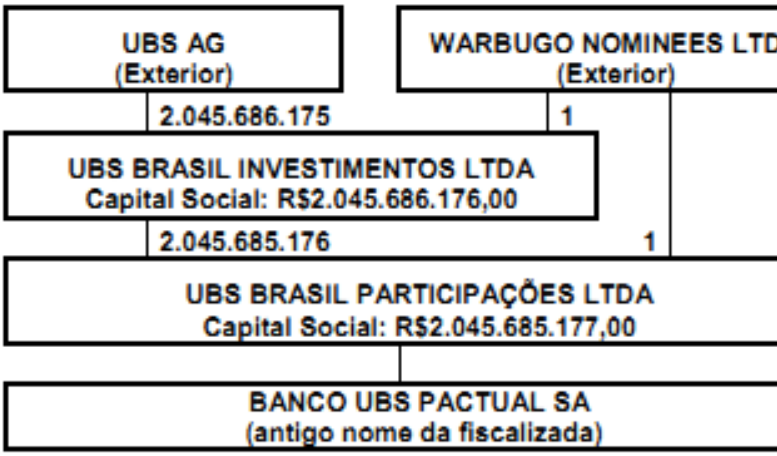
Na constituição da **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.** (ver 1ª fl. DOC AINF 224 - documento extraído das fls. 421 a 539 do e-Processo n° 16682.720.614/2012-61), a sua estrutura societária inicial era a seguinte:



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

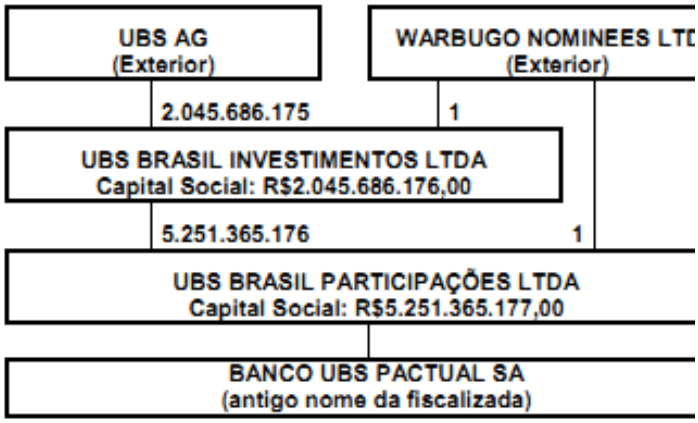
Pela primeira alteração (ver 12ª fl. DOC AINF 224 - documento extraído das fls. 421 a 539 do e-Processo n° 16682.720.614/2012-61), houve um aumento de capital da **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.** efetuado em dinheiro pela **UBS AG**. Esse valor era equivalente ao que seria pago à vista pela aquisição da fiscalizada (na época denominada **BANCO PACTUAL**), ficando a **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.** devendo aos vendedores o valor dos **pagamentos diferidos** previstos na cláusula 1.3 do CCV/2009 (DOC AINF 43).

Pela segunda alteração (ver 24ª fl. DOC AINF 224 - documento extraído das fls. 421 a 539 do e-Processo n° 16682.720.614/2012-61), a **UBS AG** transferiu a sua participação na **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.** para a **UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA.**:

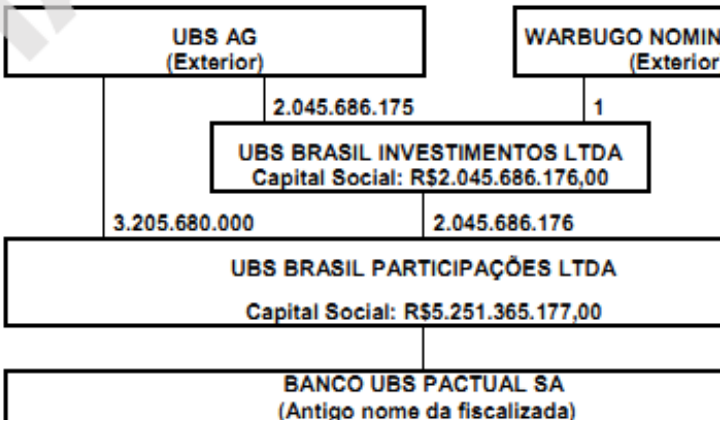


Três dias após, em **04/12/2006**, houve mais duas operações pelas quais a dívida referente aos **pagamentos diferidos** devidos pela **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.** passou para a **UBS AG**.

Inicialmente, **UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA.** aumentou o capital da **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.** mediante assunção da dívida que esta última tinha pelos **pagamentos diferidos** do CCV/2006 (ver 37ª fl. DOC AINF 224 - documento extraído das fls. 421 a 539 do e-Processo n° 16682.720.614/2012-61); DOC AINF 61).



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



Em fevereiro de 2007, a **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.** foi incorporada pela fiscalizada e a **WARBUGO NOMINEES LTD** cedeu a sua quota para a **UBS AG**. A estrutura societária final ficou assim (Ver 72ª fl. do DOC AINF 224 - documento extraído das fls. 421 a 539 do e-Processo n° 16682.720.614/2012-61):

Da análise da contabilidade da **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.** (DOC AINF 227 - documento extraído das fls. 807 a 836 do e-Processo n° 16682.720.614/2012-61), verifica-se que o primeiro lançamento contábil nesta empresa somente foi realizado em **27/11/2006** e que não houve nenhum registro relativo a gastos com empregados, aluguéis, ou outras despesas e receitas relativas a operações próprias que não fosse o de servir como empresa VEÍCULO na aquisição da fiscalizada.

Note-se que a empresa teve seu primeiro movimento em **27/11/2006** e já em **05/02/2007** foi incorporada de forma reversa pela fiscalizada (DOC AINF 42). Ou seja, sua vida ativa se restringiu um curtíssimo espaço temporal pouco maior que dois meses.

Assim, se a empresa já '**nasceu' para 'morrer'** em tão pouco tempo e não teve **nenhuma atividade própria**, essa é a maior prova de que sua existência era inútil, servindo apenas 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.

A própria fiscalizada, ao efetuar a contabilização do ágio mediante formação de provisão em valor idêntico, em consonância com diversos normativos, demonstra que, contabilmente, **a operação era artificial**.

Em outro aspecto, verifica-se que o grupo contabilizou na **UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA.**, em 2006, o investimento na **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.** pelo valor total de **R$ 5.251.365.177,00**, tendo passado posteriormente o valor de **R$ 3.205.680.000,00** para a **UBS AG** (ver lançamentos de R$ 2.045.686.176,00 e R$ 3.205.680.000,00 no Diário na 175ª fl. DOC AINF 229 - documento extraído das fls. 837 a 1188 do e-Processo n° 16682.720.614/2012-61).

Com isso, o Grupo além de amortizar o ágio na própria fiscalizada, após a incorporação da **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.**, também o repassou a outras empresas do **Grupo UBS** para que pudesse ser utilizado para fins de redução de ganho de capital na recompra da fiscalizada pelo **Grupo BTG** (Ver CCV/2009 no DOC AINF 44). Ou seja, o Grupo utilizou duas vezes o valor do ágio: uma, por sua amortização na fiscalizada, após a incorporação reversa da **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES** e outra, como redução do ganho de capital apurado pela **UBS AG** e **UBS BRASIL INVESTIMENTOS** na operação de recompra da fiscalizada pelo **grupo BTG**.

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

A legislação tributária vigente à época dos fatos exigia que o registro do ágio ou deságio indicasse o seu fundamento econômico dentre as três opções a seguir, devendo o contribuinte arquivar a demonstração que o embasasse:

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.

Decreto-Lei n° 1.598/77 (redação original)

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.

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

§ 2° - 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.

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

Da inteligência do *caput* do art. 20 Decreto-Lei n° 1.598/77 com seu § 3°, verifica-se que o referido dispositivo legal 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 pela fiscalizada para o cumprimento do disposto na regra citada somente foi produzido em dezembro de 2007** (ver 2ª fl. do DOC AINF 46), **embora o fechamento do CCV/2006 tenha ocorrido em dezembro de 2006**.

Assim sendo, tendo em vista que a Lei n° 9.532/97, no § 3° do seu art. 7°, somente autoriza a amortização do ágio quando fundamentado conforme art. 20 do Decreto-Lei n° 1.598/77, resta demonstrado que a contribuinte não cumpriu esse requisito, sendo, também por este motivo, indedutível a amortização do ágio.

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 S.A.,** 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**.

Assim, essa dívida foi gerada no primeiro contrato (CCV/2006) em favor dos sócios vendedores pessoas físicas e sua quitação foi dada no CCV/2009 por parte desses mesmos sócios, 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. Esse valor serviu tanto para justificar ágio na compra da fiscalizada pelo Grupo UBS como na recompra pelo Grupo BTG.

Nesse aspecto, a CVM seu Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP n° 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:

Trecho do item 20.1.7 do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP n° 01/2007

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'.

Destarte, diante do exposto, não há como se aceitar que o valor de **R$ 375.856.328,07** componha o ágio de **R$ 4.415.294.794,55** apurado pela contribuinte conforme Tabelas 5, 6 e 7.

3.4.4. Da quantificação dos valores indevidamente amortizados referentes ao CCV/2006 (aquisição da fiscalizada pelo Grupo UBS):

Tendo em vista a falta de propósito negocial pela utilização de empresa VEÍCULO (item 3.4.1), falta de elaboração tempestiva de demonstrativo do ágio (Item 3.4.2) e não pagamento efetivo de parte do valor devido (item 3.4.3), a contribuinte se beneficiou indevidamente de amortização de ágio para fins de apuração do IRPJ e CSLL. Estes valores estão demonstrados nas Tabelas 7 e 8 e parágrafos seguintes do item 3.2 do presente relatório e são abaixo resumidos.

Ano-calendário	Valor
2010	883.058.958,91
2011	883.058.958,91

Tabela 20 – Valores indevidamente amortizados oriundos

3.5. Da amortização indevida de ágio apurado na aquisição da contribuinte pelo Grupo BTG

A compreensão dos subitens a seguir requer a leitura prévia do item 3.2.

3.5.1. Da falta de propósito negocial na utilização de empresa veículo

Para que o **Grupo BTG** efetuasse a recompra da fiscalizada e pudesse se aproveitar do ágio por rentabilidade futura foram criadas várias empresas do **Grupo BTG**:

a) **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A**.;

b) **BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S.A**.;

c) **BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA.**

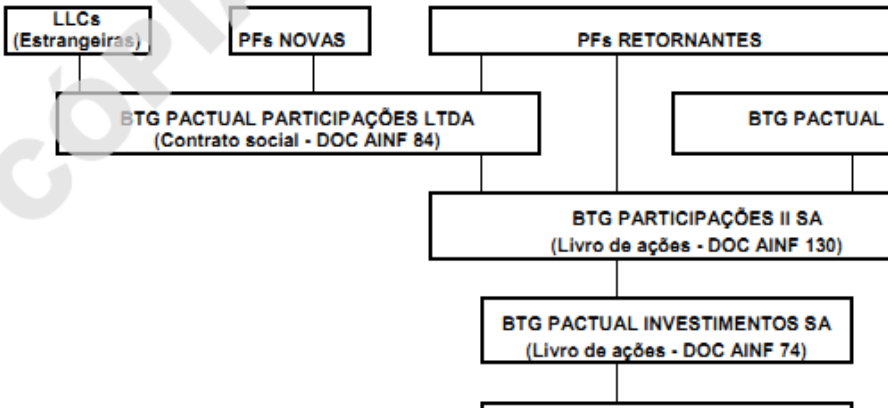
A **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A**. (CNPJ n° 10.968.474/0001-85) foi constituída em **12/06/2009**, com registro em 22/06/2009 (ver carimbos no DOC AINF 62). À época do fechamento do CCV/2009, em 18/09/2009, essa

empresa era uma subsidiária integral da **BTG PARTICIPAÇÕES II S.A**. (ver livro registro de ações nominativas no DOC AINF 74).

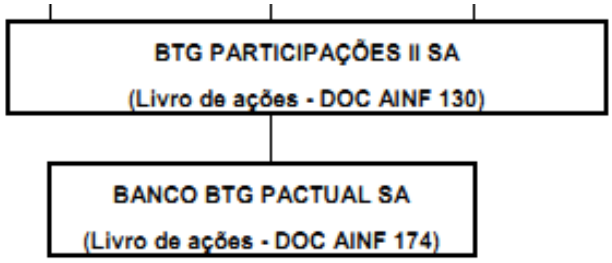
A **BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S.A**. (CNPJ n° 10.977.044/0001-20) também foi criada em **12/06/2009**, com registro em 22/06/2009 (ver carimbos no DOC AINF 112). À época do fechamento do CCV/2009, em 18/09/2009, essa empresa tinha participação direta dos sócios pessoas físicas que haviam vendido a fiscalizada ao **Grupo UBS** (**PFs retornantes**), participação da **BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA.** e participação da **BTG PACTUAL HOLDING S.A.** (DOC AINF 130).

A **BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA.** (CNPJ n° 10.968.474/0001-85) foi constituída em **10/06/2009**, com registro em 24/06/2009 (ver carimbos no DOC AINF 62). À época do fechamento do CCV/2009, em 18/09/2009, essa empresa tinha participação direta dos **sócios retornantes**, de **novos sócios** pessoas físicas e de **outras empresas estrangeiras** (DOC AINF 84).

A estrutura do Grupo, na data do fechamento do CCV/2009 era a seguinte:



Pouco tempo após o fechamento da aquisição da fiscalizada pela **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A**., em **18/09/2009**, esta foi logo em seguida incorporada pelo **BANCO BTG PACTUAL S.A.** (novo nome da fiscalizada após a aquisição pelo **Grupo BTG**) em **29/04/2010** (ver ata de Assembleia Geral Extraordinária DOC AINF 41 e fl. 20 e 21 do DOC AINF 136) e, nos primeiros níveis, a estrutura societária passou a ficar assim:



A forma do pagamento já foi bem explicada no item 3.2.2 (ver Tabelas 9 a 13 e os parágrafos relacionados a estas).

Da análise da contabilidade da **BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A**. (DOC AINF 222), verifica-se que o primeiro lançamento contábil relevante nesta empresa somente foi realizado em **18/09/2009** (até então havia apenas um lançamento de R$60,00 e outro de R$40,00 em sua constituição em 12/06/2009), na data do fechamento do CCV/2009, sendo que não houve nenhum registro relativo a

gastos com empregados, aluguéis, ou outras despesas e receitas relativas a operações próprias que não fosse o de servir como empresa VEÍCULO na aquisição da fiscalizada.

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 pela fiscalizada (DOC AINF 41 e parte superior da 20ª fl. do DOC AINF 136). Ou seja, sua vida ativa se restringiu um curtíssimo espaço temporal pouco maior que sete meses.

Assim, se **a empresa já 'nasceu' para 'morrer'** em tão pouco tempo e não teve **nenhuma atividade própria**, essa é a maior prova de que sua existência era inútil, servindo apenas 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.

A própria fiscalizada, ao efetuar a contabilização do ágio mediante formação de provisão em valor idêntico, em consonância com diversos normativos, demonstra que, contabilmente, a operação era artificial.

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

A legislação tributária vigente à época dos fatos exigia que o registro do ágio ou deságio indicasse o seu fundamento econômico dentre as três opções a seguir, devendo o contribuinte arquivar a demonstração que o embasasse:

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.

Decreto-Lei n° 1.598/77 (redação original)

*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.

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

§ 2° - 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.

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

Da inteligência do caput do art. 20 Decreto-Lei n° 1.598/77 com seu § 3°, verifica-se que o referido dispositivo legal 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 pela fiscalizada para o cumprimento do disposto na regra citada somente foi produzido em **maio de 2010** (ver 1ª e 3ª fl. do DOC AINF 45), embora o fechamento do CCV/2009 tenha ocorrido em **setembro de 2009**.

Assim sendo, tendo em vista que a Lei n° 9.532/97, no § 3° do seu art. 7°, somente autoriza a amortização do ágio quando fundamentado conforme art. 20 do Decreto-Lei n° 1.598/77, resta demonstrado que a contribuinte não cumpriu esse requisito, sendo, também por este motivo, indedutível a amortização do ágio.

3.5.3. 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, do total 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 **PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S.A.,** sendo 90% desse valor destinado a Reserva de Capital - Ágio dessa empresa (ver DOC AINF 114).

Nesse aspecto, 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**.

Assim, essa dívida foi gerada no primeiro contrato (CCV/2006) em favor dos sócios vendedores pessoas físicas e sua quitação foi dada no CCV/2009 por parte desses mesmos sócios, 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. Esse valor serviu tanto para justificar ágio na compra da fiscalizada pelo Grupo UBS como na recompra pelo Grupo BTG.

Nesse aspecto, a CVM seu Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP n° 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:

Trecho do item 20.1.7 do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP n° 01/2007

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'.

Destarte, diante do exposto, não há como se aceitar que o valor de R$ 375.856.328,07 justifique o ágio de R$ 217.957.323,05 apurado pela contribuinte conforme Tabelas 14, 15, 16 e 17.

3.5.4. Da quantificação dos valores indevidamente amortizados referentes ao CCV/2009 (aquisição da fiscalizada pelo Grupo BTG):

Tendo em vista a falta de propósito negocial pela utilização de empresa VEÍCULO (item 3.5.1), falta de elaboração tempestiva de demonstrativo do ágio (Item 3.5.2) e não pagamento efetivo de parte do valor devido (item 3.5.3), a contribuinte se beneficiou indevidamente de amortização de ágio para fins de apuração do IRPJ e CSLL. Estes valores estão demonstrados na Tabela 18 e parágrafos seguintes do item 3.2.2 do presente relatório e são abaixo resumidos.

Ano-calendário	Valor
2010	32.693.598,46
2011	43.591.464,61

Tabela 21 – Valores indevidamente amortizados oriundos d

3.6. Da compensação indevida da base de cálculo negativa da CSLL e de prejuízos fiscais no ano-calendário 2010

Conforme Tabela 1 no item II do presente Termo de Verificação Fiscal, no ano-calendário 2010 houve compensação de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL pela fiscalizada.

De acordo com o Lalur (39ª e 40ª fls. do DOC AINF 18) e LACS (37a e 38a fls. do DOC AINF 18), os valores de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL que seriam compensáveis em 2010 foram oriundos de 2008 e 2009. Todavia, nesses dois anos-calendário houve auto de infração (DOC AINF 237 - documento oriundo do e-Processo n° 16682.720.614/2012-61) que levou a zero essas bases de cálculo negativas e prejuízos fiscais, conforme se demonstra abaixo:

LUCRO REAL						
	Declarado				Alterado	
AC	ANTES COMP PREJ	PREJ COMP	Após Comp Prej	DOC	LUCRO REAL FINAL	
2008	- 52.662.586,43	**********	- 52.662.586,43	DOC AINF 235	848.174.390,21	7ª

BASE DE CÁLCULO DA CSLL						
	Declarado				Alterado de	
AC	ANTES COMP PREJ	PREJ COMP	Após Comp Prej	DOC	Valor	
2008	- 41.088,52	**********	- 41.088,52	DOC AINF 235	859.988.457,51	23ª FL.
2009	- 396.135.095,77	**********	- 396.135.095,77	DOC AINF 236	486.923.863,14	26ª FL.

CÓPIA

IV. Das penalidades aplicadas e juros de mora:

A Lei n° 9.430/96 prevê, em seu artigo 44, inc. I, a aplicação da multa de 75% sobre a totalidade ou diferença do imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata.

Destarte, sobre as diferenças apuradas foi aplicada a multa de ofício de 75% em consonância com a legislação citada e o lançamento anteriormente efetuado mediante o e-processo n° 16682.720.614/2012-61.

Por fim, cumpre salientar que incidem sobre o valor devido do principal do tributo lançado, juros de mora equivalentes à variação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, acumulada mensalmente, conforme transcrição a seguir:

RIR/99 (Decreto n° 3.000/1999)

Art. 953. Em relação a fatos geradores ocorridos a partir de 1° de abril de 1995, os créditos tributários da União não pagos até a data do vencimento serão acrescidos de juros de mora equivalentes à variação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, a partir do primeiro dia do mês subseqüente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento (Lei n° 8.981, de 1995, art. 84, inciso I, e § 1°, Lei n° 9.065, de 1995, art. 13, e Lei n° 9.430, de 1996, art. 61, § 3°).

§ 1° No mês em que o débito for pago, os juros de mora serão de um por cento (Lei n° 8.981, de 1995, art. 84, § 2°, e Lei n° 9.430, de 1996, art. 61, § 3°).

V. DA APURAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO:

Os demonstrativos de apuração do IRPJ, da CSLL e das respectivas multas de ofício e juros de mora seguem em anexo ao Auto de Infração.

VI. DAS CONCLUSÕES:

No curso da ação fiscal realizada na BANCO BTG PACTUAL S.A., constatou-se que a contribuinte amortizou ágio indevidamente, mediante utilização de empresas veículo, documentos intempestivos de avaliação do ágio por

> rentabilidade futura e não circulação de parte do valor devido em duas incorporações reversas que se seguiram (a primeira, em operação em que a contribuinte foi incialmente comprada pelo Grupo UBS; e a segunda, em operação em que foi recomprada pelo Grupo BTG).
>
> Foram apurados os valores devidos por conta destas infrações e calculados os juros e multa de ofício de 75% previstos na legislação tributária.
>
> INTIMAÇÃO:
>
> Fica a contribuinte intimada a efetuar no Lalur e Livro de Apuração da Base de cálculo da CSLL todos os ajustes necessários para registrar as alterações nas bases de cálculo negativas efetuadas de ofício por intermédio do presente Auto de Infração.
>
> Este termo de parte integrante é indissociável do auto de infração, o qual foi formalizado no PROCESSO DIGITAL (e-processo) No 16682-722.995/2015-66

Cientificada dos lançamentos, em 18/12/2015, por intermédio de seu representante legal, a pessoa jurídica solicitou a juntada aos autos da impugnação, de fls. 215/234, em 14/04/2016, com as razões de fato e de direito a seguir sintetizadas.

Das razões de impugnação

Esclarece que se trata de uma impugnação conjunta aos lançamentos de IRPJ e CSLL, lavrados com base nos mesmos elementos de prova, e juntados ao presente processo.

A título de considerações iniciais, diz que a presente ação fiscal seria continuidade de outra que teria dado origem aos lançamentos formalizados no e-Processo n° 16682.720.614/2012-61, em que se discute a dedução, nos anos-calendário de 2007 a 2009, de despesas com amortização de ágio referente à aquisição do **Banco Pactual S.A**. (antiga denominação da Impugnante) pelo **Grupo UBS**.

No entanto, no presente processo, teriam sido questionados não só o cômputo no lucro real e na base de cálculo da CSLL do ágio referente à aquisição do **Banco Pactual S.A**. (antiga denominação da Impugnante) pelo **Grupo UBS**, nos anos-calendário de 2010 e 2011, como também do ágio registrado por ocasião de sua posterior aquisição por grupo formado por alguns de seus ex-acionistas ("**Grupo BTG**").

Nas palavras da defesa:

> *3.3. A aquisição do IMPUGNANTE (à época Banco Pactual S.A.) pelo GRUPO UBS - mais precisamente, por UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA. ("UBS PARTICIPAÇÕES") -, ocorrida em 2006, teve como objetivo a consolidação das operações do referido grupo no mercado financeiro e de capitais brasileiro, no qual já atuava desde 1983 por meio do Banco UBS S.A. ("BANCO UBS"). Essa aquisição se deu com o pagamento de ágio, cuja amortização passou a produzir efeitos fiscais a partir do momento em que a adquirente foi incorporada pelo IMPUGNANTE, como uma das etapas necessárias à consolidação das operações do GRUPO UBS no Brasil em uma*

só empresa operacional, finalizada com a junção do BANCO UBS com o Impugnante.

3.4. Já a aquisição das ações do IMPUGNANTE (então denominado Banco UBS Pactual S.A.) pelo GRUPO BTG, em 2009, ocorreu em razão de oportunidade de negócio surgida com a crise mundial de 2008, que levou o GRUPO UBS a rever sua política de investimentos no Brasil. A aquisição das ações do IMPUGNANTE por pessoa jurídica integrante do GRUPO BTG também se deu com o pagamento de ágio, cuja amortização passou a produzir efeitos fiscais a partir do momento em que, à semelhança do que se verificou na situação anterior, ocorreu a incorporação da adquirente pelo IMPUGNANTE.

3.5. Em suma, os ágios cujas amortizações motivaram os AUTOS resultam de dois ***negócios realizados entre partes independentes*** *e motivados por propósitos distintos: a ampliação das atividades do GRUPO UBS no Brasil, no que se refere à operação realizada em 2006, e a retomada do controle do IMPUGNANTE por alguns de seus ex-acionistas, no que tange à operação realizada em 2009.*

3.6. O primeiro negócio foi acertado em 09.05.2006, nos termos de contrato de compra e venda de ações do IMPUGNANTE ("CCV/06") com previsão de "fechamento da operação" em data futura. O CCV/06 foi celebrado entre UBS AG, na qualidade de adquirente, Pactual S.A., na qualidade de controladora do IMPUGNANTE, e, ainda, um grupo de pessoas físicas (a seguir tratado por "SÓCIOS VENDEDORES") que, na data do fechamento da operação, tinha se tornado titular das ações do IMPUGNANTE, em razão da extinção de holdings por meio das quais participava do capital do IMPUGNANTE.

3.7. O preço total da venda do antigo Banco Pactual S.A., previsto no CCV/06, ficou de ser pago (i) parte em dinheiro, na data do fechamento e (ii) parte no prazo de cinco anos, contados a partir da data de fechamento da operação, quando se tornaria devido aos SÓCIOS VENDEDORES o "VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO", que estava sujeito a eventuais ajustes, variáveis em função do desempenho do IMPUGNANTE.

3.8. Como medida preparatória para concretização da operação acima mencionada, foram constituídas, no Brasil, duas subsidiárias de UBS AG: (i) a já referida UBS PARTICIPAÇÕES, a quem coube adquirir as ações do IMPUGNANTE, e (ii) a UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA. ("UBS INVESTIMENTOS"), criada com o objetivo de atuar como holding dos investimentos do GRUPO UBS no Brasil.

3.9. UBS AG cedeu a UBS PARTICIPAÇÕES, como estava previsto no CCV/06, todos os direitos e obrigações decorrentes do mesmo e, para viabilizar a parte financeira do negócio, aumentou o capital da UBS PARTICIPAÇÕES em valor correspondente ao da parcela devida aos SÓCIOS VENDEDORES na data do fechamento da operação, quando ocorreu aquisição da totalidade das ações representativas do

capital social do IMPUGNANTE pela UBS PARTICIPAÇÕES, mediante pagamento integral da parcela do preço devida à vista e o compromisso de liquidar a obrigação correspondente ao VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO.

3.10. O custo de aquisição das ações do IMPUGNANTE foi registrado por UBS PARTICIPAÇÕES pelo correspondente valor de patrimônio líquido contábil ("PLC"), determinado mediante a aplicação do método de equivalência patrimonial ("MEP"); a parcela do preço de aquisição que excedeu esse valor motivou o registro de ágio, cujo fundamento se justificou pelas perspectivas de rentabilidade futura do investimento, demonstrada por estudo interno elaborado pelo GRUPO UBS, corroborado por Laudo de Avaliação econômico-financeira elaborado pela PricewaterhouseCoopers com a data-base de 30.11.2006.

3.11. Considerando que, na data do fechamento da operação havia evidências concretas de que o VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO seria integralmente devido aos SÓCIOS VENDEDORES, seu montante foi (i) levado em conta por todos SÓCIOS VENDEDORES na quantificação do imposto de renda devido sobre ganho de capital por eles auferido com a realização do negócio, nos termos do art. 140 do vigente Regulamento do Imposto de Renda ("RIR/99") e (ii) tratado desde então, por UBS PARTICIPAÇÕES, como componente do custo de aquisição das ações representativas do capital do IMPUGNANTE.

3.12. Tão logo consumada a aquisição do IMPUGNANTE, o GRUPO UBS deu início à reestruturação de suas empresas no Brasil, a qual foi finalizada em 01.05.2007, com a incorporação do BANCO UBS pelo IMPUGNANTE. A partir desse momento, o GRUPO UBS passou a atuar no Brasil através de uma única instituição financeira denominada Banco UBS Pactual S. A., formada pela união do BANCO UBS com o IMPUGNANTE.

3.13. O segundo negócio foi acertado em 11.05.2009, nos termos de contrato de compra e venda de ações do IMPUGNANTE ("CCV/09") que, a exemplo do CCV/06, também previa o fechamento da operação em data futura. O CCV/09 foi celebrado entre BTG INVESTMENTS LP, na qualidade de adquirente, e UBS AG, UBS INVESTIMENTOS, UBS INTERNATIONAL HOLDINGS BV e, ainda, WARBUCO NOMINEES LTD., na qualidade de vendedores.

3.14. O preço de aquisição das ações do IMPUGNANTE (à época denominado Banco UBS Pactual S.A.), previsto no CCV/09, ficou de ser pago por sociedade controlada pelo GRUPO BTG (i) na data de fechamento, ***parte em moeda corrente*** *e* ***parte mediante a assunção de obrigações dos vendedores****, consubstanciadas pelo VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO previsto no CCV/06, devido aos SÓCIOS VENDEDORES, dentre eles os integrantes do GRUPO BTG; e*

(ii) no prazo de um ano após a data de fechamento, uma parcela do preço devida ao GRUPO UBS.

3.15. Como medida preparatória para concretização da operação acima mencionada, o GRUPO BTG promoveu a constituição das seguintes sociedades no Brasil: (i) BTG Pactual INVESTIMENTOS S.A. ("BTG INVESTIMENTOS"), a quem coube a aquisição das ações representativas do capital do IMPUGNANTE, (ii) BTG Pactual PARTICIPAÇÕES II S.A. ("BTG PARTICIPAÇÕES II") e BTG Pactual Participações Ltda. ("BTG PARTICIPAÇÕES"), às quais couberam exercer o papel de holding dos investimentos do GRUPO BTG.

3.16. BTG INVESTMENTS LP cedeu a BTG INVESTIMENTOS, como estava previsto no CCV/09, todos os direitos e obrigações dele decorrentes e, na mesma data, houve o fechamento da operação com a aquisição da totalidade das ações representativas do capital social do IMPUGNANTE por BTG INVESTIMENTOS, mediante (i) o pagamento da parcela do preço devido ***à vista*** *ao GRUPO UBS, (ii)* ***liquidação de parte do VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO devido aos SÓCIOS VENDEDORES****, (iii)* ***compromisso de pagamento*** *de determinada parcela a prazo ao GRUPO UBS e (iv)* ***compromisso da liquidação da parte remanescente do VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO****.*

3.17. O custo de aquisição das ações do IMPUGNANTE foi registrado por BTG INVESTIMENTOS pelo correspondente valor de PLC, determinado mediante a aplicação do MEP; a parcela do preço de aquisição que excedeu esse valor motivou o registro de ágio, cujo fundamento se justificou pelas perspectivas de rentabilidade futura do investimento, demonstrada por estudo interno elaborado pelo GRUPO BTG, corroborado por Laudo de Avaliação econômico-financeira elaborado pela KPMG com data-base de 30.09.2009.

3.18. Parcela significativa da dívida de BTG INVESTIMENTOS referida em 3.16. foi assumida por BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II, nela incluída a dívida com os SÓCIOS VENDEDORES, e liquidada em dinheiro, exceto no que tange a parte da dívida para com alguns dos SÓCIOS VENDEDORES que, por integrarem o GRUPO BTG, optaram por capitalizar parte de seus créditos; em outras palavras, optaram por receber ações da devedora - e não dinheiro - em liquidação de parte de seus créditos. De qualquer modo, tais ações foram posteriormente resgatadas mediante a transferência de recursos financeiros.

3.19. Uma vez concretizado o negócio, BTG INVESTIMENTOS foi incorporada pelo IMPUGNANTE e o produto da amortização do ágio pago pela primeira na aquisição de investimentos no segundo passou a ser computado no lucro real e na base de cálculo da CSL da incorporadora.

3.20. Em síntese, esses são os eventos que motivaram a dedução do produto da amortização dos ágios relativos às duas

> *operações acima descritas da base de cálculo do IRPJ e da CSL devidos pelo IMPUGNANTE nos períodos coberto pelos AUTOS.*

Requer a nulidade dos lançamentos em razão de vício material insanável, com relação à determinação dos valores tributáveis nas autuações, nos seguintes termos:

> *4.2. Com efeito, conforme se pode verificar no próprio TVF (pág. 3), o IMPUGNANTE encerrou o período-base de 2011 com perdas no valor de R$ 263.081.656,04, quanto ao IRPJ, e de R$ 257.107.924,66, quanto à CSL. Ou seja, os resultados do referido período-base foram negativos, tanto no que se refere ao IRPJ quanto à CSL.*
>
> *4.3. Não obstante, após efetuar a glosa das despesas com amortização do ágio ora em discussão e reconstituir os resultados fiscais do IMPUGNANTE referentes ao ano-calendário de 2011, a fiscalização ignorou os resultados negativos verificados no referido período-base, tratando (e tributando) de forma isolada as despesas glosadas.*
>
> *4.4. Se o produto da amortização do ágio fosse indedutível, como sustentam os AUTOS: (i) o "resultado ajustado antes da compensação" do IMPUGNANTE relativo ao período-base de 2011 seria de R$ 663.568.767,48 (R$ 926.650.423,52 - R$ 263.081.656,04) e não de R$ 926.650.423,52, como consta do item 6. da pág. 13 do AUTO de IRPJ e (ii) a "base de cálculo ajustada" da CSL relativa ao mesmo período-base de seria de R$ 669.542.498,86 (R$ 926.650.423,52 - R$ 257.107.924,66), e não de R$ 926.650.423,52, como consta do item 7. da pág. 11 do AUTO de CSL.*

A referendar a argumentação colaciona jurisprudência do CARF (Acórdãos n° 3202-001284, 2402-004341, 2402-003715 e 3202-000633).

Se não acatada a nulidade por vício material, requer a retificação da base tributável.

No que se refere à glosa das despesas com amortização do ágio vinculado à compra das ações representativas do capital do impugnante pelo Grupo UBS, questiona a acusação de falta de propósito negocial, devido à utilização de empresa veículo, nos seguintes termos:

> *5.1.3. Até a edição da Lei n° 9.532/97, o ágio fundamentado nas perspectivas de rentabilidade do investimento era amortizado e o produto da amortização integrava as contas de resultados da investidora, diminuindo o lucro líquido do exercício; não obstante, não era levado em consideração na determinação do lucro real da investidora e, por isso, seu valor era adicionado ao lucro líquido para fins de tributação, só produzindo efeitos fiscais à época da baixa do investimento, em razão de sua alienação ou liquidação (arts. 391 e 426, II, do RIR/99).*
>
> *5.1.4. Com a Lei n° 9.532/97 (base legal do art. 386 do RIR/99), foram introduzidos em nossa legislação fiscal regras para disciplinar - de forma clara e sistemática - o tratamento fiscal do*

ágio no caso de fusão, cisão ou incorporação de empresas e essas normas tornaram viável o cômputo da amortização do ágio no lucro real mesmo antes da ocorrência dos eventos referidos no item anterior . Com efeito, dispõem os arts. 7º e 8º da Lei n° 9.532/97: [...]

5.1.5. Os artigos 7º e 8º da Lei n° 9.532/97 deixam claro, pois, que a pessoa jurídica que tenha adquirido investimentos com ágio (i.e., a investidora), ao incorporar a sociedade em que feito o investimento (i.e., a investida) ou ser por ela incorporada, podem atribuir efeitos fiscais à amortização do ágio, inclusive daquele fundamentado nas perspectivas de rentabilidade do investimento (art. 7º, III).

5.1.6. Como visto no trecho do TVF transcrito no item 5.1.1., acima, no entendimento da fiscalização, o fato de UBS PARTICIPAÇÕES ter existido por curto espaço de tempo e não ter incorrido em despesas operacionais seria suficiente para comprovar que ela teria sido utilizada com o exclusivo propósito de propiciar a amortização fiscal do ágio, mediante sua incorporação.

5.1.7. Embora - em termos legais - os fatos apontados pela fiscalização e transcritos no item 5.1.1. não justifiquem a indedutibilidade da amortização do ágio verificada com base nos eventos mencionados na Lei n° 9.532/97, no caso concreto, a presença de UBS PARTICIPAÇÕES no processo de aquisição do IMPUGNANTE, pelo GRUPO UBS, não propiciou qualquer economia fiscal diferente daquela que seria obtida caso a aquisição do IMPUGNANTE tivesse sido feita 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.

5.1.8.Com efeito, a participação de UBS PARTICIPAÇÕES na operação foi neutra, em termos fiscais. Como visto na seção 3 desta impugnação, 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.

5.1.9. A junção do IMPUGNANTE com o BANCO UBS não era apenas uma possibilidade teórica; foi um fato concreto, efetivamente ocorrido. Dir-se-á: mas a aquisição do IMPUGNANTE pelo BANCO UBS era apenas uma possibilidade teórica, pois não ocorrida de fato.

5.1.10. Mas se as coisas forem postas desta forma, os fatos efetivamente ocorridos foram (i) a aquisição do IMPUGNANTE por UBS PARTICIPAÇÕES e (ii) a incorporação do segundo pelo primeiro, e seus efeitos fiscais não poderiam ter sido rejeitados. 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; vantagem que não poderia ter sido obtida sem sua ocorrência.

5.1.11. Seria incongruente rejeitarem-se efeitos de atos legítimos, como os mencionados no item anterior, sob o argumento de que consubstanciariam uma incorporação exclusivamente destinada a propiciar o aproveitamento fiscal de ágio, quando uma incorporação apta a produzir os mesmos efeitos fiscais, motivada por propósitos negociais e geradora de sinergia, efetivamente ocorreu. E mais, como se demonstrará nos itens 5.1.18. e seguintes, as únicas sociedades do GRUPO UBS que poderiam, a rigor, adquirir o IMPUGNANTE eram o BANCO UBS, que com ele se juntou, UBS PARTICIPAÇÕES, com a qual o IMPUGNANTE também efetivamente se juntou, ou empresa semelhante criada no Brasil pelo GRUPO UBS.

5.1.12. 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.

5.1.13. Sendo incontroverso que o BANCO UBS poderia ter adquirido o IMPUGNANTE e que eles foram reunidos em uma só entidade, mediante incorporação do primeiro pelo segundo, também o é que aproveitamento fiscal do ágio pago na aquisição das ações do IMPUGNANTE pelo GRUPO UBS em nada dependia da participação de UBS PARTICIPAÇÕES ou de empresa do gênero no negócio; bastaria que os investimentos tivessem sido diretamente adquiridos pelo próprio BANCO UBS.

5.1.14. 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.

5.1.15. 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".

5.1.16. No que se refere especificamente à razão de UBS PARTICIPAÇÕES ter participado do negócio, juntamente com UBS INVESTIMENTOS, esclarece o IMPUGNANTE que ela 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.

5.1.17. No que se refere a (i), a neutralidade fiscal da atuação de UBS PARTICIPAÇÕES como adquirente das ações do BANCO PACTUAL foi demonstrada nos itens anteriores e a opção por sua utilização está ligada ao fato de essa estrutura ter-lhe parecido mais ágil, além de ser a mais comumente utilizada em operações do gênero realizadas no Brasil.

5.1.18. Quanto ao (ii) do item 5.1.16., a norma regulatória a que o IMPUGNANTE se refere é a Resolução do Conselho Monetário Nacional ("CMN") n° 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".

5.1.19. Como se observa, a Resolução CMN n° 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 (inciso III), ou por instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil ("BACEN"), como é o BANCO UBS (inciso II), mas não por sociedades com as características de UBS AG.

5.1.20. Nos autos do processo n° 16682.720.614/2012-61, 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 apresente impugnação como DOC. 02, 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 melhor 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 Pactual 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 Pactual S.A. de forma indireta, por meio da *holding* UBS Brasil Participações Ltda., pois esta era a correta interpretação, para o seu caso, do artigo 14 da Resolução CMN 3.040/2002.
>
> (...)
>
> 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 n° 277/2006 (aprovado pelo Voto CMN n° 093/2006) correspondeu à aquisição do Banco Pactual S/A nos exatos termos em que pleiteado pelo UBS AG: por meio da *holding* UBS Brasil Participações Ltda...." (Grifos do IMPUGNANTE.)

5.1.21. O Acórdão proferido pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ("CARF") no julgamento do processo n° 16682.720.614/2012-61 reconheceu a existência de uma "probabilidade" de a aquisição por UBS AG não ser aprovada pelo BACEN, por contrariar o texto da Resolução CVM n° 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 Pactual S/A seguiu os preceitos determinados em especial no art. 14 da Resolução CMN 3.040/02 e que decorrera 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. (...)
>
> 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." (Grifos do IMPUGNANTE.)

5.1.22. 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. Mas qual seria a outra opção dentre as previstas no art. 14 da Resolução CMN n° 3.040/02? A simples leitura do referido artigo evidencia que ela seria a utilização do BANCO UBS, mas se isso tivesse ocorrido, o ágio pago na aquisição do antigo Banco Pactual S.A. seria aproveitado fiscalmente, quando ocorresse a incorporação do adquirente pelo referido banco (o IMPUGNANTE).

5.1.23. As conclusões do Acórdão referido no item 5.1.21., acima, não parecem razoáveis. O simples risco de a autorização para compra do antigo Banco Pactual 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° 3.040/02 concluirá, sem maior indagação, que sociedades com atuação diversificada, como UBS AG, não está nele mencionada.

5.1.24. Como não poderia deixar de ser, a jurisprudência do CARF considera que a adoção de procedimento destinado a evitar riscos de perdas para o contribuinte é legítima e há que ser respeitada pela fiscalização mesmo que ele se apresente como a mais conveniente, em termos fiscais (repise-se, o que sequer ocorre no caso concreto).

5.1.25. Com efeito, no Acórdão n° 1402-001.310 (Relator ANTÔNIO JOSÉ PRAGA DE SOUZA, em 05.12.2012), o CARF analisou o conjunto de operações em que: (i) ACHÉ LABORATÓRIOS adquiriu com ágio investimentos em BIOSINTÉTICA; (ii) ACHÉ LABORATÓRIOS aumentou o capital social de DELTA PARTICIPAÇÕES, sua controlada, mediante o conferimento de seus investimentos em BIOSINTÉTICA; e, por fim, (c) DELTA PARTICIPAÇÕES foi incorporada pela BIOSINTÉTICA, que passou a amortizar o ágio citado.

5.1.26 Naquela ocasião, o CARF concluiu que a reestruturação não resultou no surgimento de um novo ágio e que a utilização de veículo (DELTA) não acarretou nenhuma economia tributária diferente daquela que já estava garantida caso ACHE incorporasse BIOSINTÉTICA, o que só não teria ocorrido por motivos extrafiscais. Dentre os motivos extrafiscais levados em consideração pelo CARF para a constituição de DELTA, encontrava-se a mitigação de riscos após o fechamento da operação, dentre os quais o de possível não aprovação da aquisição pelo CADE.

5.1.27. Tal como naquele caso, UBS PARTICIPAÇÕES foi constituída com o propósito de eliminar o risco (reconhecido pelo próprio Acórdão proferido no processo n° 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 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE"), enquanto que, no presente, do BACEN.

5.1.28. Não bastassem os fatos de (i) a participação de UBS PARTICIPAÇÕES não ser essencial ao aproveitamento fiscal do ágio e (ii) ter sido motivada para afastar o risco de a operação não ser aprovada pelo BACEN, sabe-se que, ao disciplinar com clareza o aproveitamento fiscal do ágio, a Lei n° 9.532/97 procurou tornar mais atraente o processo de privatização de empresas estatais, então em andamento no país, e o fez de forma a garantir a dedutibilidade da amortização do ágio em contrapartida da obtenção de preços mais elevados nos leilões de privatização.

5.1.29. Como observam JOÃO DÁCIO ROLIM e FREDERICO ALMEIDA, "o governo buscou tornar os investimentos nas estatais mais interessantes para os potenciais investidores, na medida em que os ágios pagos nos leilões de privatização de estatais pudessem ser deduzidos fiscalmente na apuração do Imposto de Renda e da CSLL desses investidores" ("O Ágio e Investimentos e o uso de Empresas-Veículo", in Revista Dialética de Direito Tributário n° 158, p. 65).

5.1.30. A esmagadora maioria das sociedades que apresentaram propostas nos leilões de privatização foram constituídas especificamente para participar dos mesmos. Não exerciam

atividades semelhantes às das empresas privatizadas, até mesmo porque muitas dessas últimas atuavam em áreas reservadas exclusivamente a estatais, sob o regime de monopólio. Por outro lado, era comum que as próprias regras dos editais de privatização exigissem a constituição de sociedade de propósito específico para proceder à liquidação financeira do preço de aquisição da empresa privatizada.

5.1.31. Assim, não existia sinergia que pudesse ser apresentada como justificativa para a junção da empresa privatizada com sua controladora, mediante a incorporação desta última pela primeira. Ou seja, na data em que promulgada a Lei n° 9.532/97, não existia nada que pudesse ser apresentado como propósito negocial de incorporações do gênero, sendo o aproveitamento do ágio por si só suficiente para justificá-la. Na realidade, a utilização de enviesa veículo para aquisição do investimento e posterior incorporação para fins de aproveitamento fiscal do ágio não só não foi vedada, mas até mesmo incentivada pelos referidos dispositivos legais, como se observa nos votos proferidos pelo Conselheiro VALMIR SANDRI, relator dos recursos objeto do Acórdão n° 1301-000.711, de 19.11.2001, e Acórdão n° 1301-000.999, de 07.08.2012, dos quais o IMPUGNANTE destaca o seguinte trecho:

> "Eis a questão: Estamos diante de um planejamento tributário?
>
> Utilizando o mesmo método da decisão recorrida, isto é, do método proposto por Marco Aurélio Greco, entendo enquadrar-se as operações na categoria das 'condutas desejadas (induzidas)' e das 'condutas positivamente autorizadas pelo ordenamento', cuja pecha de planejamento tributário inoponível ao fisco é rechaçada pelo próprio Greco, a saber:
>
> > 'Cumpre, desde logo, mencionar três conjuntos de situações que ficarão fora do presente estudo por não configurarem nem planejamento nem elisão. Estes três conjuntos têm em comum serem formados por condutas que recebem do ordenamento uma qualificação - pelo menos no plano teórico com maior grau de precisão, quanto ao modo pelo qual ele as trata.
> >
> > Ou seja, não obstante a imanente faixa de imprecisão (a fuzzyness) que cerca toda realidade e todo processo teórico que a ela se reporta, é possível, com pequeno grau de incerteza, identificar:
> >
> > • Condutas repelidas;
> >
> > • Condutas desejadas (induzidas); e
> >
> > • Condutas positivamente autorizadas pelo ordenamento.

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

As condutas desejadas (induzidas) pelo ordenamento, segundo Greco, são as seguintes:

> 'O segundo conjunto de hipóteses que deve ser apartado do planejamento tributário compõe-se das situações em que o ordenamento positivo deseja certo resultado e veicula preceitos no sentido de viabilizar ou induzir condutas dos destinatários da norma. E estas condutas podem, em certos casos, até mesmo levar a um tributo menor. Este conjunto engloba duas principais categorias:
>
> - a denominada extrafiscalidade pura; e, particularmente,
>
> - o engajamento do contribuinte em programas de incentivo.
>
> Menciono separadamente estas duas figuras, pois embora tenham base conceitual comum (utilizar o instrumento jurídico para induzir comportamentos humanos), a prática mostra que, por um lado, existem situações em que o objetivo visado pela norma é alcançado, por outro lado, o atingimento do objetivo depende de um maior esforço do destinatário, muitas vezes consistente na realização de investimentos vultosos ou na formulação de compromissos de desempenho (exportar, incrementar produção, etc).'

E exemplifica o ilustre tributarista:

> 'Em determinadas hipóteses, como por exemplo no caso dos produtos sem muita felicidade denominados "supérfluos" ou produtos de baixo grau de essencialidade, a maior carga tributária imposta pelo ordenamento induz o contribuinte a fazer uma substituição material e deixar de consumir determinado produto. Promover a substituição material e passar a consumir outro produto é realizar planejamento tributário? Não. Esta hipótese está fora do campo do planejamento porque de certo modo a conduta que implica menor carga tributária apresenta uma intersecção com sentido da diretriz inerente ao ordenamento. Em outras hipóteses, a submissão a um menor imposto sobre a renda depende da instalação de uma fábrica em determinado ponto do território nacional. Nestes casos, não há dúvida de que a conduta de seguir a diretriz da norma de incentivo fiscal acarretará menor carga tributária, mas este efeito é

> desejado pelo ordenamento. Ele quer tributar em menor dimensão os rendimentos que decorrerem de atividades econômicas que atendem à busca da redução das desigualdades regionais ou, então, os que resultem da exploração de determinada atividade, etc'

Greco ressalta ainda, que:

> 'O tema de incentivos e da extrafiscalidade é amplo e sua referência foi feita apenas para mostrar que há um conjunto de situações em que o contribuinte pode ser induzido, instado, estimulado a adotar certa conduta cujo instrumento para sensibilizá-lo é a previsão de vantagens no campo tributário, inclusive desonerações de carga tributária.
>
> Ora, quando o contribuinte decide agir no sentido indicado pelo ordenamento e, com isto, usufrui da menor tributação, não estamos perante hipótese de planejamento tributário nem de elisão.
>
> Em suma, não é a simples circunstância de haver um resultado favorável ao contribuinte que, ipso facto, trata-se de hipótese de planejamento ou elisão.'

Nesse diapasão, entendo que o fato inquinado de planejamento tributário, visto na inteireza, repito, o filme, é uma conduta desejada ou induzida pelo ordenamento jurídico, como robustamente demonstrado acima. Ora, o próprio intérprete autêntico, o legislador, reconhece isso, conforme se depreende da exposição de motivo da Comissão de Finanças e Tributação, que rejeitou a revogação do inciso III do artigo 7º da Lei n° 9.532/97, ao acolher o voto do Relator que, textualmente, assevera que este dispositivo teve a função de estimular 'o investimento em outras empresas e a reorganização societária, tão importantes num contexto de baixo crescimento econômico do país' sendo que 'o investimento em outras empresas e a reorganização societária contribuem para o fortalecimento das bases da economia nacional.'

E mais, é possível enxergar no filme todos aqueles atos praticados pela Recorrente, como sendo uma conduta 'positivamente autorizada' pelo ordenamento, consoante ensina Greco:

> 'Neste contexto situa-se a figura das opções fiscais, que são alternativas criadas pelo ordenamento, propositalmente formuladas e colocadas à disposição do contribuinte para que delas se utilize, conforme a sua conveniência.
>
> Estas estão fora do âmbito do planejamento, pois correspondem a escolhas que o ordenamento positivamente coloca à disposição do contribuinte, abrindo expressamente a possibilidade de escolhas. O

> ordenamento indica dois caminhos deixando ao contribuinte a escolha de seguir um ou outro, sendo que eventualmente um deles pode ser menos oneroso do que o outro. Nas opções estamos sempre perante hipóteses em que há uma escolha expressa que o ordenamento coloca à disposição do contribuinte, hipótese clássica de lei dispositiva.
>
> Por isso, a opção fiscal desenha uma hipótese de conduta positivamente autorizada pelo ordenamento. Não chega a ser hipótese de incentivo ou induzimento a determinada conduta, mas trata-se de uma escolha de ordenamento que expressamente cria e cujos efeitos tributários (de menor tributação) ele assegura. Trata-se de figura semelhante àquela que Hans Kelsen examina sob o nome de 'conduta regulada positivamente' ou 'liberdade em sentido positivo'.'
>
> No caso aqui discutido, além de ter sido uma forma de aumentar o preço das ofertas no leilão de privatização e estimular as reorganizações societárias (condutas induzidas), o artigo 7º da Lei n° 9.532/97, atribui ao contribuinte o termo 'a quo' para o exercício do seu direito de deduzir o ágio (opção fiscal), ao condicionar a dedutibilidade do ágio a partir do evento incorporação, fusão ou cisão, consoante explicitado no dispositivo.
>
> O fato é que a decisão sobre o evento de incorporação, fusão ou cisão compete exclusivamente aos acionistas das empresas, a ninguém mais, razão pela qual não vejo como atribuir a pecha de abusividade às operações praticadas pela contribuinte com o intuito de aproveitar a parcela do preço pago à União no leilão de privatização, denominado de ágio".

5.1.32. Na mesma linha que o pronunciamento acima mencionado, o CARF já afirmou, em muitas de suas decisões, que os arts. 7º e 8º da Lei n° 9.532/97 dispensam motivação, por serem normas indutoras do comportamento do contribuinte (Acórdãos n° 1402-00.802, Relator ANTÔNIO JOSÉ PRAGA DE SOUZA, de 21.10.2011; 1101-00.708, Relator WALMAR FONSECA DE MENEZES, de 11.04.2012; 1201-00.689, Relator RAFAEL CORREIA FUSO, de 08.05.2012; 1301-001.224, Relator EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JÚNIOR, em 11.06.2013; 1102-000.873, Relator JOÃO OTÁVIO OPPERMANN THOMÉ, em 11.06.2013; 1302-01.150, Relator ALBERTO PINTO SOUZA JÚNIOR, de 07.08.2013; e 1302-001.184, Relator ALBERTO PINTO SOUZA JÚNIOR, de 08.10.2013).

5.1.33. Note-se que a revogação do inciso III do seu artigo 7º (fundamento legal do artigo 386 do RIR/99) chegou a ser proposta pelo Projeto de Lei n° 2.922, de 2000, atualmente arquivado. Essa revogação foi contestada na proposta de emenda do Deputado Luiz Antonio Fleury (PTB-SP), cujos

fundamentos retratam com precisão o quadro então vigente e a razão de ser do referido dispositivo legal:

> "Propomos a supressão do dispositivo, tendo em vista afetar negativamente o tratamento contábil relativo às operações de reorganização societária e, consequentemente, o desenvolvimento da economia nacional.
>
> Como se sabe, os processos de privatização de empresas estatais e concessão dos serviços públicos têm justamente o objetivo de fortalecer a economia, transferindo aos particulares o controle e a administração de companhias estatais.
>
> Desta forma, andou bem o Estado ao promover a privatização de suas empresas, visando justamente incrementar a situação financeira-econômica do país. Inclusive, a forma de contabilização atualmente prevista no inciso III do art. 7º da Lei n.° 9.532, de 10 de dezembro de 1997, representou um incentivo para que as empresas privadas participassem dos programas de desestatização.
>
> Neste sentido, podemos até dizer que um dos principais incentivos apresentados pelos processos de privatização está inserido na seara fiscal, eis a razão pela qual o benefício fiscal do inciso III do Art. 7º da Lei n° 9.532, de 1997, se faz necessário.
>
> A amortização do ágio efetivamente pago, com o fundamento na rentabilidade futura da empresa adquirida, é perfeitamente justa. O ágio consiste num 'plus' no valor da empresa negociada, podendo ser bastante subjetivo, devendo, portanto, ser amortizado ao longo do tempo. O ágio, muitas vezes, representa um substancial valor no preço total de negociação de uma empresa. A amortização a longo prazo permite que a empresa adquirente consiga 'digerir' o investimento efetuado de forma equilibrada, o que incentiva as reorganizações societárias. As demonstrações financeiras da empresa adquirida, por meio de privatização ou não, registram apenas o valor contábil da própria empresa. O eventual ágio a ser pago, que pode ser bastante relevante, não integra o patrimônio líquido da empresa adquirida; na verdade, podemos dizer que representa uma despesa necessária (do ponto de vista da empresa adquirente) para a aquisição ou reorganização. Na categoria de despesa, deve ter o tratamento apropriado para tanto.
>
> Importantíssimo ressaltar que a amortização do ágio não traz qualquer lesão ao patrimônio público, até porque o assunto faz parte das normas contábeis e dos princípios geralmente aceitos. Ora, não se pode dizer que a aplicação de um princípio contábil, qual seja, amortização do ágio, traz lesão ao poder público, pois muitos desses princípios são legalmente previstos. Além disso, não há que se falar

> em prejuízo, porque prejuízo pressupõe a necessária apuração de perda, o que não é o caso.
>
> A amortização de ágio é uma tradição contábil e fiscal e representa a verdadeira harmonização entre as normas contábeis e o tratamento tributário. A supressão do referido inciso III do art. 7º da Lei n.° 9.532, de 10 de dezembro de 1997, representará um desastroso descasamento com relação a esses aspectos e terá consequências negativas, porque a proposta representa um desincentivo às reorganizações societárias (inclusive às privatizações), o que culminará com o enfraquecimento da economia nacional e, aí sim, o patrimônio público será lesado.
>
> Também é importante lembrar que a aprovação do dispositivo prejudica enormemente todas as reorganizações societárias praticadas por empresas privadas, e não só as vencedoras dos leilões de privatização. A aprovação do dispositivo seria um retrocesso na tentativa de reerguer o país, já que representa a imposição de mais um ônus injusto e desnecessário às empresas, e por consequência, à população em geral.
>
> O Brasil precisa de medidas construtivas, bem estudadas, para que finalmente consiga atingir o desejado equilíbrio econômico.
>
> Ante a todo o exposto, o mais correto é suprimir o referido art. 1º do Projeto de Lei n° 2.922, de 2000, que revoga o inciso III do art. 7º da Lei n.° 9.532, de 10 de dezembro de 1997, fazendo justiça ao próprio projeto de desenvolvimento econômico do país."

5.1.34. Em suma, mesmo que tivesse sido constituída com o único propósito de propiciar o aproveitamento fiscal do ágio - fato não ocorrido no caso concreto -, UBS PARTICIPAÇÕES apenas representaria um veículo criado para viabilizar o aproveitamento legítimo de tratamento fiscal expressamente disciplinado por lei: a Lei n° 9.532/97.

5.1.35. Na pág. 35, o TVF faz crítica especifica 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".

5.1.36. Ressalte-se desde já que a crítica feita no TVF é totalmente irrelevante para o presente processo. Os AUTOS tratam exclusivamente da glosa de despesas com amortização de ágio pelo IMPUGNANTE; assim, tendo em vista que UBS INVESTIMENTOS não foi incorporada pelo IMPUGNANTE, a existência ou não de registro do ágio vinculado aos investimentos que manteve no IMPUGNANTE não interferiu no

> *valor do ágio cuja amortização é contestada nos AUTOS. A alegada irregularidade verificada na apuração de ganho de capital na alienação das ações do IMPUGNANTE teria que ser tratada em processo específico, do qual o IMPUGNANTE não faria parte.*
>
> *5.1.37. De qualquer forma, 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 valor de registro do mesmo no BACEN. 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.*

Quanto à falta de elaboração tempestiva de demonstrativo do fundamento econômico do ágio, a Impugnante assim se manifesta:

> *5.2.2. Diz o TVF que "no presente caso, o que se constata é que o documento apresentado pela fiscalizada para o cumprimento do disposto na regra citada somente foi produzido em dezembro de 2007 (ver 2ª fl. do DOC AINF 46), embora o fechamento do CCV/2006 tenha ocorrido em dezembro de 2006". O documento a que o TVF ora se refere é o laudo de autoria da PricewaterhouseCoopers mencionado no item 3.10. acima, elaborado com base em fatos verificados à época do fechamento da operação para corroborar demonstrativo anterior preparado pelo GRUPO UBS.*
>
> *5.2.3. 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.*
>
> *5.2.4. 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. 03, estudo esse já apresentado no processo n° 16682.720.614/2012-61.*
>
> *5.2.5. Dispõe o § 3º do art. 20 do DL 1.598/77, 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 § 2° deverá ser baseado em demonstração

> que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração."
>
> *5.2.6. O dispositivo legal acima transcrito não define a forma do demonstrativo a que se refere nem o momento em que ele deve ser elaborado; apenas prevê que a "demonstração deve ser arquivada como comprovante da escrituração".*
>
> *5.2.7. 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.*

Colaciona doutrina a referendar a interpretação de que não haveria requisitos formais a serem observados na elaboração da demonstração dos fundamentos do pagamento do ágio, e de que, normalmente, depois da conclusão dos negócios, laudos de avaliação seriam produzidos com a finalidade exclusiva de atender à fiscalização. Entendem os doutrinadores que não se poderia condenar essa cautela e o laudo assim elaborado, desde que fiel às circunstâncias do negócio, poderiam complementar os elementos de prova, de modo a permitir que se alcançasse o elemento subjetivo - motivo determinante do pagamento do ágio.

Traz também jurisprudência do CARF no mesmo sentido (Acórdãos n° 1102-001084 e 1102-001018).

Nessa linha de entendimento, professa:

> *5.2.11. Ainda que se entendesse que os estudos realizados pelo GRUPO UBS seriam insuficientes para demonstrar o fundamento do ágio, tanto a doutrina quanto a jurisprudência anteriormente mencionadas admitem que preenchem essa função 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.*
>
> *5.2.12. Note-se que até mesmo a Lei n° 12.973, de 13.05.2014, que criou a obrigatoriedade da elaboração de laudo de avaliação para a comprovação do fundamento do ágio pago na aquisição de sociedades realizada a partir de 01.01.2015, admitiu que o referido documento fosse apresentado "até o último dia útil do 13° (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação".*
>
> *5.2.13. Registre-se, por outro lado, que a validade da comprovação do fundamento econômico do ágio em questão foi aceita pelo CARF no julgamento do processo n° 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.*

No que se refere à acusação de não pagamento efetivo de parte do valor devido de R$ 375.856.328,07, esclarece a Impugnante:

5.3.1. A terceira e última irregularidade mencionada no item 3.4. do TVF, transcrito em 3.23., está ligada à quantificação do ágio vinculado à aquisição do IMPUGNANTE pelo GRUPO UBS. Segundo o TVF, uma parcela do preço de aquisição das ações representativa do capital do IMPUGNANTE não teria sido efetivamente paga, qual seja, a parcela 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.

5.3.2. 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 por "estarem sujeitos a condições necessárias para que fossem liberados aos sócios vendedores de forma definitiva, e somente seriam liberados em julho de 2011, caso ocorressem essas condições".

5.3.3. 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.

5.3.4. Diz o TVF:

(...)

5.3.5. Ou seja, sustenta a fiscalização que o ágio correspondente à parcela do VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO paga com ações de BTG PARTICIPAÇÕES II não poderia ser amortizado fiscalmente por não ter ocorrido a circulação de recursos.

5.3.6. 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.

5.3.7. Ademais, as ações então emitidas por BTG PARTICIPAÇÕES II foram resgatadas pelos integrantes do GRUPO BTG logo em seguida, em 23.11.2010 (DOC. 04), tendo a maior parte do valor questionado pelos AUTOS (i.e. R$ 372.889.222,79) 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, o que se admite por argumentação, é irrefutável que houve efetiva circulação da parcela em questão.

5.3.8. 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 n° 01/2007, citado no TVF, é totalmente diferente da situação versada nos AUTOS.

5.3.9. 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).

5.3.10. 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.

5.3.11. 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).

5. 3.12 É o que se observa na Norma de Procedimento Contábil - NPC n° 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."

5.3.13. Neste particular, as novas normas contábeis são semelhantes às que lhe antecederam, como se observa no CPC n° 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."

5.3.14. Especificamente quanto à apuração de ágio na aquisição de participações societárias, dispõe o CPC n° 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.)"

5.3.15. 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.

5.3.16. 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.)

5.3.17. 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.

5.3.18. No curso do já referido Processo n° 16682.720.614/2012-61, o Impugnante apresentou parecer do Professor ELISEU MARTINS – ora anexado como DOC. 05 – que corrobora o entendimento mencionado nos itens anteriores. O parecer trata especificamente do cômputo 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, consequentemente 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."

5. 3.19 Vê-se, portanto, que, tendo a totalidade do VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO consubstanciado um passivo de UBS PARTICIPAÇÕES por ocasião da aquisição de investimentos no IMPUGNANTE, seu montante não poderia ter deixado de compor o custo de aquisição do investimento e, consequentemente, o valor do ágio vinculado ao mesmo.

5.3.20. Há precedentes do CARF favoráveis à dedução de despesas com amortização de ágio quantificado com base em preço de aquisição devido a prazo sem que esse aspecto tenha sequer sido objeto de questionamento pelo fisco ou pesado em decisão do CARF.

5.3.21. No Acórdão n° 1301-000.711 (referido no item 5.1.31.), por exemplo, foi analisada situação em que o preço da participação societária foi dividido entre "pagamento de 40% à vista e o restante em duas parcelas iguais, com vencimento em 04/08/1999 e 04/08/2000". Da mesma forma, no Acórdão n° 105-16.774, "a aquisição das quotas da CNM, (...) se fez através de um pagamento inicial de R$ 7.742.219,00 e de uma nota promissória com vencimento em um ano no valor de R$ 3.724.009,00". Nem por isso o CARF rejeitou a amortização do ágio.

5.3.22. 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. E mais, nem mesmo na hipótese de o montante da dívida do investidor ser reduzido, em razão de uma transação entre ele e seu credor deveria alterar o valor do ágio. Caberia ao devedor, neste caso, apenas registrar – e oferecer à tributação – ganho correspondente ao montante de seu débito cancelado, como ocorre na generalidade dos casos de perdões totais ou parciais de dívidas.

5.3.23. O ágio fundamentado em resultados de exercícios futuros é quantificado a partir das receitas que o adquirente espera obter em período que se segue à realização do negócio. Tão logo esse período se inicia, a rentabilidade do investimento cuja projeção justificou a estipulação do preço (com componente de ágio) começa a se verificar - se confirmada a projeção - ou a se frustrar; assim, a parcela do custo que corresponde a tais receitas deve ser baixada, mediante sua amortização[1], sob pena de o valor do investimento continuar a indicar a existência de receitas inexistentes, por corresponderem a períodos já transcorridos. Na medida em que o ágio seja encarado como um custo sujeito a amortização, não há como se desgarrar sua amortização do período de tempo correspondente à projeção dos resultados da investida que lhe deram causa e a data de pagamento do preço é irrelevante, neste particular.

5.3.24. Portanto, 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.

5.3.25. 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 foi gerada no primeiro contrato (CCV/2006) em favor dos sócios vendedores pessoas físicas e sua quitação foi dada no CCV/2009 por parte desses mesmos sócios, os sócios retornantes, mediante

[1] Com o advento das normas contábeis editadas para compatibilizar os procedimentos adotados no Brasil com os internacionais, o ágio de que ora se trata deixou de amortizado na contabilidade do contribuinte, mas esse aspecto não prejudica o que o IMPUGNANTE quer demonstrar, até mesmo porque a amortização prevalece para efeitos fiscais.

> emissão de ações com 90% de ágio de uma empresa criada com o fim específico de servir à recompra da fiscalizada. Esse valor serviu tanto para justificar ágio na compra da fiscalizada pelo GRUPO UBS como na recompra pelo Grupo BTG."

5.3.26. 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 na pág. 24 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.

5.3.27. Os investimentos dos SÓCIOS VENDEDORES no antigo Banco Pactual S.A. sempre foram estruturados por meio de holding, seja para viabilizar o exercício do controle do banco, seja para possibilitar a distribuição de lucros em bases desproporcionais, como é comum ocorrer em grupos do gênero.

5.3.28. Por isso, durante pelo menos os dez anos que precederam sua venda ao GRUPO UBS, o antigo Banco Pactual 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.

5.3.29. 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.

5.3.30. Quando BTG INVESTIMENTOS readquiriu o controle do IMPUGNANTE, pagou ao GRUPO UBS preço consistente no pagamento de uma parcela em dinheiro e de outra 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.

5.3.31. Os efeitos do pagamento, ao GRUPO UBS, de parcela do preço equivalente ao VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO mediante a assunção da obrigação de pagar idêntico valor aos SÓCIOS VENDEDORES equivaleram aos de uma circulação de dinheiro do GRUPO BTG para o GRUPO UBS. Essa foi, portanto, a forma de pagamento, ao GRUPO UBS, da parcela do preço correspondente ao VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO.

5.3.32. 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 (ver item 3.18.), tendo ela, por conseguinte, substituído BTG INVESTIMENTOS na qualidade de devedora das referida obrigações. Dentre essas obrigações encontrava-se a de pagar a parcela remanescente do VALOR DO PAGAMENTO DIFERIDO aos SÓCIOS VENDEDORES.

5 3.33. 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.

5.3.34. 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.

5.3.35. Em suma, a forma pela qual se deu a liquidação do montante em questão e, até mesmo, a sua efetiva liquidação são completamente irrelevantes para fins de cômputo e amortização do ágio. De toda forma, a discussão sobre a efetiva circulação do referido montante torna-se descabida à medida em que houve o resgate das ações em questão e a correspondente circulação de recursos.

5.3.36. Finalmente, a tentativa do TVF de questionar a existência de ágio, no caso concreto, com base no Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP n° 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.

5.3.37. 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.*

Quanto à acusação de falta de propósito negocial na utilização de empresa veículo, assim se pronuncia a defesa:

> *6.1.1. Considerando que, por razões lógicas, o GRUPO BTG se utilizaria de ao menos uma holding para a aquisição do IMPUGNANTE (ver itens 5.3.27. a 5.3.29., acima), a utilização de BTG INVESTIMENTOS, ou qualquer outra sociedade, não propiciou economia fiscal diversa daquela que seria igualmente obtida pelo GRUPO BTG caso as ações do IMPUGNANTE tivessem sido adquiridas por esta holding e, posteriormente, as duas entidades tivessem se unido por processo de incorporação.*
>
> *6.1.2. A jurisprudência do CARF é firme no sentido de que "a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9532/97 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° 1301-000711 (Relator VALMIR SANDRI, em 19.10.2011); 1402-000802 (Relator ANTÔNIO JOSÉ PRAGA DE SOUZA, em 21.10.2011); 1402-00993 (Relator LEONARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA, em 11.04.2012); 1301000999 (Relator VALMIR SANDRI, em 07.08.2012); 1402-001310 (Relator ANTÔNIO JOSÉ PRAGA DE SOUZA, em 05.12.2012); 1102-000873 (Relator JOÃO OTÁVIO OPPERMANN THOME, em 11.06.2013); 1402-001409 (Relator LEONARDO DE ANDRADE COUTO, em 10.07.2013); 1102-000982 (Relator RICARDO MAROZZI GREGORIO, em 04.12.2013); e 1301-001505 (Relator VALMIR SANDRI, em 06.05.2014).*
>
> *6.1.3. De resto, o IMPUGNANTE faz referência aos itens 5.1.29. a 5.1.34., no qual demonstrou-se que os arts. 7° e 8º da Lei n° 9.532/97 dispensam qualquer motivação negocial, por serem normas indutoras do comportamento do contribuinte.*

Quanto à falta de elaboração tempestiva de demonstrativo, elaborado em maio de 2010, acerca do fundamento econômico do ágio referente à aquisição da IMPUGNANTE pelo GRUPO UBS, ocorrida em setembro de 2009, reitera:

> *6.2.3. Ocorre que, como demonstrado na subseção 5.2., acima: (i) a legislação não impõe requisitos formais para a elaboração do demonstrativo, de modo que o mesmo não necessariamente precisa consistir em 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 (ii) também não se exige que o demonstrativo seja elaborado em momento anterior à transação, sendo plenamente aceito que o contribuinte possua estudo*

> *interno que demonstre a rentabilidade futura, e, em momento posterior à aquisição, obtenha laudo técnico que o corrobore. Este é o entendimento da doutrina, corroborado pela jurisprudência do CARF.*
>
> *6.2.4. Neste particular, o IMPUGNANTE junta o estudo interno realizado pelo GRUPO BTG antes da aquisição de suas ações, ora anexado como DOC. 06, que por si só, é suficiente para fins de demonstração do fundamento econômico do ágio.*
>
> *6.2.5. 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.*
>
> *6.2.6. 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 (que foi elaborado com data-base contemporânea à aquisição), seja por meio do estudo interno juntado à presente impugnação.*

Quanto à acusação de não pagamento efetivo de parte do valor devido de R$ 375.856.328,07, faz menção ao item 5.3 da impugnação, na qual pretendeu demonstrar que a forma de liquidação e a própria liquidação do passivo assumido na aquisição de participação societária seriam irrelevante para fins do cômputo de seu custo de aquisição e, portanto, para fins de amortização do ágio. Em suas palavras:

> *6.3.2. Ora, 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.*
>
> *6.3.3. Ademais, como também restou demonstrado na referida subseção 5.3., acima, os efeitos do pagamento, ao GRUPO UBS, de parcela do preço equivalente ao VALOR DO INVESTIMENTO DIFERIDO mediante a assunção da obrigação de pagar idêntico valor aos SÓCIOS VENDEDORES equivaleram aos de uma circulação de dinheiro do GRUPO BTG para o GRUPO UBS.*
>
> *6.3.4. De resto, a maior parte do montante em questão foi entregue aos integrantes do GRUPO BTG em moeda corrente em razão do resgate das ações de BTG PARTICIPAÇÕES II, sendo descabida afirmação feita pelo TVF de que não houve circulação de tais valores.*

Por fim, afirma a defesa a inexistência de norma que determine a adição de despesas com amortização de ágio ao lucro líquido para fins de apuração da base de cálculo da CSLL. Nas palavras da Impugnante:

> *7.1. Como visto anteriormente, sob as normas vigentes à época dos fatos, embora o produto da amortização do ágio fundamentado nas perspectivas de rentabilidade do investimento integrasse as contas de resultados da investidora, o mesmo deveria ser adicionado ao lucro líquido para efeitos de determinação do lucro real até que a pessoa jurídica que adquiriu investimentos com ágio incorporasse a sociedade em que feito o investimento, ou fosse por ela incorporada.*
>
> *7.2. Não há, à semelhança do que ocorre na legislação do IRPJ, norma que determine a adição do ágio amortizado à base de cálculo da CSL. Assim, a amortização do ágio afeta a base de cálculo da CSL independentemente da incorporação, liquidação ou da alienação do investimento.*
>
> *7.3. Nem todas as normas de IRPJ são aplicáveis automaticamente à CSL; apenas aquelas normas referentes "à administração, ao lançamento, à consulta, à cobrança, às penalidades, às garantias e ao processo administrativo" (art. 6º da Lei n° 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*[2] .
>
> *7.4. Tem-se, portanto, que, para fins de CSL, 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 CSL.*
>
> *7 5. Neste sentido, citem-se, ainda, as seguintes ementas de decisões proferidas pelo CARF especificamente 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,

[2] Comenta que apenas a partir da edição da Lei nº 12.973/14 teria passado a existir previsão de adição do ágio amortizado ao lucro liquido para fins de determinação da base de cálculo da CSLL, e tal norma não poderia retroagir para alcançar os fatos geradores ora objeto de lançamento de ofício.

> 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 n° 1301-001394, Relator CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER, em 22.10.2014)
>
> "Contribuição social sobre o lucro líquido CSLL. Ano calendário: 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 n° 1201-000830, 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 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 n° 103-22749, Relator MÁRCIO MACHADO CALDEIRA, em 06.12.2006)
>
> *7.6. Assim, os argumentos trazidos pela autoridade fiscal para sustentar a glosa da amortização fiscal de ambos os ágios (o registrado na compra original e o na recompra do IMPUGNANTE) para fins de IRPJ não são aplicáveis à CSL, seja porque a despesa com a amortização de tais ágios seria dedutível independentemente da incorporação de UBS PARTICIPAÇÕES e de BTG INVESTIMENTOS pelo IMPUGNANTE, seja porque a despesa com a amortização dos ativos diferidos[3] nos quais os mesmos se transformaram também é dedutível para fins da CSL.*

Protesta também contra a incidência de juros sobre as multas de ofício, a implicar uma indireta majoração da própria penalidade, e não se poderia falar em mora na exigência de multa. Nos termos da defesa:

[3] À época dos fatos, antes da convergência com as normas internacionais de contabilidade, o ágio fundamentado em rentabilidade futura, com a união de investidora e investida numa mesma entidade, se transformava em ativo diferido da resultante dessa junção de personalidades e patrimônios, passando a ser amortizado à razão de 20% ao ano (art. 1º, II da IN SRF nº 11/1999 e art. 6º, III da Instrução CVM nº 319/1999).

8.2. Com efeito, os artigos atualmente em vigor (art. 59 da Lei 8.383, de 30.12.1991, e art. 61 da Lei n° 9.430, de 27.12.1996), 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, não prevêem a possibilidade de cobrança dos juros sobre a multa de ofício.

Traz a colação jurisprudência do CARF:

"(...) JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. As redações do artigo 61 da Lei n° 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° 120100.587, de 16.09.2011)

"(...) JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE MULTA DE OFÍCIO. Incabível a incidência de juros sobre a multa de ofício por falta de previsão legal." (Acórdão n° 2202-002.260, em 16.04.2013)

"(...) TAXA SELIC. JUROS DE MORA INCIDENTE SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INAPLICABILIDADE. Os juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC não incidem sobre a multa de ofício lançada juntamente com o tributo ou contribuição, por absoluta falta de previsão legal." (Acórdão n° 2202-002.164, em 19.02.2013)

Em síntese, tem-se as considerações finais e pedido, conforme abaixo:

9.1. Em face de todo o exposto, conclui-se que:

(i) os ágios cujas amortizações motivaram a lavratura dos AUTOS resultaram de dois negócios legítimos, realizados entre partes independentes e motivados por interesses distintos (o que sequer é contestado), tendo a utilização de UBS PARTICIPAÇÕES sido (a) irrelevante para fins da amortização fiscal de ágio, uma vez que o BANCO UBS e o IMPUGNANTE foram reunidos em uma só entidade e (b) motivada pelas normas regulatórias emitidas pelo CMN; da mesma forma, BTG INVESTIMENTOS, ou qualquer outra sociedade, não propiciou economia fiscal diversa daquela que seria igualmente obtida pelo GRUPO BTG (formado por 32 pessoas físicas), que já teria que se utilizar de ao menos uma holding para a aquisição do IMPUGNANTE;

(ii) ainda que não se entenda pela procedência dos argumentos sintetizados acima, os arts. 7º e 8º da Lei n° 9.532/97 dispensam motivação negocial, por serem normas indutoras do comportamento do contribuinte;

(iii) os estudos internos elaborados pelo GRUPO UBS e pelo GRUPO BTG, juntados à presente impugnação, bem como os laudos apresentados à fiscalização, são suficientes a demonstrar

> *o fundamento econômico dos ágios em questão na expectativa de rentabilidade futura do IMPUGNANTE;*
>
> *(iv) no que se refere à parcela de R$ 375.856.328,07, trata-se de passivo efetivamente contraído na aquisição dos investimentos no IMPUGNANTE, motivo pelo qual deve ser levado em consideração para fins de amortização de ágio e, além disso, a maior parte do montante em questão (i.e. R$ 372.889.222,79) foi entregue aos integrantes do GRUPO BTG em moeda corrente em razão do resgate das ações de BTG PARTICIPAÇÕES II;*
>
> *(v) ainda que não prevaleçam as razões descritas acima, o que se admite apenas para fins de argumentação, deve ser cancelado o crédito tributário relativo à CSL porque não há norma que determine a adição de despesas com amortização de ágio (e dos ativos diferidos dele decorrentes) na sua base de cálculo;*
>
> *(vi) devem os AUTOS ser declarados nulos em razão de manifesto erro na apuração da exigência neles consubstanciada, ou, ao menos, devem ser retificadas as bases de cálculo do IRPJ e da CSL objeto dos AUTOS, a fim de refletir o valor adequado do débito em discussão, levando em consideração as perdas sofridas pelo IMPUGNANTE no ano-calendário de 2011; e*
>
> *(vii) não havendo previsão legal para a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício, é indevida a sua cobrança.*
>
> *9.2. Nessa conformidade, requer o IMPUGNANTE que sejam julgados nulos, ou, senão isso totalmente improcedentes os AUTOS, com a consequente extinção do crédito tributário deles decorrente.*

Os documentos de representação processual foram juntados às fls. 5607-5697, e a documentação comprobatória apresentada pela defesa às fls. 5698-5811.

A autoridade preparadora atestou a tempestividade da impugnação, e encaminhou o processo a julgamento em 28/01/2016, tendo sido distribuído à DRJ Ribeirão Preto/SP em 17/03/2016.

Em 17/05/2016, a interessada peticionou nos autos (fls. 5822), para requerer a juntada de "Parecer Econômico sobre os Aspectos Regulatórios vigentes quando da Aquisição do Banco Pactual S.A. pelo UBS AG", elaborado por Gustavo Loyola, por duas vezes Presidente do Banco Central, em que atesta a necessidade, no contexto regulatório vigente em 2006, de constituição de *holding* pura no Brasil para que uma sociedade estrangeira pudesse adquirir instituição financeira no Brasil – fls. 5823-5855. O Parecer estaria a reforçar o Parecer apresentado juntamente com a impugnação de Sérgio Darcy da Silva Alves "Participação Estrangeira e Controle Societário" – Doc. 02.

Analisando a impugnação apresentada, a turma julgadora de primeira instância julgou-a parcialmente procedente, cancelando parcela da exigência referente ao ano-calendário de 2011, com aproveitamento do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa de CSLL apurados no período. Houve interposição de recurso de ofício em relação ao tema.

O contribuinte foi intimado da decisão em 23 de fevereiro de 2017 (fl. 6351), apresentando recurso voluntário de fls. 6089-6148 em 24 e março de 2017 (fl. 6087). Em resumo, reafirma os termos de sua impugnação.

Por meio do expediente de fls. 6354-6399, a PGFN apresentou contrarrazões requerendo a confirmação da decisão de primeira instância e o consequente desprovimento do recurso voluntário.

Considerando que os patronos do contribuinte anexaram, após a apresentação de contrarrazões pela PGFN, as petições e documentos comprobatórios de fls. 6517-6824 a respeito do suposto propósito negocial na utilização de duas holdings em ambas as operação e da comprovação de que os estudos a respeito do ágio foram realizados previamente às operações, e que tais argumentos e documentos poderiam vir a ser considerados pelo colegiado em sua decisão, os autos foram encaminhados à PGFN para que, no prazo de 30 dias, se manifestasse a seu respeito. Requereu ainda a Recorrente a aplicação do art. 24 da LINDB para fins de cancelamento integral do lançamento.

A PGFN, por sua vez, rebateu cada um dos argumentos apresentados (fls. 6916-6950, reafirmando a necessidade de desprovimento do recurso voluntário apresentado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Relator.

1 ADMISSIBILIDADE

Em relação ao recurso voluntário, além de tempestivo, foram preenchidos os demais pressupostos para sua admissibilidade. Dele, portanto, conheço.

No que diz respeito ao recurso de ofício, o valor de tributo e multas exonerado impõe seu conhecimento.

2 RECURSO DE OFÍCIO

Argui a Recorrente que o lançamento seria nulo por erro na determinação das bases tributáveis, uma vez que a fiscalização teria deixado de recompor do lucro real e a base de cálculo da CSLL, no ano-calendário 2011, considerando o prejuízo fiscal e a base de cálculo negativa apurados no período.

A turma julgadora de primeira instância, examinando os autos, concluiu que, de fato, ao realizar o lançamento, a autoridade fiscal não levou em consideração bases de cálculo de IRPJ e de CSLL apuradas no período (prejuízo fiscal e bases negativas, respectivamente), procedendo ao ajuste do valor exigido de ofício por meio da recomposição das bases de cálculo desses tributos.

O equívoco cometido no lançamento é patente, implicando a retificação das bases de cálculo e a exoneração do crédito tributário tal qual decidido pela decisão *a quo*.

Desse modo, voto por negar provimento ao recurso de ofício.

3 NULIDADE DO LANÇAMENTO

Em relação à alegação da Recorrente de nulidade do lançamento em razão de erro na determinação da base de cálculo, há de se rejeitá-la de plano.

A nulidade no processo administrativo fiscal é regulada pelos arts. 59 a 61 do Decreto 70.235, de 06 de março de 1972, e alterações posteriores, abaixo transcritos:

> *Art. 59. São nulos:*
>
> *I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;*
>
> *II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.*

> *§ 1.º. A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.*
>
> *§ 2.º. Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.*
>
> *§ 3.º. Quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Acrescido pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/1993)*
>
> *Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior* ***não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo****, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.* (grifo nosso)
>
> *Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.*

No caso concreto, não houve qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa por parte da Recorrente, que, inclusive, em suas peças recursais, chegou a recalcular a exigência demonstrando qual seria a base de cálculo correta dos lançamentos levando-se em consideração o prejuízo fiscal e a base de cálculo negativa de CSLL apurados inicialmente pelo próprio contribuinte.

Eventual erro na base de cálculo do lançamento deve ser objeto de retificação dos valores exigidos de ofício, não havendo que se falar em nulidade do lançamento.

Por consequência, rejeito a arguição de nulidade suscitada.

4 MÉRITO

O presente litígio diz respeito a autos de infração de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) referentes aos anos-calendário de 2010 e 2011.

Segundo o Termo de Verificação Fiscal, a Recorrente foi autuada em razão de dedução indevida de despesa refrente à amortização de dois ágios, a saber:

- o primeiro, registrado em 2006 - e já objeto de autuação no processo 16682.720614/2012-61 relativo aos anos-calendário de 2007 a 2009. A operação que deu ensejo a formação de tal ágio diz respeito à aquisição Banco Pacutal pelo Grupo UBS;

- o segundo, registrado em 2009, com origem da recompra do mesmo Banco Pacutal pelo grupo BTG (o mesmo que, em 2006, havia o alienado ao Grupo UBS).

Para a autoridade fiscal autuante, os ágios teriam sido registrados em pessoas jurídicas sem qualquer propósito negocial ("empresas-veículo"), cuja finalidade fora apenas ter sua extinção subsequentemente decretada, com o único intuito de reduzir a carga tributária em arrepio à legislação tributária.

Aponta ainda a autoridade fiscal que os laudos apresentados para justificar o ágio, bem como fundamentar sua existência com base em rentabilidade futura dos investimentos adquiridos, seriam intempestivos, infringindo o disposto no § 3º do art. 385 do RIR/99. Em relação ao primeiro ágio, embora a aquisição do investimento tenha ocorrido em dezembro de 2006, o laudo apresentado fora elaborado somente um ano após (dezembro de 2007). No que atine à operação de recompra do Banco Bactual pelo grupo BTG, a aquisição se deu em setembro de 2009, e o laudo apresentado é datado de maio de 2010.

Consta ainda no Termo de Verificação Fiscal a ausência de pagamento efetivo de uma parcela do ágio (R$ 375.856.328,07). Tal montante teria servido "tanto para justificar ágio na compra da fiscalizada pelo Grupo UBS como na recompra pelo Grupo BTG", não sendo objeto de efetiva movimentação de recursos, tendo sido utilizado, ao final, tão somente para liquidar débito dos sócios em favor deles mesmos.

Peço vênia para descrever as operações realizadas a partir do exposto pela PGFN em suas contrarrazões, excluindo-se os pontos em que, além da descrição, possua qualquer juízo de valor exarado pela parte:

1º ágio – Aquisição do PACTUAL pelo Grupo UBS

> • 09/05/2006 – o banco suíço UBS AG celebra com o banco brasileiro PACTUAL S.A. e os seus sócios pessoas físicas a compra e venda do BANCO PACTUAL S.A. (CCV/2006). De acordo com a avença, em troca das ações do BANCO PACTUAL, o UBS AG se comprometeu a pagar um valor máximo de US$ 2,4 bilhões. Desse montante, US$ 920 milhões (R$ 2.037.940.006,36) iriam ser pagos à vista na data do fechamento (01/12/2006), corrigidos conforme cláusula 1.3 do CCV/2006. O restante seria pago em data posterior e poderia variar de US$ 740 milhões a US$ 1,48 bilhão, a depender do resultado do BANCO PACTUAL após a sua alienação (pagamento diferido).
>
> • 31/07/2006 – o UBS AG constitui no Brasil, não uma, mas duas sociedades holdings:
>
> - *UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA (**UBS INVESTIMENTOS**) e*
> - *UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA (**UBS PARTICIPAÇÕES**).*
>
> *[...]*
>
> • 01/12/2006 – nessa data são realizadas três operações:
>
> (i) o UBS AG aumenta e integraliza o capital social da UBS PARTICIPAÇÕES com R$ 2.045.685.177,00, que correspondia à época a US$ 920.000.000,00, valor do pagamento à vista, com a correção prevista na cláusula 1.3 do CCV/2006 (p. 32 do TVF).
>
> (ii) com o fechamento do contrato de compra e venda celebrado no dia 09/05/2006, a UBS PARTICIPAÇÕES, formalmente, adquire as ações do BANCO PACTUAL mediante o pagamento da parcela à vista e a assunção da dívida referente à parcela diferida. [...] Em face dessa operação, a UBS PARTICIPAÇÕES registra o investimento no BANCO

PACTUAL, desde já, pelo valor máximo que poderia ser pago com base na cláusula de desempenho do BANCO (equivalente a US$ 1,48 bilhão).

Considerando o valor de Patrimônio Líquido do adquirido, registra um ágio no valor de R$ 4.415.294.794,55;

(iii) o UBS AG aumenta e integraliza o capital da UBS INVESTIMENTOS, com a integralidade da participação na UBS PARTICIPAÇÕES (p. 32/33 TVF). Lembre-se que UBS INVESTIMENTOS é outra sociedade holding criada no mesmo dia da UBS PARTICIPAÇÕES [...].

• 04/12/2006 – no primeiro dia útil seguinte às operações anteriores, são realizadas novamente três operações:

(i) a UBS PARTICIPAÇÕES transfere a dívida assumida em face da aquisição do BANCO PACTUAL para a UBS INVESTIMENTOS, passando a registrar uma dívida em face da sua controladora direta;

(ii) a UBS INVESTIMENTOS aumenta e integraliza o capital da UBS PARTICIPAÇÕES mediante a capitalização do crédito que detinha (noutras palavras: *a UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA aumentou o capital da UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA em R$ 3.205.680.000,00 mediante assunção da dívida dos pagamentos diferidos que eram devidos pela UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA pela compra do Banco*) – perceba-se que, assim como os valores referentes ao pagamento à vista, o passivo referente à parcela diferida foi igualmente efêmero na empresa-veículo UBS PARTICIPAÇÕES;

(iii) a UBS INVESTIMENTOS, por sua vez, transfere para o UBS AG a dívida decorrente dos pagamentos diferidos, passando a esta a parte de sua participação na UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA, no equivalente ao valor exato dessa dívida (p. 33/34 TVF).

• 05/02/2007 – o BANCO PACTUAL incorpora a UBS PARTICIPAÇÕES, absorve o ágio de R$ 4.415.294.794,55 e passa a amortizá-lo e deduzi-lo fiscalmente. Como consequência dessa operação, o UBS AG passa a deter diretamente 61,04% das ações do BANCO PACTUAL, o restante é detido de forma indireta por meio da UBS INVESTIMENTOS, conforme assinalados às fls. 34 do TVF:

Em fevereiro de 2007, a **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES** incorporada pela fiscalizada e a **WARBUGO NOMINEES LTD** cedeu para a **UBS AG**. A estrutura societária final ficou assim (Ver 72ª fl. do DO - documento extraído das fls. 421 a 539 do e-Processo nº 16682.720.614/20

Figura 7 - Estrutura societária após a incorporação da UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTD INVESTIMENTOS LTDA e cessão de uma quota da WARBURGO para UBS

Da análise da contabilidade da **UBS BRASIL PARTICIPAÇÕ** (DOC AINF 227 - documento extraído das fls. 807 a 836 do e-16682.720.614/2012-61), verifica-se que o primeiro lançamento contábil n somente foi realizado em **27/11/2006** e que não houve nenhum registro rela

2º ágio – Recompra do PACTUAL pelo Grupo BTG

• 11/05/2009 – os antigos proprietários do BANCO PACTUAL resolvem recomprá-lo do UBS AG pelo valor de US$ 2,5 bilhões, mediante contrato de compra e venda assinado por UBS AG, UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA., UBS INTERNATIONAL HOLDINGS BV, WARBURGO NOMINEES LTDA. e BTG INVESTMENTS LP – CCV/2009.
• 18/09/2009 – na data do fechamento da operação, o grupo BTG voltou a deter a totalidade do controle acionário do Banco por intermédio de dois níveis de holdings: BTG PARTICIPAÇÕES II S.A, da qual era subsidiária integral BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A (BTG INVESTIMENTOS), ambas constituídas em 12/06/2009 – pouco depois do CCV/2009.

• Não obstante o CCV/2009 tenha sido firmado por BTG INVESTMENTS LP, os pagamentos foram efetuados por BTG INVESTIMENTOS e BTG PARTICIPAÇÕES II S.A., conforme detalhado às págs. 15/16 da DRJ. A autoridade fiscal destaca que boa parte desses pagamentos se destinou às pessoas físicas vendedoras da participação societária na primeira negociação do Banco, a título daquele pagamento diferido do CCV/2006, que era devido pelo Grupo UBS e foi assumido pelo Grupo BTG – sendo que R$ 375.856.328,07 foi liquidado mediante emissão de ações da BTG PARTICIPAÇÕES II.

• 29/04/2010 - BTG INVESTIMENTOS é incorporada pelo BANCO PACTUAL, passando o banco a considerar dedutíveis as amortizações do ágio.

Pois bem, passo à análise do tema.

Em relação ao primeiro ágio, a acusação do Fisco é que o investimento foi realizado pela empresa estrangeira (UBS AG), não havendo real confusão entre a real investidora e a investida (Banco Pactual). Para tanto, teria havido utilização de "empresas veículo" (UBS INVESTIMENTOS e UBS PARTICIPAÇÕES).

A Recorrente, por sua vez, aduz que não há previsão legal de necessidade de confusão patrimonial entre investidora e investida, sendo suficiente tão somente a ocorrência incorporação de patrimônio na qual a incorporadora detenha participação. Nesse contexto, entende ser o ágio pago em aquisição desse quilate um ativo, podendo ser transferido sem restrições.

Não refuta o fato de a aquisição do investimento em Banco Pactual pela UBS PARTICIPAÇÕES foi realizada por meio de ativos que foram integralizados na UBS PARTICIPAÇÕES pela UBS AG, contudo, argumenta que, sob a ótica jurídica, teria sido UBS PARTICIPAÇÕES a adquirente de BANCO PACTUAL. Salienta que qualquer sociedade, para ser constituída, necessita do capital de terceiros.

Por fim, aduz que a norma do art. 386 do RIR/99 possui caráter nitidamente indutor, não havendo que se falar em propósito negocial para as alterações societárias que levam ao aproveitamento do ágio, pois "o propósito negocial encontra-se na própria finalidade da norma indutora". Alega que o contribuinte não pode ser penalizado por ter agido conforme tal norma. A possibilidade de amortização do ágio seria um incentivo na aquisição de pessoas jurídicas, ainda mais se tratando de investidor estrangeiro que internalizam recursos tão importantes para o país.

Além disso, argumenta que houve propósito negocial na utilização das empresas veículo, pois UBS AG não poderia ter adquirido o investimento no BANCO PACTUAL de forma direta. Aduz ainda que a razão de UBS PARTICIPAÇÕES ter tomado parte do negócio está ligada a dois fatos: (i) irrelevância, em termos fiscais, de a compra do Banco Pactual S.A. ser feita diretamente por UBS PARTICIPAÇÕES ou pelo BANCO UBS, na medida em que sempre haveria junção, por incorporação, das sociedades envolvidas no negócio, o que de pronto afasta a acusação das autoridades fiscais de que tal empresa teria participado da aquisição do RECORRENTE apenas para propiciar uma vantagem fiscal indevida; e (ii) existência de norma de natureza regulatória que impediria que o adquirente do controle do Banco Pactual S.A. fosse UBS AG.

Pois bem, antes de adentrar na análise da operação em si, convém discorrer sobre a legislação tributária que rege a matéria, em especial sobre a necessidade de não se confundir o direito à contabilização do ágio com as condições para sua amortização, ao menos em termos fiscais.

Vejamos, com base no Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99), vigente à época dos fatos geradores, a legislação que rege a matéria:

> Amortização do Ágio ou Deságio
>
> Art.391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).

> 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). [grifo nosso]
>
> Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido
> Art.426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):
> 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;
> III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior. [grifos nossos]

Constata-se, assim, que, em regra geral, o ágio deverá ser ativado e utilizado como custo somente no momento da alienação do investimento, obviamente se essa vier a ocorrer.

Excepcionalmente, o ágio pode vir a ser amortizado, nos termos do art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99, *verbis*:

> Art.386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):
> [...]
> III- poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do §2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;
> [...]
> §6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):
> [...]
> II- a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária. [grifos nossos]

Para amortização do ágio, a meu ver, diversas premissas necessitam ser cumpridas. Tal entendimento vem sendo reiteradamente aplicado pela 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Em diversas situações como as ora tratadas, há inúmeros precedentes da 1ª Turma da CSRF firmando entendimento no sentido de que a amortização do ágio pago com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, com fulcro no art. 7º, inciso III da Lei nº 9.532/97, deveria atender, inicialmente, a quatro premissas básicas, quais sejam:

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

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

3) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura;

4) a extinção do investimento em razão da absorção do patrimônio da investidora pela investida, ou vice-versa, conforme prevê o art. 386, e seu inciso III, do RIR/99, ou seja, confusão patrimonial entre a real investidora e investida.

Nesse sentido, assim decidiu a 1ª Turma da Câmara Superior em sessão realizada em 18 de janeiro de 2018, acórdão 9101-003.363, voto vencedor do i. Conselheiro Rafael Vidal de Araújo:

> *ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.*
>
> *A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.*
>
> *Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se as investidoras reais transferiram recursos a "empresas veículos" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outras empresas e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve as pessoas jurídicas que efetivamente desembolsaram os valores que propiciaram o surgimento dos ágios, ainda que as operações que os originaram tenham sido celebradas entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.*

No caso concreto, a acusação contida no brilhante Termo de Verificação Fiscal elaborado pela autoridade fiscal autuante foi a artificialidade da operação buscando contornar a aplicação de tais normas imperativas que impunham a ativação do ágio na real investidora (art.s 391 e 426 do RIR/99), buscando posicionar a Recorrente diante de normas de contorno, quais sejam, o art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99, mediante operações societárias meramente com fins fiscais. Além disso, segundo a autoridade fiscal, os laudos apresentados pela Recorrente para justificar o ágio baseado em rentabilidade futura seriam extemporâneos, realizados quase um ano após as operações de aquisição.

Inicio a análise a partir da questão atinente aos laudos das duas operações de ágio em discussão.

Para a autoridade fiscal, os laudos deveriam ser contemporâneos ao registro do ágio, nos termos do § 3º do artigo 385 do RIR/99, contudo, na primeira operação, a aquisição se deu em dezembro de 2006 e o elaborado em dezembro de 2007, e, na segunda

operação, a aquisição ocorreu em setembro de 2009 e o laudo foi elaborado somente em maio de 2010.

Por sua vez, a Recorrente aduz que não havia exigência legal para apresentação de laudo, podendo ser demonstrado o fundamento econômico do ágio, no caso, a rentabilidade futura, com base em estudos/demonstrativos internos da adquirente. Cita jurisprudência e doutrina que embasariam suas fundamentações. A respeito de os estudos internos não estarem assinados e datados, argumenta que essas questão não retiraram seu caráter comprobatório, alegando haver tradução juramentada da documentação e também que houve um número expressivo de profissionais - de diversas áreas do GRUPO UBS - envolvidos em criteriosa avaliação do Banco Pactual S.A., na qual foram despendidas centenas de horas inclusive com participação de consultores externos, e que o GRUPO UBS e o Banco Pactual 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 Pactual S.A. não houvesse sido objeto de criteriosa avaliação, anterior à tomada de decisão.

Pois bem, em primeiro lugar, entendo que antes da vigência da Lei nº 12.973/14, não há que se falar em exigência de laudo.

Por outro lado, como bem asseverou a decisão recorrida:

> *A mudança legislativa operada pela Lei nº 12.973, de 2014, não tem o condão de reforçar a interpretação adotada pela defesa, porque apenas definiu um prazo (até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação) para que o laudo fosse **protocolado** na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou **registrado** em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, o que não quer dizer que o documento possa ser elaborado um ano após a data da operação, mesmo porque deve respaldar o desdobramento na contabilidade do custo de aquisição.*
>
> *De outro lado, convém reconhecer que a antiga "demonstração" do fundamento econômico do ágio, como sendo a rentabilidade futura do investimento, não tem qualquer semelhança com o atualmente exigido laudo, elaborado por perito independente, que deverá determinar o valor da mais-valia correspondente ao valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da participação adquirida.*
>
> *A partir do novo regramento, o **ágio** por rentabilidade futura (goodwill) corresponde **apenas** à diferença positiva entre o custo de aquisição do investimento menos a soma do valor do patrimônio líquido da investida e da mais-valia correspondente ao valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da participação adquirida.*

Desse modo, não há que se falar em aplicação retroativa do novo tratamento dado ao ágio pela Lei nº 12.973/14, tanto para afirmar que haveria necessidade de laudo antes da vigência dessa norma (como o fez a autoridade fiscal), quanto para permitir que antes da produção de seus efeitos pudesse ser apresentado ou protocolado no prazo de até 13 meses após a operação, nos termos requeridos pela defesa (nesse último caso, conforme já discorrido,

os laudos somente foram elaborados quase um ano após as operações, ou seja, nesse aspecto nem a novel legislação albergaria o comportamento adotado pela Recorrente).

A respeito do tema da suficiência de estudos internos para embasar o ágio registrado, tive oportunidade de participar do julgamento que resultou na lavra do acórdão 1402-002.336. Por ter concordado integralmente com o brilhante voto do ilustre Conselheiro Paulo Mateus Ciccone, reproduzo seus fundamentos:

> Principio pela análise da obrigatoriedade ou não da existência dos laudos e sua contemporaneidade às aquisições societárias havidas.
>
> A respeito prescreve a legislação (RIR/1999):
>
> > *Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido* ***deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em*** *(Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20): I – valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e*
> >
> > *II – ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.*
> >
> > *§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).*
> >
> > *§ 2º* ***O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico*** *(Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):*
> >
> > *I – valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;*
> >
> > *II – valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;*
> >
> > *III – fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.*
> >
> > *§ 3º* ***O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração*** *(Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).* (destacou-se)
>
> 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 nº 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° 1.598/1977 é singelo, determinando a indicação do fundamento do ágio por ocasião de sua contabilização. O parágrafo 3° 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 Filho[4] 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 d emonstre 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 1102-001.018, 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 te r 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).

[4] "Imposto de Renda das Empresas" - 10ª Ed. 2013 - Atlas – SP – pg.720

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 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).

Pois bem, nos autos constam os dois "laudos" (tidos pelo Fisco como extemporâneos) - fls. 121/199 (Detroit) e 200/234 (Atenas) e, em contraparte, há a juntada, pela recorrente, de centenas de documentos às fls. 2538/2574, 2659/2713, 2714/2775, 2776/2836, 2837/2862 que mostram as avaliações por ela procedidas antecipadamente à aquisição das empresas Detroit e Atenas e, óbvio, precedentemente aos laudos depois elaborados.

E aí cabe a pergunta central destes autos: seriam os documentos de fls. [...] suficientes para se entender como atendidos os preceitos do § 3º, do artigo 20, do DL nº 1.598/1977, ou os "laudos" (que, na visão fiscal, são extemporâneos), seriam obrigatórios para que a dedutibilidade das despesas geradas pela amortização do ágio se confirmasse?

Diversamente do pensamento da Autoridade Fiscal e da decisão recorrida e, em comunhão com as posições jurisprudencial e doutrinária, antes reproduzidas, penso que sim, os documentos (ou demonstrativos) juntados se prestam ao atendimento do citado dispositivo legal.

> É vero que os laudos foram elaborados após os eventos, em um caso, 10 meses depois, e, no outro, mais de quatro anos.
>
> Porém, também é inegável - até pela omissão da Lei -, que demonstrativos ou demonstrações, arquivadas ou exibidas ao Fisco, DESDE QUE CONTEMPORÂNEAS AOS FATOS, prestam-se a suprir a exigência.

Desse modo, a ausência de laudo contemporâneo às operações em questão, por si só, não seria suficiente a inviabilizar a amortização dos ágios em debate.

Há de se analisar, então, se os estudos prévios apresentados seriam aptos a comprovar que o fundamento econômico do ágio seria a rentabilidade futura do investimento adquirido.

Na primeira oportunidade que os presentes autos foram trazidos a julgamento, assim me manifestei:

> *Compulsando os elementos de prova trazidos aos autos, entendo que os mesmos não são hábeis a comprovar que o ágio pago tem como fundamento econômico do ágio a rentabilidade futura do BANCO PACTUAL, isso porque os documentos não são datados e tampouco assinados, impossibilitando aferir se foram, ou não, confeccionados previamente à aquisição do investimento, condição essencial a justificar a contabilização do investimento desdobrado em custo de aquisição e ágio por rentabilidade futura.*
>
> *Em relação ao primeiro ágio, a Recorrente apresentou ainda um Memorando sobre a avaliação na aquisição do Banco Pactual, acompanhado de tradução juramentada (fls. 6247-6287), por meio do qual se descreve o suposto procedimento adotado para avaliar o investimento a ser realizado e a justificativa para o pagamento do ágio baseado em rentabilidade futura. Ocorre, contudo, que tal memorando foi elaborado somente no final do ano 2012, ou seja, 6 anos após a realização da operação, aliás, à época da lavratura do primeiro auto de infração relativo à amortização de ágio daquela aquisição, tendo sido dirigido aos então patronos da Recorrente. Veja-se excerto dos documentos de fls. 6247 e 6248 com os destaques por mim inseridos:*

Tradução Juramentada
Official Translation from English into Portuguese
Identificação do documento original:
Pactual Valuation Memorandum
Título traduzido:
Memorando de Avaliação do Pactual
TRADUÇÃO No.13 **LIVRO No.26** **PÁGINA No.297**
Certifico e dou fé para os devidos fins que nesta data me foi apresentado um documento no vernáculo o qu
inglês no seguinte teor:

UBS
UBS AG
Postfach
8098 Zurich
Switzerland
Tel.: +41-44-497-81 11

Corporate and Institutional Clients
Business Development

Juerg Zimmermann
Talstrasse 41
8001 Zurich
Switzerland
Tel.: +41-44-234- 21 53
Fax: +41-44-234-34 36
juerg.zimmermann@ubs.com

www.ubs.com

Via Courrier
Estritamente confidencial

MACHADO MEYER
Attn: Sr. Celso Costa

Tradução Juramentada - Official Translation from English into Portu
Identificação do documento original:
Pactual Valuation Memorandum
Título traduzido:
Memorando de Avaliação do Pactual
TRADUÇÃO No.13 **LIVRO No.26** **PÁGINA No.298**

MEMORANDO

23 de novembro de 2012

Avaliação da Aquisição do Pactual

Portanto, entendo que o tal Memorando, elaborado 6 anos após a operação, não se reveste de documento hábil a comprovar o registro do investimento desdobrado em custo de aquisição e, em especial, ágio por rentabilidade futura.

No que diz respeito ao ágio da segunda operação, houve apresentação dos pretensos estudos internos também sem identificação de data ou dos responsáveis por sua elaboração (fls. 6324-6344), não sendo apresentados outros documentos, como o Memorando referente à primeira operação.

> *Desse modo, para ambas as operações, se não há dúvidas sobre a existência de ágio nas aquisições em questão, por outro lado, não há comprovação de que o ágio pago se deu em razão da rentabilidade futura, lembrando que dos três tipos de ágios previstos no § 2º do art. 385 do RIR/99, somente o ágio por rentabilidade permite sua amortização, nos termos do art. 386 do mesmo regulamento.*
>
> *Nesse cenário, a falta de comprovação de que os estudos apresentados foram elaborados contemporaneamente à aquisição do investimento, por si só, justificam a impossibilidade de amortização do ágio relativo às operações tratadas nos presentes autos.*

Em relação ao segundo ágio, mantenho o entendimento firmado anteriormente: não há qualquer documento que demonstre que os estudos internos apresentados sejam contemporâneos à operação, e, portanto, não há que se falar em amortização do ágio.

Contudo, em relação à primeira operação, conforme esclarecimentos prestados pela Recorrente (fls. 6698-6699), o Aditivo 1 à resposta dada em 19.07.2006 às solicitações feitas pelo Banco Central do Brasil (fls. 6790-6814), antes, portanto, da concretização da operação, deixam evidente a existência de **avaliação prévia** de PACTUAL pelo Grupo UBS com base no método do fluxo de caixa descontado, razão pela qual não há que se falar em ausência de estudo interno demonstrando que o ágio pago se deu a partir de projeção de rentabilidade futura tampouco questionar a contemporaneidade desse estudo à realização da operação.

Passo agora ao exame da acusação de utilização de empresas veículo.

Compulsando os autos, concluo que agiu corretamente a autoridade autuante.

Conforme já explanado, entendo existir a necessidade de confusão patrimonial entre a real investidora e a investida a fim de que o ágio possa vir a ser amortizado. Isso em regra, e para uma aquisição de investimento realizado por uma empresa situada no Brasil ou sem entraves de natureza regulatória que exijam que a operação seja realizada mediante a utilização de estrutura organizacional distinta.

Pois bem, embora concorde que não se pode determinar a existência de patologia fiscal simplesmente pela utilização de empresas veículos, no caso concreto, não me resta qualquer sombra de dúvida que as operações, da forma como foram arquitetadas, visaram a driblar a legislação de regência, buscando posicionar a Recorrente artificialmente perante as normas que permitem a **amortização** do ágio em operações societárias.

Em casos desse jaez, entendo que não se deve se apegar única e exclusivamente à capacidade operacional de sociedades utilizadas na aquisição do investimento, mas sim em seu propósito negocial, em especial, o porquê de sua constituição e interposição na operação de aquisição, assim entendida toda a fase entre aquisição e início da amortização dos ágios em questão.

Conforme já tive a oportunidade de me pronunciar em inúmeros casos atinentes à amortização de ágio mediante utilização de "empresas de passagem" ou "empresas veículo", há se analisar, em cada caso, se o único propósito de assim se proceder foi a

economia tributária, ou, de modo diverso, se há outros propósitos negociais que justifiquem a constituição de tal empresa[5].

No caso concreto resta evidente que quem realmente adquiriu o investimento foi UBS AG, situada no exterior. Nesse sentido, em uma primeira análise, percebe-se claramente que os investimentos realizados, e adquiridos com ágio, deveriam compor o ativo de UBS AG, situada no exterior.

Contudo, argumenta a Recorrente que, por questões de ordem regulatória, UBS AG não poderia adquirir o investimento em Banco Pactual de forma direta. Nesse cenário, por obrigatoriedade de normas regulatórias haveria a necessidade da utilização de uma holding nacional. Nesse sentido, anexou às fls. 5823-5855 "Parecer Econômico sobre os Aspectos Regulatórios vigentes quando da Aquisição do Banco Pactual S.A. pelo UBS AG", elaborado por Gustavo Loyola, por duas vezes Presidente do Banco Central, em que se atesta a necessidade, no contexto regulatório vigente em 2006, de constituição de *holding* pura no Brasil para que uma sociedade estrangeira pudesse adquirir instituição financeira no Brasil. O Parecer estaria a reforçar o Parecer apresentado juntamente com a impugnação de Sérgio Darcy da Silva Alves "Participação Estrangeira e Controle Societário".

Segundo a Recorrente, UBS AG não poderia figurar como adquirente direta das referidas ações em razão de norma regulatória do setor financeiro, mais especificamente a Resolução do CMN n° 3.040, de 28.11.2002, cujo art. 14 assim dispõe:

> *Art. 14. As participações societárias diretas que impliquem controle das instituições referidas no art. 1°, 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. [grifos nossos]*
>
> *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."*

Pois bem, compulsando os autos, concluo assistir razão à Recorrente. De fato, o inciso III do art. 14 da Resolução do CMN n° 3.040/2002 determinava que somente poderiam adquirir o controle de instituições financeiras situadas no Brasil pessoas físicas, instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central e outras pessoas

[5] Nesse sentido, no Acórdão 1402-001.954 votei por dar provimento ao recurso do contribuinte por entender justificada a utilização de uma empresa enquadrada como "veículo" pela autoridade fiscal lançadora, mas que restou configurada, em realidade, como sociedade de propósito específico, e não constituída com o fim único de angariar vantagem tributária de forma artificial. Entendimento semelhante encontra-se nos Acórdãos 9101-003.609 e 9101-003.610, julgamentos em que atuei como suplente na Câmara Superior de Recursos Fiscais e apresentei declarações de voto.

jurídicas, que tenham por objeto social exclusivo a participação societária em instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil (inciso III). Ocorre que UBS AG possuía outros objetos sociais em seus estatutos, o que a levou a constituir uma holding no Brasil a fim de que essa, com objeto social exclusivo a participação societária em instituições financeiras autorizadas a funcionar a pelo Banco Central, pudesse ser utilizada para viabilizar a operação.

Tal conclusão é corroborada pelo Parecer de fls. 5823-5855, sendo possível afirmar que, no mínimo, haveria dúvida absolutamente fundada se a UBS AG poderia adquirir diretamente o Banco Pactual. Veja-se sua conclusão firmada à fl. 5.850:

> Pelo exposto, conclui-se que, em 2006, a aquisição de um banco mú
> por uma instituição financeira sediada no exterior e com atividade
> (como era o caso do UBS AG), ter ocorrido através de *holdings* c
> objeto social exclusivo a participação societária em instituições finan
> instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil esta
> normativo do Conselho Monetário Nacional. Essa forma atendia à
> racionalidade econômica dessa regulação, que impõe que uma emp

Ora, o fato de posteriormente o Banco Central ter permitido que UBS AG detivesse o controle direto de outras instituições financeiras não desnatura o justo receio que a adquirente da operação se cercasse de garantias, à época do fechamento do negócio, que não haveria óbices de natureza regulatória que inviabilizasse a operação pretendida, mormente em razão de posteriores alterações dessas normas regulatórias.

Portanto, entendo restar justificada a constituição de uma holding por UBS AG que fosse a responsável pela aquisição formal do controle de Banco Pactual (poderia ser tanto UBS PARTICIPAÇÕES ou UBS INVESTIMENTOS).

Contudo, se por obrigatoriedade de normas regulatórias havia a necessidade da criação de uma holding nacional, a não ser por questões meramente tributárias, nada justificaria a interposição de uma segunda holding, a qual serviu tão somente para permitir a incorporação entre a holding nacional que transferiu os recursos para a aquisição de investimento no Banco Pactual e a própria investida, mantendo-se, assim, o controle indireto da empresa situada no exterior (UBS AG) a fim de que não houvesse impedimento na realização da operação em razão das normas regulatórias expedidas pelo Banco Central do Brasil e pelo Conselho Monetário Nacional.

Embora, de acordo com o Parecer elaborado pelo ex-presidente do Banco Central se impusesse, à época, a constituição de uma holding no Brasil para que o investidor estrangeiro pudesse adquirir o investimento em questão, nada justifica a criação de uma segunda holding, no caso, a UBS INVESTIMENTOS. Ora, se o objetivo fosse somente viabilizar a aquisição do investimento, entendo que se justificaria a criação da UBS PARTICIPAÇÕES, sua capitalização e, caso viesse a ser incorporada pela Recorrente, a amortização do ágio. Mas não foi isso o que ocorreu: após a capitalização de UBS PARTICIPAÇÕES e aquisição do investimento no Banco Pactual, utilizou-se de uma segunda holding (UBS INVESTIMENTOS, controlada direta de UBS AG), que passou a controlar UBS PARTICIPAÇÕES (e essa passou a ser controlada indireta de UBS AG).

Somente a partir desse último passo é que se viabilizou a confusão patrimonial em questão, ou seja, demonstra-se que o objetivo da Recorrente foi efetivar a confusão patrimonial a todo modo, ainda que se fizesse necessária a constituição de duas holdings a fim de fazer valer seu intento de amortização do ágio.

Se a intenção fosse meramente a criação de uma empresa no Brasil a fim de transpor os óbices regulatórios para aquisição do investimento, UBS INVESTIMENTOS não precisaria ser criada e interposta na operação, bastando a utilização de UBS PARTICIPAÇÕES. Mas se assim tivesse agido a Recorrente, não haveria como se colocar em prática a "confusão patrimonial" exigida por lei, razão pela qual a Recorrente lançou mão da interposição de uma segunda holding (UBS INVESTIMENTOS), a fim de que, aparentemente, pudesse ocorrer a extinção do investimento por meio da incorporação reversa entre investida (Banco Pactual), e sua investidora (UBS PARTICIPAÇÕES).

Nos moldes realizados, não há dúvidas de que houve a utilização de mera empresa veículo na operação.

Por meio da petição de fls. 6551-6529 procurou esclarecer o porquê da utilização de uma segunda holding na operação:

- a criação da UBS INVESTIMENTOS em nada se relacionaria com o aproveitamento do ágio, estando tão somente ligada ao registro de investimento em moeda estrangeira no BACEN;

- (i) a adquirente dos investimentos em PACTUAL, como visto, teria que ser a UBS PARTICIPAQOES ou sociedade com as mesmas características; (ii) ao proceder d aquisição de PACTUAL, UBS PARTICIPAÇÕES pagou parte do prego de aquisição à vista ficando responsável pelo pagamento do saldo devedor do preço: (iii) os vendedores, ou seja os antigos acionistas de PACTUAL, desejavam ser credores de UBS AG, e não de UBS PARTICIPAÇÕES ou UBS INVESTIMENTOS, mesmo que UBS AG se apresentasse como garantidora da dívida; (iv) em vista disto, UBS AG assumiu diretamente a obrigação de pagar o saldo devedor do prego de aquisição de PACTUAL; mas (v) havia dúvidas quanto à possibilidade de a remessa de recursos ao Brasil, destinados ao pagamento de dívida proveniente de terceiros (UBS PARTICIPAÇÕES), ser registrada como investimento estrangeiro no BACEN; por essa razão, teria havido a criação de UBS INVESTIMENTOS;

- Argumenta que caso o BACEN entendesse que a transferência de recursos para o Brasil destinada ao pagamento de obrigação assumida de terceiros não fosse apta a gerar registro de investimento estrangeiro, como estava sendo sustentado pelos advogados que patrocinavam os interesses de UBS AG à época, UBS AG remeteria recursos a UBS INVESTIMENTOS, a titulo de aumento de capital, para que ela pagasse a dívida para com os vendedores de PACTUAL, sem o risco de que essa remessa deixasse de ser registrada como capital estrangeiro. UBS INVESTIMENTOS teria sido extinta somente quando houve a venda da participação para PACTUAL, uma vez que a dívida existente foi por esta empresa assumida;

- finaliza aduzindo que UBS INVESTIMENTOS foi absolutamente irrelevante para a operação e que esse mero detalhe não poderia surtir efeitos quanto à legítima possibilidade de amortização do ágio.

Tais argumentos não me convencem. Como bem salientou a PGFN (fls. 6941-6942) se a holding (UBS AG) necessitava de um "plano B" para canalizar os pagamentos aos vendedores do investimento, registrando-os como investimento estrangeiro, UBS PARTICIPAÇÕES poderia cumprir tal papel, uma vez que a dívida em questão foi feita por ela própria, sendo absolutamente mais corente que essa mesma sociedade fosse utilizada para canalizar os recursos provenientes do exterior com origem em sua holding controladora (UBS AG).

Ao contrário do alegado pela Recorrente, o papel de UBS INVESTIMENTOS foi essencial para o início da amortização do ágio, uma vez que, somente com a utilização de uma holding no Brasil controlando diretamente o investimento realizado no em PACTUAL conforme a própria tese da Recorrente, jamais viabilizaria a confusão patrimonial exigida pela legislação para que o ágio, ainda que legitimamente surgido, pudesse vir a ser amortizado.

E não há que se falar em inovação do lançamento, pois a acusação da autoridade fiscal, qual seja, a utilização de empresa veículo na operação, resta evidente na operação, podendo ser considerado que quaisquer das duas holdings (UBS PARTICIPAÇÕES e UBS INVESTIMENTOS) poderia ser necessária para a aquisição do investimento sem a utilização da segunda, ao passo que, ao utilizar-se das duas empresas em etapas distintas da operação, qualquer uma delas pode ser considerada empresa veículo na operação como um todo.

Ou seja, no caso concreto, ainda que se considere válida a utilização da UBS PARTICIPAÇÕES na aquisição do investimento - a fim de dar ares de legalidade à operação de modo a indicar que a formação do ágio teria cumprido os requisitos legais estabelecidos (em especial o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; a realização das operações originais entre partes não ligadas; seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura) – a Recorrente teria se utilizado de uma segunda sociedade criada no Brasil, no caso, UBS INVESTIMENTOS.

Para que o ágio com fundamento em rentabilidade futura possa compor o resultado do período, o regulamento do imposto de renda impõe, em regra, a alienação do investimento – nesse caso, na forma de custo de aquisição -, ou, em situação de exceção, mediante amortização, desde que haja incorporação, fusão ou cisão entre investidora e investida (art. 386, caput e inciso III), ainda que de forma reversa (art. 386, § 6º, II).

Saliento ainda que a tese de que os artigos 7º e 8º Lei nº 9.532/97 trouxeram um benefício fiscal relativo à amortização do ágio não prospera. A esse respeito, reproduzo excerto do voto do i. Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé no bojo do acórdão 1102-000.873:

> *A profunda alteração levada a efeito pela Lei nº 9.532/97 consiste no seguinte: antes dela (na vigência do art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77), era absolutamente irrelevante (nos casos de incorporação, fusão ou cisão) o fundamento no qual baseava-se o anterior registro do ágio ou deságio. Bastaria à pessoa jurídica avaliar o acervo líquido recebido a preços de mercado, e toda a diferença entre este acervo e o valor contabilmente registrado, relativo à participação societária extinta, era imediatamente deduzido como perda, para fins fiscais, qualquer que fosse o fundamento daquele ágio.*

Após a Lei nº 9.532/97, nos casos de incorporação, fusão ou cisão, o ágio fundamentado em rentabilidade futura não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, senão de forma "parcelada" em, no mínimo, cinco anos; o ágio fundamentado na diferença entre o valor contábil e o valor de mercado de bens do ativo não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, senão de forma também "parcelada", acompanhando a depreciação, amortização, ou exaustão normal do bem; e o ágio baseado em outros fundamentos econômicos não apenas não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, como ainda sequer pode ser amortizado ao longo do tempo.

A nova lei, portanto, possui caráter manifestamente anti-elisivo. Não somente pelo seu próprio conteúdo normativo, já que a partir de sua edição foram sensivelmente restringidas as possibilidades de dedução do ágio, conforme acima exposto, como também pela própria manifestação do legislador, contida na exposição de motivos ao art. 8° da MP 1.602/97, posteriormente convertido no art. 7° da Lei nº 9.532/97, verbis:

> *"O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.*
>
> *Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.*
>
> *Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo."*

Este ponto merece ser melhor explicitado, visto que há muitos juristas e doutrinadores - quiçá a maioria, até - que tratam os referidos artigos 7º e 8º como um incentivo fiscal às privatizações. Contudo, o entendimento aqui exposto não é isolado, e, neste sentido, transcrevo excerto de manifestação de Luís Eduardo Schoueri em recente livro[6] a respeito do tema:

> *"Muitos acreditam que a referida lei constituiu incentivo fiscal às privatizações. Neste sentido é o entendimento de Roberto Quiroga Mosquera e Rodrigo de Freitas, quando estes assinalam que o tratamento fiscal conferido ao ágio pela Lei nº 9.532/1997 'foi estabelecido no contexto de incentivo às privatizações, em que o Estado brasileiro tinha interesse em oferecer condições vantajosas aos adquirentes e, com isso, conseguir melhores preços'.*

[6] SCHOUERI, Luis Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo: Dialética, 2012, p. 66-68.

> *O mesmo raciocínio pode ser visto em Marcel e Michel Gulin Melhem, segundo os quais uma (e talvez a principal) das razões para a criação das normas sobre dedutibilidade do ágio na incorporação teria sido o incentivo ao "então chamado Programa Nacional de Desestatização, tornando as empresas estatais mais atraentes aos investidores privados, uma vez que o ágio eventualmente pago nos leilões de privatização poderia ser deduzido fiscalmente". É, ainda, o mesmo entendimento de João Dácio Rolim e de Frederico de Almeida Fonseca, para quem um dos motivos para o tratamento dado ao ágio pela Lei nº 9.532/1997 "foi o de fomentar o chamado 'Programa Nacional de Desestatização do Governo Federal'".*
>
> *Tal posicionamento não deixa de ser curioso. Afinal, se anteriormente o ágio era deduzido integralmente, a imposição de restrições não poderia ser considerada um incentivo. A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino esse intuito de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipótesese em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que os justificassem.*
>
> *Segundo as palavras utilizadas à época pelo Poder Executivo para justificar a introdução de disciplina diferenciada para o ágio conforme sua fundamentação, houve a necessidade de se coibir planejamentos tributários consistentes na aquisição com ágio de empresas deficitárias e posterior incorporação que fizesse com que o ágio fosse deduzido na empresa lucrativa.*
>
> *Como antigamente não havia qualquer coerência e consistência para a dedução do ágio, a falta de regulamentação específica estava sendo utilizada para distorcer a lógica do sistema, o que gerou motivação suficiente para que o legislador barrasse esses artifícios prejudiciais à completude do ordenamento jurídico."*

Ainda que possa não ser o entendimento dominante, também no CARF se encontram manifestações no mesmo sentido do quanto exposto no presente voto. Peço vênia para transcrever trecho do voto proferido pelo ilustre Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, no acórdão nº 101-95.786, de 18 de outubro de 2006, à época acompanhado por unanimidade pela antiga Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes:

> *"Antigamente, o Decreto 1.598/77, em seu artigo 34, atual artigo 430 do RIR/99 (...)*
>
> *Não havia prazo mínimo para esta operação de registro da perda, certo que alguns contribuintes, fortes na avaliação apenas de bens tangíveis e ignorando a valorização de intangíveis, registravam perdas quase pela totalidade do ágio pago na aquisição. E isso em operações muitas das vezes instantâneas.*
>
> *(...)*

> *A motivação para a nova regra teve caráter antielisivo, conforme a exposição de motivos ao artigo 8° da MP 1.602/97, convertido no artigo 7° da Lei 9.532/97, verbis:*
>
> *(...)*
>
> *A única conclusão possível, portanto, é que a nova regulamentação, além de tomar despicienda qualquer avaliação de acerco líquido quando existente ágio ou deságio, criou prazo mínimo para a amortização, no caso 5 anos, como forma de evitar o ganho fiscal imediato que anteriormente se obtinha, pelo reconhecimento a um só tempo da diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido.*
>
> *No entanto, não há na norma qualquer permissão para que tal efeito represente um ajuste ao lucro líquido, mediante exclusão no LALUR. O fato é contábil, representativo do controle na escrituração da amortização do ágio após a incorporação. Como bem observou a decisão recorrida, apenas se a amortização ultimar-se em período anterior a cinco anos, haverá necessidade de ajustes por adição e exclusão, para respeito ao prazo mínimo definido na norma."*

O entendimento, data vênia equivocado, de que o referido artigo veicularia incentivo fiscal foi tão veemente e reiteradamente alardeado, que na própria Câmara de Deputados foi debatido um projeto de lei visando à revogação do "benefício fiscal" previsto no inciso III do artigo 7º (que trata da amortização do ágio fundamentado em expectativa de resultados futuros).

De fato, o então Deputado Valdemar Costa Neto apresentou o Projeto de Lei n° 2.922-A, de 2000, por meio do qual propunha, em seu artigo 1°, a revogação do inciso III do art. 7º da Lei n° 9.532/97, ao argumento de ser "completamente absurdo o beneficio fiscal que ela concedeu as empresas vencedoras dos leilões de privatização de empresas estatais".

Ainda, posteriormente, foi apresentada emenda, pelo Deputado Luiz Antonio Fleury, a este projeto de lei, propondo a supressão da revogação antes proposta, na qual, mais uma vez, deu-se ao referido artigo a conotação de incentivo fiscal, verbis:

> *"Inclusive, a forma de contabilização atualmente prevista no inciso III do art. 7º da Lei n.° 9.532, de 10 de dezembro de 1997, representou um incentivo para que as empresas privadas participassem dos programas de desestatização.*
>
> *Neste sentido, podemos até dizer que um dos principais incentivos apresentados pelos processos de privatização está inserido na seara fiscal, eis a razão pela qual o beneficio fiscal do inciso III do art. 7º da Lei n° 9.532, de 1997, se faz necessário."*

O Relator da matéria na Comissão de Finanças e Tributação, Deputado Antonio Cambraia, em seu voto, acolheu integralmente as ponderações apresentadas pela emenda supressiva, ressaltando que, por meio do artigo da Lei n° 9.532/97 em questão, "estimula-se o investimento em outras

empresas e a reorganização societária, tão importantes num contexto de baixo crescimento econômico do pais".

O Projeto de Lei n° 2.922-A foi rejeitado, no mérito, por unanimidade, tendo sido arquivado em 02/12/2004, consoante informações obtidas em www.camara.gov.br.

O entendimento de que se trata de um incentivo fiscal tem permeado as mais recentes decisões do CARF a respeito do tema. Neste contexto foram proferidos diversos dos acórdãos citados pela recorrente em sede de recurso e memoriais apresentados, bastando a tanto citar o Acórdão nº 1301-000.711 (Tele Norte Leste, de relatoria do ilustre Conselheiro Valmir Sandri) e o Acórdão nº 1402-000.802 (Banco Santander, de relatoria do ilustre Conselheiro Antônio José Praga de Souza).

Transcrevo abaixo breve excerto do Acórdão nº 1301-000.711:

> *"Na verdade, o Programa Nacional de Desestatização, juntamente com as regras atinentes à dedutibilidade do ágio fizeram parte de todo um contexto para a formulação dos preços ofertados nos leilões de privatização e para as sucessivas reorganizações societárias realizadas pelas empresas objeto da desestatização, servindo como atrativo e motivo para o aumento substancial dos valores auferidos pelo Governo com a privatização.*
>
> *Noutro giro, a dedutibilidade do ágio e a possibilidade de a empresa realizar a reorganização societária para o seu aproveitamento fez parte do pacote de condições ofertadas às empresas que participaram das privatizações, tendo, todas elas, conforme pesquisa na internet, adotado a política incentivada acima."*

Não me sensibilizam, contudo, os argumentos expendidos neste sentido. Identifico nos artigos 7º e 8º da Lei n° 9.532/97 tão somente uma nova normatização atinente ao registro e amortização do ágio — a propósito, sem sombra de dúvidas, mais restritiva que a anterior.

Além disto, não há nenhum elemento na Lei n° 9.532/97 que expressamente a vincule ao Programa Nacional de Desestatização. Pelo contrário, suas regras são válidas para todo e qualquer evento de fusão, incorporação ou cisão que implique a extinção de participação societária anteriormente adquirida com ágio.

Por essas razões, não há que se falar em norma indutora de comportamento, como alega a Recorrente. O que houve foi uma operação recheada de artificialidade a fim de que buscasse a amortização do ágio como se tal direito fosse inerente a qualquer operação de aquisição de investimento, hipótese, na realidade, restrita a operações realizadas, concretamente, nos termos do art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99.

A artificialidade da operação está, justamente, no passo intermediário utilizado pela Recorrente a fim de que o ágio, que deveria compor o custo do investimento de

UBS AG no exterior, pudesse ser amortizado no Brasil: a criação de uma holding por imposição de norma regulatória, e, na sequência, a interposição de uma nova holding para atuar como controlada direta da investidora no exterior, permitindo artificialmente a extinção do investimento, sendo irrelevante o nome das duas holdings e a ordem de suas interposições no negócio.

Não há dúvida que a pessoa jurídica que, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, absorver patrimônio de outra pessoa jurídica que dela detenha participação societária adquirida com ágio, cujo fundamento seja a rentabilidade futura, poderá amortizá-lo nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração, pois assim possibilita o art. 386 do RIR/99.

De igual forma, não se pode olvidar que o contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio de maneira que melhor lhe convém, com vistas à redução de custos e despesas, inclusive à redução dos tributos, sem que isso implique, necessariamente, qualquer ilegalidade.

Entretanto, o que não se admite atualmente é que os atos e negócios praticados se baseiem em aparente legalidade, sem qualquer finalidade empresarial ou negocial, para disfarçar o real objetivo da operação, quando unicamente almeje reduzir o pagamento de tributos.

Nesse sentido, colacionam-se a seguir os ensinamentos de Marco Aurélio Greco[7]:

> *... a pergunta que se põe é: admitida a existência do direito de o contribuinte organizar a sua vida, este direito pode ser utilizado sem quaisquer restrições? Ou seja, tal direito é ilimitado? Todo e qualquer "planejamento" é admissível? Minha resposta é negativa. (pág. 190)*
>
> *Ou seja, cumpre analisar o tema do planejamento tributário não apenas sob a ótica das formas jurídicas admissíveis, mas também sob o ângulo da sua utilização concreta, do seu funcionamento e dos resultados que geram à luz dos valores básicos de igualdade, solidariedade social e justiça. (pág. 202)*
>
> *[...] com o advento do Código Civil de 2002 a questão ficou solucionada, pois seu artigo 187 é expresso ao prever que o abuso de direito configura ato ilícito:*
>
> *Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (pág. 206)*
>
> *No Brasil, entendo que esta possibilidade de recusa de tutela ao ato abusivo (mesmo antes do Código Civil de 2002) encontra base no ordenamento positivo, por decorrer dos princípios consagrados na Constituição de 1988 e da natureza da figura. Porém, a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e*

[7] GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 198-208.

> *requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo porque sua única ou principal finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto.*
>
> *Esta conclusão resulta da conjugação dos vários princípios acima expostos e de uma mudança de postura na concepção do fenômeno tributário que não deve mais ser visto como simples agressão ao patrimônio individual, mas como instrumento ligado ao princípio da solidariedade social. (pág. 208)*
>
> *Em suma, não há dúvida de que o contribuinte tem o direito, encartado na Constituição Federal, de organizar sua vida da maneira que melhor julgar. Porém, o exercício deste direito supõe a existência de causas reais que levem a tal atitude. A auto-organização com a finalidade predominante de pagar menos imposto configura abuso de direito, além de poder configurar algum outro tipo de patologia do negócio jurídico, como, por exemplo, a fraude à lei. (pág. 228)*

Nota-se, assim, que o direito ao planejamento tributário não pode ser absoluto, há que haver uma conformação entre a existência do direito e o modo como se exerceu esse direito, sob pena de incorrer-se em abuso de direito.

Ricardo Lobo Torres, a esse respeito, esclarece que "a proibição da elisão abusiva no campo tributário nada mais é que a especificação do princípio geral, jurídico e moral, da vedação do abuso de direito".[8]

A tributação, historicamente, sempre contou com a rejeição do povo. Esse o motivo em função do qual foi fixada, em 1215, a limitação à tributação pela lei. Na Inglaterra de então, os barões e os religiosos procuraram conter o arbítrio do Rei, fixando que não haveria tributação sem lei que a estabelecesse. Mais adiante, a Constituição Norte-Americana de 1787 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 reprisaram a limitação. Essa perspectiva, entretanto, sofreu alteração ao longo do tempo. Hoje, a tributação não é mais uma concessão da sociedade em favor do Estado, mas um instrumento da sociedade que tem por finalidade manter uma máquina pública estruturada em favor da própria sociedade. Esse é o sentido do dever fundamental do indivíduo de recolher os tributos devidos. Confira-se, a respeito, o pensamento de Klaus Tipke ("Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva", Douglas Yamashita, São Paulo, Malheiros, 2002, pág. 13):

> *O dever de pagar impostos é um dever fundamental. O imposto não é meramente um sacrifício, mas sim uma contribuição necessária para que o Estado possa cumprir suas tarefas no interesse do proveitoso convívio de todos os cidadãos. O Direito tributário de um Estado de Direito não é Direito técnico de conteúdo qualquer, mas ramo jurídico orientado por valores. O direito Tributário afeta não só a relação cidadão/Estado, mas também a relação dos cidadãos uns com os outros. É um direito da coletividade.*

[8] LOBO TORRES, Ricardo. Planejamento Tributário. Elisão abusiva e evasão fiscal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 20.

A Constituição Federal de 1988 caminhou no sentido defendido por Tipke, quando afirma no seu art. 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e estipula como seus fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. A atividade produtiva deve cumprir o seu papel social de importância ao desenvolvimento do país e de fonte de manutenção dos membros da sociedade, mas sem que se sobreponha à cidadania e a dignidade humana.

O art. 3º da Constituição estipula como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Para o atingimento desses objetivos é de suma importância os recursos oriundos da tributação, daí que não se pode admitir o planejamento tributário lastreado exclusivamente na liberdade negocial e no respeito às formas, mas com mascaramento dos atos e negócios praticados para disfarçar o real objetivo da operação, unicamente para se esquivar do pagamento dos tributos.

O pagamento de tributos é a contrapartida à proteção estatal que cada cidadão aspira. Ele tem muita importância para a coletividade e, por isso, pode ser exigido. Não se pode ter uma fixação por direitos, sob o aspecto individualista, esquecendo-se dos deveres, que também são importantes e que cada cidadão deve cumprir em função da posição que ocupa na sociedade.

Cabível assentar, também, que a orientação constitucional e jurisprudencial antes referida não representa novidade em termos internacionais. Nos Estados Unidos da América, meca do capitalismo e do liberalismo, a Suprema Corte, ao apreciar o caso Gregory v. Helvering, já em 1935, reconheceu o direito de planejamento do contribuinte, mas afastou a licitude de operações societárias nas quais presente choque entre a realidade e o artifício formal. Daquele julgado, que tratou de pretensa operação societária isenta do imposto de renda, colhe-se o seguinte excerto da decisão ("Interpretação Econômica do Direito Tributário: o caso Gregory v. Helvering e as doutrinas do propósito negocial (*business purpose*) e da substância sobre a forma (*substance over form*)", Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Revista Fórum de Direito Tributário, Belo Horizonte, nº 43, págs. 55 a 62):

> *Nessas circunstâncias, os fatos falam por eles mesmos e permitem apenas uma única interpretação. O único empreendimento, embora conduzido nos termos do item "b" da seção 112, fora de fato uma forma elaborada e errônea de transposição simulada como reorganização societária, e nada mais. A regra que exclui de consideração o motivo da elisão fiscal não guarda pertinência com a situação presente, porquanto a transação em sua essência não é alcançada pela intenção pura da lei. Sustentar-se de outro modo seria uma exaltação do artifício em desfavor da realidade, bem como retirar da previsão legal em questão qualquer propósito sério. É mantido o julgamento de segunda instância.*

Marco Aurélio Greco assevera ainda que "nem tudo o que é lícito é o honesto" e que o "o ordenamento jurídico não se resume à legalidade; ele contempla também mecanismos em última análise de neutralização de esperteza", fazendo

> *parte daquilo que Tércio Sampaio Ferraz Júnior denomina de* ***regras de calibração do ordenamento****. Ou seja, os textos legais dão as peças do sistema jurídico, mas para que funcionem coordenadamente precisam ser calibradas, ajustadas.* [9] *(grifo nosso)*

Sobre o tema, Ricardo Lobo Torres conclui que

> *No direito tributário o mais importante para a Administração é requalificar o ato abusivo, sem anulá-lo em suas consequências no plano das relações comerciais ou trabalhistas.[...] Na elisão, afinal de contas, ocorre um abuso na subsunção do fato à norma tributária; como lembra Paul Kirchhof, a elisão é sempre uma subsunção malograda [...] Cabe à Administração Tributária, conseguintemente, corrigir a subsunção malograda, requalificando o fato de acordo com a interpretação correta da regra de incidência.* [10]

Discorrendo sobre o tema planejamento tributário, Greco assim se manifesta:

> *Recordando: na primeira fase, predomina a liberdade do contribuinte de agir antes do fato gerador e mediante atos lícitos, salvo simulação; na segunda fase do ainda predomina a liberdade de agir antes do fato gerador e mediante atos lícitos, porém nela o planejamento é contaminado não apenas pela simulação, mas também pelas outras patologias do negócio jurídico, como o abuso de direito e a fraude à lei.*
>
> *Na terceira fase, acrescenta-se um outro ingrediente que é o princípio da capacidade contributiva que – por ser um princípio constitucional tributário – acaba por eliminar o predomínio da liberdade, para temperá-la com a solidariedade social inerente à capacidade contributiva.* [11] *(grifo nosso)*

Salienta ainda o doutrinador que a capacidade contributiva é uma norma programática "possuindo caráter positivo em todos os momentos da atividade de concreção dos preceitos constitucionais: legislação, execução e jurisdição**. <u>É a afirmação de que a eficácia jurídica alcança os intérpretes e aplicadores do Direito e não apenas o legislador</u>**" [12]. (grifo nosso) Acrescenta ainda que se trata de instrumentos de controle do abuso de direito, fraude à lei e outras patologias dos negócios jurídicos, uma vez que negariam a eficácia de regramentos constitucionais.[13]

[9] GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 231.
[10] LOBO TORRES, Ricardo. Planejamento Tributário. Elisão abusiva e evasão fiscal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 25.
[11] GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 319.
[12] GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 343.
[13] GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 344.

O Supremo Tribunal Federal já vêm se manifestando nesse sentido, como é possível observar no voto do Ministro Carlos Velloso no julgamento do RE nº 227.832-1 DJ de 28.06.2002), cujo excerto transcreve-se a seguir:

> *[...] a interpretação puramente literal e isolada do §3º do art. 155 da Constituição Federal levaria ao absurdo, conforme linhas atrás registramos, de ficarem excepcionadas do princípio inscrito no art. 195, caput, da mesma Carta – "a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei..." – empresas de grande porte, as empresas de mineração, as distribuidoras de derivados de petróleo, as distribuidoras de eletricidade e as que executam serviços de telecomunicações – o que não se coaduna com o sistema da Constituição, e ofensiva, tal modo de interpretar isoladamente o § 3º do art. 155, a princípios constitucionais outros, como o da igualdade (C.F., artigo 5º e artigo 150, II) e da capacidade contributiva.*

A respeito da colisão entre liberdade de iniciativa e solidariedade, Greco, em excepcional análise sobre o tema, conclui:

> *[...] quando se diz que é preciso tributar segundo a capacidade contributiva, também é preciso ponderar não ser adequado transformar a capacidade contributiva num valor absoluto que atropele a legalidade e a tipicidade. [...]*
>
> *Minha concepção ideológica é de que sempre haverá de ponderar os dois conjuntos de valores; ou seja, para mim o ponto de partida é o de que ambos devem estar sentados à mesa para dialogar. Vale dizer, não é a rigor um "ponto" de partida, mas uma "dualidade" de partida. Não há caso que não envolva dois tipos de valores. Isso está escrito com todas as letras no artigo 3º, I, da Constituição de 1988 – quando formula* ***os objetivos do Estado brasileiro*** *– ao estabelecer que* ***um deles é o de construir uma sociedade livre, justa e solidária****. Formulação linguística muito feliz, pois coloca numa ponta a liberdade (típica do Estado de Direito) e, na outra ponta, a solidariedade (típica do Estado Social) e entre elas a justiça que resultará da ponderação das duas. Ou seja,* ***só vamos ter justiça se e quando houver ponderação entre os valores liberdade e solidariedade.*** [14]
> *(grifo nosso)*

Portanto, o procedimento adotado pela autoridade fiscal encontra-se em total sintonia com os princípios da legalidade e da livre iniciativa, encontrando eco não só na doutrina, mas também na jurisprudência, inclusive do Pretório Excelso. Também não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica ou de atos jurídicos. O que houve, na prática, foi uma requalificação dos atos realizados pelo contribuinte, prática adotada como regra de calibração do sistema (conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior), ou de "neutralização de esperteza", nas palavras de Marco Aurélio Greco.

No caso concreto, ressalta aos olhos o posicionamento artificial da Recorrente em face das leis de regência de cunhos societário e fiscal.

[14] GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 53-54.

A estrutura negocial montada pela Recorrente caracteriza o que a doutrina denomina de "operação estruturada em sequência".

Greco[15] trata o tema com a maestria peculiar:

> *Operação Estruturada em Sequência*
>
> *Sob esta denominação estão as step transactions, vale dizer, aquelas sequências de etapas em que cada uma corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária ou negocial encadeado com o subsequente para obter determinado efeito fiscal mais vantajoso. Neste caso, cada etapa só tem sentido se existir a que lhe antecede e se for deflagrada a que lhe sucede.*
>
> *Uma operação estruturada indica a existência de um objetivo único, predeterminado à realização de todo o conjunto. E mais, indica a existência de uma causa jurídica única que informa todo o conjunto. Neste caso, cumpre examinar se há motivos autônomos, ou não, pois se estes inexistirem, o fato a ser enquadrado é o conjunto e não cada uma das etapas. (p. 462)*
>
> *Uso de Sociedades*
>
> *[...] o elemento relevante quando estamos perante uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal (no registro competente etc.); tão importante ou até mais – em matéria tributária – é a identificação do empreendimento que justifica sua existência. A criação de uma pessoa jurídica tem sentido na medida em que corresponda à vestimenta jurídica de determinado empreendimento econômico ou profissional. A ideia de empresa é o núcleo a ser perquirido. (vide a importância que o Código Civil dá à noção de empresa – artigos 966 e segs.). (p. 468/469)*
>
> *Conduit companies*
>
> *A primeira situação a observar é das chamadas conduit companies (empresas-veículos ou de passagem) em que uma pessoa jurídica é criadas apenas para servir como canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro sem que tenha efetivamente outra função dentro do contexto. (p. 470)*
>
> *Deslocamento da Base Tributável*
>
> *Outro aspecto a ser considerado é o do deslocamento da base tributável para sociedades que se encontrem em situação tributariamente mais favorável.*
>
> *O deslocamento de base tributária para outra pessoa jurídica que se encontra em regime tributário comparativamente mais vantajoso é elemento que merece especial atenção; aliás, já foi objeto de exame pelo antigo Tribunal Federal de Recursos ao ensejo da mencionada Apelação Cível nº 115.478-RS (julgada em 18.02.87, Rel. Min. Américo Luz). Neste processo, além de*

[15] GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 462-476.

> *outras considerações, encontra-se no relatório do acórdão o seguinte aspecto:*
>
> *"O que existiu foi na realidade transferência de receita representada pela diferença de preços nas transações entre a autora e as demais empresas, pois a receita que não se realizou foi realizada pelas demais empresas, ainda que sob regime de determinação diferente."*
>
> *Este é o ponto a considerar, pois – dependendo das circunstâncias do caso concreto – pode configurar fraude à lei tributária. (p. 475/476) (grifos nossos)*

Salienta-se que sem a utilização da denominada "empresa veículo" (no caso, UBS PARTICIPAÇÕES ou UBS INVESTIMENTOS, utilizadas em conjunto) não haveria amortização do ágio, pois tais valores deveriam compor o custo do investimento de UBS AG no exterior, ou da holding criada no Brasil por força de norma regulatória (UBS PARTICIPAÇÕES), conforme já abordado. Nesse contexto, é de pouco relevo se as "empresas veículo" efetivamente operavam, ou se suas existências foram efêmeras O importante para a caracterização como *conduit company* foi a sua interposição das duas holdings na operação, alterando os efeitos tributários da real operação realizada, no caso, o investimento realizado por UBS AG na aquisição do investimento no Banco Pacutal (ou ainda de uma única holding criada em razão de normas regulatórias para realização da aquisição). Simplesmente por suas duplas interposições no negócio jurídico, foram capazes de causar efeitos tributários não em si mesmas, mas na pessoa jurídica que efetivamente ocupava um dos polos da operação negocial perpetrada.

Conforme se observa, os pontos destacados por Greco ressaltam aos olhos no caso concreto, pois as operações perpetradas pela Recorrente foram estruturadas em sequência, sem qualquer propósito negocial que não seja a mera economia tributária. Ou seja, utilizou-se de conjunto de sociedades de passagem a fim de que a mais valia na aquisição de ações - contabilizada como ágio e que deveria compor o custo do investimento de UBS AG, situada no exterior, ou no máximo, de uma holding criada no Brasil por força de norma regulatória -, após imediata incorporação reversa entre investida (BANCO PACTUAL) e investidora (UBS PARTICIPAÇÕES), se transformasse em despesa dedutível na Recorrente.

Por fim, é imperioso esclarecer que a autuação baseia-se exclusivamente nos passos intermediários da reorganização societária e dos seus efeitos tributários. Não se contestam, pois, os demais aspectos da reorganização, bem como suas consequências em outras searas.

Tecidas as observações pertinentes, peço vênia a Marco Aurélio Greco para tomar como minhas suas conclusões, que muito se encaixam no fechamento do meu entendimento sobre o caso, em especial o conflito entre livre iniciativa e solidariedade:

> *Minha concepção ideológica é de que sempre haverá de ponderar os dois conjuntos de valores; ou seja, para mim o ponto de partida é o de que ambos devem estar sentados à mesa para dialogar. Vale dizer, não é a rigor um "ponto" de partida, mas uma "dualidade" de partida. Não há caso que não envolva dois tipos de valores. Isso está escrito com todas as letras no artigo 3º, I, da Constituição de 1988 – quando formula os objetivos do Estado brasileiro – ao estabelecer que um deles é o*

> *de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Formulação linguística muito feliz, pois coloca numa ponta a liberdade (típica do Estado de Direito) e, na outra ponta, a solidariedade (típica do Estado Social) e entre elas a justiça que resultará da ponderação das duas. Ou seja,* ***só vamos ter justiça se e quando houver ponderação entre os valores liberdade e solidariedade.*** [16]

Nessa mesma linha de raciocínio, na ADI 2859 que examinava a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei Complementar nº 105/2001, inúmeros ministros discorreram sobre a capacidade contributiva e o dever fundamental de pagar tributos vinculado ao ideal de solidariedade social. Veja-se:

> *[...] Nesse quadro, evidencia-se a natureza solidária do tributo, o qual é devido pelo cidadão pelo simples fato de pertencer à sociedade, com a qual tem o dever de contribuir. O dever fundamental de pagar tributos está, pois, alicerçado na ideia de solidariedade social. (Ministro Dias Toffoli)*
>
> *[...] 19. A Constituição Federal colocou a solidariedade ao lado da igualdade e da justiça como objetivos fundamentais da República, insculpidos no art. 3, inciso I da CF/88. A noção de solidariedade social pode ser visualizada tanto como valor ético e jurídico, absolutamente abstrato, quanto como princípio positivado, que é o caso do Brasil. Trata-se, sobretudo, de uma obrigação moral e um dever jurídico que, em razão da correlação entre deveres e direitos, informa e vincula a liberdade, a justiça e a igualdade. Por meio dele, a alteridade se insere de forma definitiva também no discurso jurídico.*
>
> *20. Nesse ponto, algumas aproximações são inevitáveis. A primeira delas é com a definição de tributo como um dever fundamental. É comum que as pessoas após alguns séculos esqueçam que as principais formulações sobre o contrato social o conceberam com um acordo entre pessoas e não entre essas e o Estado, o que é um desvio de percepção bastante comum. Se a criação do Estado é um projeto coletivo, deve-se reconhecer que a solidariedade se projeta com muita força no direito fiscal, que se traduz na disciplina da repartição igualitária dos custos dos direitos prestados e/ou garantidos pelo Estado. Nesse contexto, o pagamento de tributos constitui-se um dever fundamental estabelecido constitucionalmente. (Ministro Luís Roberto Barroso)*
>
> *[...] Em síntese, sem desconsiderar que uma das mais importantes funções das normas constitucionais – que pela própria natureza limitam a autodeterminação das gerações futuras – é conferir certo grau de estabilidade a um sistema de direitos, entendo não consentânea com a vontade do Poder Constituinte originário exegese da cláusula da irretroatividade que vincule de tal modo as opções políticas das gerações futuras a um modelo tributário não receptivo de novas propostas e mecanismos legais tendentes à efetivar a igualdade tributária pela melhor identificação da real capacidade contributiva dos cidadãos.*
>
> *É dizer, não extraio do regime de direitos estabelecido na Constituição, cujo objetivo primeiro é construir "uma sociedade livre, justa e solidária" (art. 3º, I), obstáculo à rediscussão, pela comunidade política, das profundas assimetrias distributivas que assolam a sociedade. Compromissos sobre questões de direitos substantivos fixados pela Constituição devem, na minha compreensão, ser reconhecidos e honrados como aquilo que são: salvaguardas de longo prazo contra os riscos políticos de curto prazo. Não podem, entretanto, funcionar como*

[16] GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 53-54.

obstáculos a qualquer tentativa de efetuar correções de rumo relativamente a escolhas prévias sobre a arquitetura do regime tributário. (Ministra Rosa Weber)

Entendo que, pelas conclusões já expostas, no que diz respeito à primeira operação contestada pelo Fisco, não se pode acatar as deduções a título do ágio realizadas pela Recorrente.

No que diz respeito ao argumento da Recorrente de que a aquisição poderia ter sido realizada pelo Banco UBS, posteriormente incorporado pelo Banco Pactual, trata-se de mera hipótese, e que somente poderia ser analisada diante de fatos concretos, com peculiaridades atinentes a cada reestruturação societária do porte como as ora analisadas. Ou seja, não há como se levar em consideração hipótese não concretizada, mas sim debruçar-se sobre a operação efetivamente ocorrida.

Ressalto que em alguns casos já julguei levando-se em consideração operação não levada a efeito pelo contribuinte, mas, nesses casos, conclui pela improcedência das exações considerando-se a operação tal qual desejada pelo Fisco, hipótese distinta da levantada pela Recorrente, baseada em situação hipotética por ela descrita.

É importante ressaltar que a autoridade fiscal apontou ainda a falta de pagamento efetivo de uma parcela do ágio correspondente a R$ 375.856.328,07 que teria servido "tanto para justificar ágio na compra da fiscalizada pelo Grupo UBS como na recompra pelo Grupo BTG".

Na eventualidade de meu voto ser vencido em relação à amortização de todo o ágio, passaria a discorrer sobre o tema. Contudo, tendo meu entendimento prevalecido, deixo de me manifestar sobre esse ponto subsidiário.

SEGUNDA OPERAÇÃO QUE DEU ENSEJO AO ÁGIO AMORTIZÁVEL – RECOMPRA DO PACTUAL PELO GRUPO BTG

Conforme já abordado anteriormente, o ágio registrado na recompra do Pactual pelo Grupo BTG não poderia ser amortizado em razão da ausência de comprovação de estudos internos contemporâneos à operação que demonstrassem que o ágio, no momento de seu registro, tinha origem em rentabilidade futura do investimento adquirido.

Mas há razão adicional para manter-se essa parcela da exigência, qual seja, a utilização de duas holdings a fim de que uma delas pudesse ser utilizada como empresa veículo e o ágio passasse, artificialmente, a ser amortizado, tal qual ocorrido na primeira operação analisada.

Os ex-acionistas do BANCO PACTUAL resolveram recomprá-lo do UBS AG. O contrato firmado em 11/05/2009 foi subscrito por UBS AG, UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA., UBS INTERNATIONAL HOLDINGS BV, WARBURGO NOMINEES LTDA. e BTG INVESTMENTS LP.

Com o fechamento da operação (18/09/2009), o grupo BTG voltou a deter a totalidade do controle acionário do Banco por intermédio de dois níveis de holdings, a saber: BTG PARTICIPAÇÕES II S.A., que por sua vez era subsidiária integral de BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A. (BTG INVESTIMENTOS). Salienta-se que as duas holdings foram

constituídas em 12/06/2009, ou seja, praticamente um mês após a assinatura do contrato de compra e venda.

É importante ressaltar que embora o contrato de compra e venda tenha sido firmado por BTG INVESTIMENTS LP, os pagamentos foram realizados BTG INVESTIMENTOS e BTG PARTICIPAÇÕES II S.A., e em maior parte destinados às pessoas físicas vendedoras da participação societária na primeira negociação do Banco. Tais pagamentos se referem à parcela diferida relativa ao contrato de compra e venda firmado em 2006, a título daquele montante que era devido pelo Grupo UBS e foi assumido pelo Grupo BTG – sendo que R$ 375.856.328,07 foi liquidado mediante emissão de ações da BTG PARTICIPAÇÕES II. Por fim, em 29/04/2010, BTG INVESTIMENTOS foi incorporada pelo BANCO PACTUAL, momento a partir do qual se deu início a novas amortizações do ágio por parte da Recorrente.

A esse respeito, assim consta na decisão recorrida:

> *Nesse caso, a interposição de empresa-veículo, isoladamente, não pode sustentar a glosa da amortização do ágio pago na reaquisição 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.*

De fato, haveria sim a necessidade da constituição de ao menos uma holding para que o negócio pudesse ser realizado, nos termos descritos pelo voto condutor do aresto recorrido. Contudo, a turma julgadora *a quo* não levou em consideração que a operação não se deu somente com a utilização de uma holding, mas sim duas. Para que restasse demonstrada razões extratributárias para a realização da operação, bastaria a utilização de BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES.

Contudo, se assim procedesse, o ágio não poderia ser amortizado, e, somente por essa razão é que foi constituída e interposta a segunda holding - BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A., possibilitando que houvesse uma artificial "confusão patrimonial" entre investida e investidora a fim de que, aos olhos da Recorrente, esse segundo ágio pudesse passar a ser amortizado e deduzido na apuração do lucro real e da CSLL.

A justificativa apresentada pela Recorrente de manter uma nova estrutura nos mesmos moldes das anteriores em razão de questões societárias, a meu ver, não restou suficientemente comprovada e tampouco me parece suficiente a demonstrar razão extrafiscal que pudesse dar ensejo à amortização do ágio.

Desse modo, pelas mesmas razões de direito já expostas em relação à primeira operação de ágio, voto por negar provimento também ao recurso em relação à amortização de ágio da 2ª operação.

EXIGÊNCIA DE CSLL

A fim de que a Recorrente não alegue omissão a respeito de seus argumentos sobre a suposta inexistência de dispositivo legal que imponha a adição da amortização de ágio à base de cálculo da CSLL, passo a discorrer sobre o tema.

A fim de evitar tautologia, e por concordar integralmente com os fundamentos de seu voto, ainda que vencido, reproduzo a seguir o entendimento firmado pela I. Conselheira Adriana Gomes Rêgo no acórdão 9101-002.310:

> Vale assinalar que não se trata da hipótese de absorção da participação em controlada ou coligada em virtude de incorporação, fusão ou cisão, de que trata a Lei nº 9.532/1997 em seus arts. 7º e 8º), mas de participação mantida na investidora.
>
> A discussão, então, cinge-se à possibilidade de uma pessoa jurídica que tem um investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial adquirido com ágio, poder deduzir da base de cálculo da CSLL, despesas com amortização desse ágio.
>
> Nesse sentido, tem-se que a avaliação de investimentos em outras sociedades (participações societárias) pelo valor do patrimônio líquido, método da equivalência patrimonial (ou MEP), encontra-se regulada pela Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas). Com efeito, o art. 248 desse diploma legal estabelece a obrigatoriedade de avaliação dos investimentos em empresas coligadas, controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum por esse método e estabelece suas regras.
>
> No âmbito tributário, coube ao Decreto-Lei nº 1.598/1977, como se vê de seu preâmbulo, "*adaptar a legislação do imposto sobre a renda às inovações da lei de sociedades por ações (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976)*". Assim, no que toca ao método da equivalência patrimonial, o Decreto-Lei em questão dedicou à essa matéria a Subseção II da Seção II, intitulada "Investimento em Sociedades Coligadas ou Controladas Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido".
>
> Inaugurando a subseção em comento, o art. 20 do Decreto-Lei estabelece que o custo de aquisição da participação societária deve ser desdobrado em valor de patrimônio líquido na época da aquisição e ágio ou deságio na aquisição[17]. O § 2º do artigo em questão fixa quais são os fundamentos econômicos possíveis a justificar o ágio/deságio (valor de mercado de bens do ativo superior/inferior ao registrado na contabilidade, rentabilidade de exercícios futuros e fundo de comércio, intangíveis ou outras razões econômicas).
>
> Na sequência, os arts. 22, 23, 25 e 33, estabelecem os efeitos tributários que exsurgem da avaliação de investimentos pelo MEP. O que esses dispositivos estampam é que os efeitos que a avaliação de investimentos pelo MEP produz nas contas de resultado devem ser neutros para fins tributários (neutralidade), a exceção do caso de alienação ou liquidação (baixa) do investimento (art. 33). Tal neutralidade se estabelece tanto em relação à variação positiva ou negativa do valor do investimento em si por ocasião da avaliação pelo MEP (arts. 22 e 23), quanto em relação à amortização do ágio ou do deságio (art. 25).
>
> Vale transcrever parcialmente os dispositivos em comento do Decreto-Lei nº 1.598/1977 (na redação anterior à trazida pela Lei nº 12.973, de 2014, aplicável aos fatos), cabendo registrar que tais disposições se encontram reproduzidas no RIR/1999, em seus arts. 385, 389, 391 e 426:

[17] Aqui é feita referência à redação anterior à trazida pela Lei nº 12.973/2014, aplicável aos fatos.

Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:
I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e
II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.
§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.
§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:
a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;
c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.
§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a *e* b *do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.*
(...)
Art. 22. O valor do investimento na data do balanço (art. 20, I), depois de registrada a correção monetária do exercício (art. 39), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo 21, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento.
Parágrafo único Os lucros ou dividendos distribuídos pela coligada ou controlada deverão ser registrados pelo contribuinte como diminuição do valor de patrimônio líquido do investimento, e não influenciarão as contas de resultado.
Art. 23. A contrapartida do ajuste de que trata o artigo 22, por aumento ou redução no valor de patrimônio liquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978)
Parágrafo único Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País.(Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).
(...)
Art. 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 nº 1.730, 1979)
(...)
Art. 33. O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:
I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;
II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

Vê-se, assim, que 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 Decreto-Lei 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 nos retrocitados dispositivos ao "lucro real".

É de se considerar, também, que, como bem registra a Fazenda Nacional em suas contrarrazões, o Decreto-Lei nº 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 nº 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 nº 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*"[18], 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 Decreto-Lei nº 1.598/1977 em sua literalidade implica permissão de dedução.

Vale aqui trazer à colação o precedente do acórdão nº 1301001.067 (1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF, 03/10/2012, Redator Designado Wilson Fernandes Guimarães), no sentido da indedutibilidade da amortização do ágio na determinação da CSLL por estar essa contribuição alcançada pelas disposições do Decreto-Lei nº 1.598/1977 sobre a matéria:

> *ÁGIO. AMORTIZAÇÃO CONTÁBIL. BASE DE CÁLCULO DA CSLL. DEDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.*
> *Em que pese a referência feita, em algumas das disposições, ao lucro real, e o disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, o preconizado pelos arts. 22, 23, 25 e 33 do Decreto-Lei nº 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 nº 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.*
> Excerto do Voto Condutor:
> *Aqui, o Colegiado alinhou-se ao registrado no acórdão recorrido, que, reproduzindo excertos do acórdão nº 25.455, de 16 de abril de 2009, da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas, destacou que a indedutibilidade em questão "*decorre da própria lógica contábil da metodologia de escrituração*" dos investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial.*
> *Como é cediço, não obstante as disposições trazidas pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, a legislação tributária foi edificada no sentido de emprestar absoluta neutralidade tributária aos ajustes e amortizações contábeis derivadas da*

[18] *Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei.*

> *aplicação do método de equivalência patrimonial. Assim, os efeitos fiscais decorrentes da aplicação do referido método, observadas, obviamente, as disposições da já citada Lei nº 9.532/97, só são verificados na apuração do resultado da alienação da participação societária.*
> *Em que pese a referência feita, em algumas das disposições, ao lucro real, para o Colegiado, o preconizado pelos arts. 22, 23, 25 e 33 do Decreto-Lei nº 1.598/77, abaixo reproduzidos, 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 nº 7.689, de 1988, não há que se falar em dedutibilidade do ágio.*

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 nº 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.**

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. Vale transcrever parcialmente o art. 2º em comento (sublinhei):

> *Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.*
> *§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:*
> *a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;*
> *b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;*
> *c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela: (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)*
> *1 adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)*
> *2 adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)*
> *3 adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)*
> *4 exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido;*
> *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. (...)*

Veja-se, a propósito, como o Conselheiro Alberto Pinto Souza Júnior defende a indedutibilidade da amortização do ágio na apuração da CSLL com base nesse argumento em processo outro em que a ora Recorrente também figura como autuada (acórdão nº 1302-001.170, 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF, 11/09/2013, sublinhei):

> *Entendo que a despesa de amortização do ágio é despesa 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 o MEP neutro na apuração da CSLL. A avaliação do investimento pelo 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. Além disso, se assim não fosse, contrario sensu, a receita decorrente da amortização do deságio seria tributada, o que não me parece razoável, mas seria inevitável chegar a tal conclusão caso se entenda dedutível a despesa de amortização do ágio.*
>
> *Note-se que, se o ágio compõe o valor contábil do investimento e o MEP é apenas um método de avaliação do investimento, logo, é lógico que a amortização que reduz o ágio/deságio compõe "lato sensu" o resultado da avaliação do investimento pelo MEP, o qual seja positivo ou negativo não deve impactar a base da CSLL, como dispõe expressamente o dispositivo legal acima (itens 1 e 4 da alínea "c"do § 1º do art. 2º da Lei 7.689/88)*

Vale destacar a importante observação feita nesse julgado, no sentido de que, a afirmação de que a despesa decorrente da amortização do ágio é dedutível conduz, *contrario sensu*, à conclusão de que a receita decorrente da amortização do deságio é tributada, o que não é razoável, e nem vem sendo exigido.

Some-se a essas razões o fato de a IN SRF nº 390/2004, que dispõe sobre a apuração e o pagamento da CSLL, ter sido expressa ao estabelecer em seu art. 44 que "*aplicam-se à CSLL as normas relativas à depreciação, amortização e exaustão previstas na legislação do IRPJ, exceto as referentes a depreciação acelerada incentivada, observado o disposto nos art. 104 a 106*".

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.

Cumpre ressaltar Esse mesmo entendimento firmado pela Conselheira Adriana Gomes Rêgo foi adotado pela 1ª Turma da CSRF, por maioria de votos em decisão recente (Acórdão 9101-003.839, sessão de 03/10/2018, com voto vencedor de lavra do Eminente Conselheiro Rafael Vidal de Araujo).

Em complemento ao voto da ilustre Conselheira Adriana Gomes Rêgo, faz-se relevante analisar o caso também sob a perspectiva da indedutibilidade de despesas desnecessárias. Nesse contexto, pede-se vênia para se transcrever excerto do acórdão nº 9101-002.301, de lavra do eminente Conselheiro André Mendes Moura:

> *"Definido que o aproveitamento do ágio pode dar-se por meio de despesa de amortização, mostra-se pertinente apreciar do que trata tal dispêndio.*
>
> *No RIR/99 (Decreto-Lei nº 3.000, de 26/03/1999), o conceito de amortização encontra-se no Subtítulo II (Lucro Real), Capítulo V (Lucro Operacional), Seção III (Custos, Despesas Operacionais e Encargos).*
>
> > *O artigo 299 do diploma em análise trata, no art. 299, na Subseção I, das Disposições Gerais sobre as despesas:*

> *Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).*
>
> *§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).*
>
> *§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).*
>
> *§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.*

Para serem dedutíveis, devem as despesas serem necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, e serem usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99.

Percebe-se que a amortização constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99.

Despesa Diante de Fatos Construídos Artificialmente

No mundo real os fatos nascem e morrem, decorrentes de eventos naturais ou da vontade humana.

O direito elege, para si, fatos com relevância para regular o convívio social.

No que concerne ao direito tributário, são escolhidos fatos decorrentes da atividade econômica, financeira, operacional, que nascem espontaneamente, precisamente em razão de atividades normais, que são eleitos porque guardam repercussão com a renda ou o patrimônio. São condutas relevantes de pessoas físicas ou jurídicas, de ordem econômica ou social, ocorridas no mundo dos fatos, que são colhidas pelo legislador que lhes confere uma qualificação jurídica.

Por exemplo, o fato de auferir lucro, mediante operações espontâneas, das atividades operacionais da pessoa jurídica, amolda-se à hipótese de incidência prevista pela norma, razão pela qual nasce a obrigação do contribuinte recolher os tributos.

Da mesma maneira, a pessoa jurídica, no contexto de suas atividades operacionais, incorre em dispêndios para a realização de suas tarefas. Contrata-se um prestador de serviços, compra-se uma mercadoria, operações necessárias à consecução das atividades da empresa, que surgem naturalmente.

Ocorre que, em relação aos casos tratados relativos à amortização do ágio, proliferaram-se situações no qual se busca, especificamente, o enquadramento da norma permissiva de despesa.

> *Trata-se de operações especificamente construídas, mediante inclusive utilização de empresas de papel, de curtíssima duração, sem funcionários ou quadro funcional incompatível, com capital social mínimo, além de outras características completamente atípicas no contexto empresarial, que recebem aportes de milhões e em questão de dias ou meses são objeto de operações de transformação societária.*
>
> *Tais eventos podem receber qualificação jurídica e surtir efeitos nos ramos empresarial, cível, contábil, dentre outros.*
>
> *Situação completamente diferente ocorre no ramo tributário. Não há norma de despesa que recepcione uma situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica. Impossível estender atributos de normalidade, ou usualidade, para despesas, independente sua espécie, derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.*
>
> *Admitindo-se uma construção artificial, consumar-se-ia um tratamento desigual, desarrazoado e desproporcional, que afronta o princípio da capacidade contributiva e da isonomia, vez que seria conferida a uma determinada categoria de despesa uma premissa completamente diferente, uma liberalidade não aplicável à grande maioria dos contribuintes."*

Conclui-se, assim, que as despesas de amortização de ágio criado em operações tais quais a dos presentes autos, atípicas e integrantes de um processo de planejamento tributário abusivo que tem por finalidade específica a criação artificial de hipótese próxima à requerida pelo art. 386 do RIR/1999 (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997), não se revestem das características de necessidade, usualidade e normalidade requeridas para sua dedutibilidade.

Já a Contribuição Social sobre o Lucro, por sua vez, tem como base de cálculo o lucro líquido do período com os ajustes determinados na respectiva legislação.

Neste sentido, determinam os artigos 248 e 277, ambos do RIR/99:

> *Art. 248. O lucro líquido do período de apuração é a soma algébrica do lucro operacional, dos resultados não operacionais, e das participações, e deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, § 1º, Lei nº 7.450, de 1985, art. 18, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 4º).*
>
> *Art. 277. Será classificado como lucro operacional o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica (Decreto- Lei nº 1.598, de 1977, art. 11).*

O lucro operacional é, pois, o resultado do confronto das receitas operacionais com as despesas operacionais. Pede-se vênia para mais uma vez transcrever-se o artigo 299 do RIR/99:

> *Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).*

> *§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).*
>
> *§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).*

Da interpretação sistemática destes dispositivos, extrai-se que somente poderão reduzir o lucro líquido as despesas operacionais que preencham os requisitos previstos no artigo 299, acima transcrito, quais sejam, as despesas necessárias.

Não se trata de aplicação de analogia, mas sim, de considerar que o dispêndio gerado por operações artificiais, por violar as regras de dedutibilidade do IRPJ, não pode reduzir o lucro líquido que, também, é a base de cálculo da CSLL com os ajustes previstos na sua legislação específica.

Ainda que se considere que os dispêndios, no presente caso, tenham natureza não operacional, cabe lembrar que, o que os torna indedutíveis também da base de cálculo da Contribuição Social é o próprio conceito de resultado do exercício apurado com observância da legislação comercial.

A escrituração contábil, pela qual se apura o resultado do exercício, ponto de partida para se chegar à base de cálculo tanto do IRPJ como da CSLL, deve observar postulados e princípios contábeis.

Conforme impõe o Princípio da Entidade, um dispêndio produzido artificialmente não deve estar na contabilidade. Em outras palavras, a contabilização de dispêndios sem propósito empresarial implica inobservância do Princípio Contábil da Entidade, devendo ensejar, também por esta razão, a sua glosa, afetando, portanto, a base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Os dispêndios glosados afetam o próprio resultado do exercício e, consequentemente, também a base de cálculo da Contribuição Social, como definida no art. 2º da Lei 7.689, de 1988, com as alterações do art. 2º da Lei 8.034, de 1990.

Além disso, o art. 13 da Lei nº 9.249/95[19], quando trata das despesas indedutíveis das bases de cálculo de IRPJ e de CSLL, é taxativo ao dispor que tais vedações de dedutibilidade se aplicam independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.502/64, justamente a base legal do art. 299 do RIR/99, ou seja, a questão da necessidade da despesa para fins de dedução também se aplica à CSLL.

Por fim, e, adicionalmente, trago à colação o disposto na Súmula CARF nº 53:

> Súmula CARF nº 53: Não se aplica ao resultado decorrente da exploração de atividade rural o limite de 30% do lucro líquido ajustado, relativamente à compensação da base de cálculo negativa de CSLL, mesmo para os fatos

[19] 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: [...]

ocorridos antes da vigência do art. 42 da Medida Provisória n° 1991-15, de 10 de março de 2000.

De acordo com tal precedente, em relação à compensação da base de cálculo de CSLL na atividade rural, mesmo sem a previsão expressa da não aplicação à regra geral da "trava" dos 30% no lucro líquido ajustado, possibilitou-se a dedução de 100% do lucro líquido ajustado do período com bases negativas de CSLL de períodos anteriores.

Não há porque não adotar o mesmo entendimento de reciprocidade entre IRPJ e CSLL quando se trata de deduções da base de cálculo.

Logo, voto por negar provimento ao recurso à amortização de ágios tanto na apuração do lucro real quanto da base de cálculo da CSLL.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO

A respeito do tema, expõe-se os fundamentos considerados suficientes para justificar a cobrança nos presentes autos, com espelho no acórdão n° 9101-00539, de 11/03/2010, de lavra da Conselheira Viviane Vidal Wagner:

> *O conceito de crédito tributário, nos termos do art. 139 do CTN, comporta tanto tributo quanto penalidade pecuniária.*
>
> *Uma interpretação literal e restritiva do caput do art. 61 da Lei n° 9.430/96, que regula os acréscimos moratórios sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições, pode levar à equivocada conclusão de que estaria excluída desses débitos a multa de ofício.*
>
> *Contudo, uma norma não deve ser interpretada isoladamente, especialmente dentro do sistema tributário nacional.*
>
> *No dizer do jurista Juarez Freitas (2002, p.70), "interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do direito". Merece transcrição a continuidade do seu raciocínio:*
>
> > *"Não se deve considerar a interpretação sistemática como simples instrumento de interpretação jurídica. É a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se compreendem os enunciados prescritivos nos plexos dos demais enunciados ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação." (A interpretação sistemática do direito, 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74).*

Daí, por certo, decorrerá uma conclusão lógica, já que interpretar sistematicamente implica excluir qualquer solução interpretativa que resulte logicamente contraditória com alguma norma do sistema.

O art. 161 do CTN não distingue a natureza do crédito tributário sobre o qual deve incidir os juros de mora, ao dispor que o crédito tributário não pago integralmente no seu vencimento é acrescido de juros de mora, independentemente dos motivos do inadimplemento.

Nesse sentido, no sistema tributário nacional, a definição de crédito tributário há de ser uniforme.

De acordo com a definição de Hugo de Brito Machado (2009, p.172), o crédito tributário "é o vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional)."

A obrigação tributária principal referente à multa de ofício, a partir do lançamento, converte-se em crédito tributário, consoante previsão do art. 113, §1°, do CTN:

> *Art. 113 A obrigação tributária é principal ou acessória.*
>
> *§ 1° A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito tributário dela decorrente. (destacou-se)*

A obrigação principal surge, assim, com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, o que inclui a multa de ofício proporcional.

A multa de ofício é prevista no art. 44 da Lei n° 9.430, de 1996, e é exigida "juntamente com o imposto, quando não houver sido anteriormente pago"" *(§1°).*

Assim, no momento do lançamento, ao tributo agrega-se a multa de ofício, tornando-se ambos obrigação de natureza pecuniária, ou seja, principal.

A penalidade pecuniária, representada no presente caso pela multa de ofício, tem natureza punitiva, incidindo sobre o montante não pago do tributo devido, constatado após ação fiscalizatória do Estado.

Os juros moratórios, por sua vez, não se tratam de penalidade e têm natureza indenizatória, , compensarem o atraso na entrada dos recursos que seriam de direito da União.

A própria lei em comento traz expressa regra sobre a incidência de juros sobre a multa isolada.

Eventual alegação de incompatibilidade entre os institutos é de ser afastada pela previsão contida na própria Lei n° 9.430/96 quanto à incidência de juros

de mora sobre a multa exigida isoladamente. O parágrafo único do art. 43 da Lei n° 9.430/96 estabeleceu expressamente que sobre o crédito tributário constituído na forma do caput incidem juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

O art. 61 da Lei n° 9.430, de 1996, ao se referir a débitos decorrentes de tributos e contribuições, alcança os débitos em geral relacionados com esses tributos e contribuições e não apenas os relativos ao principal, entendimento, dizia então, reforçado pelo fato de o art. 43 da mesma lei prescrever expressamente a incidência de juros sobre a multa exigida isoladamente.

Nesse sentido, o disposto no §3° do art. 950 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto n° 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99) exclui a equivocada interpretação de que a multa de mora prevista no caput do art. 61 da Lei n° 9.430/96 poderia ser aplicada concomitantemente com a multa de ofício.

> *Art.950. Os débitos não pagos nos prazos previstos na legislação específica serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento por dia de atraso (Lei n° 9.430, de 1996, art. 61).*
>
> *§1°A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subseqüente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do imposto até o dia em que ocorrer o seu pagamento (Lei n° 9.430, de 1996, art. 61, §1°).*
>
> *§2°O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento (Lei n°9.430, de 1996, art. 61, §2°).*
>
> *§3°A multa de mora prevista neste artigo não será aplicada quando o valor do imposto já tenha servido de base para a aplicação da multa decorrente de lançamento de ofício.*

A partir do trigésimo primeiro dia do lançamento, caso não pago, o montante do crédito tributário constituído pelo tributo mais a multa de ofício passa a ser acrescido dos juros de mora devidos em razão do atraso da entrada dos recursos nos cofres da União.

No mesmo sentido já se manifestou a Câmara Superior de Recursos Fiscais quando do julgamento do Acórdão n° CSRF/04-00.651, julgado em 18/09/2007, com a seguinte ementa:

> *JUROS DE MORA - MULTA DE OFÍCIO - OBRIGAÇÃO PRINICIPAL - A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento,*

> *incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.*

Cabe referir, ainda, a Súmula Carf n° 5: "São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral."

Diante da previsão contida no parágrafo único do art. 161 do CTN, busca-se na legislação ordinária a norma complementar que preveja a correção dos débitos para com a União.

Para esse fim, a partir de abril de 1995, tem-se a taxa Selic, instituída pela Lei n° 9.065, de 1995.

No âmbito do Poder Judiciário, a jurisprudência é forte no sentido da aplicação da taxa de juros Selic na cobrança do crédito tributário, como se vê no exemplo abaixo:

> *REsp 1098052 / SP RECURSO ESPECIAL2008/0239572-8 Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 04/12/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 19/12/2008 Ementa PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. LANÇAMENTO. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. TAXA SELIC. LEGALIDADE.*
>
> *1. É infundada a alegação de nulidade por maltrato ao art. 535 do Código de Processo Civil, quanto o recorrente busca tão-somente rediscutir as razões do julgado.*
>
> *2. Em se tratando de tributos lançados por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte e na falta de pagamento da exação no vencimento, a inscrição em dívida ativa independe de procedimento administrativo.*
>
> *3. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários (Precedentes: AgRg nos EREsp 579.565/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 11.09.06 e AgRg nos EREsp 831.564/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 12.02.07).*

No âmbito administrativo, a incidência da taxa de juros Selic sobre os débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal foi pacificada

com a edição da Súmula CARF n° 4, de observância obrigatória pelo colegiado, por força de norma regimental (art. 72 do RICARF), nos seguintes termos:

> ***Súmula CARF n° 4:*** *A partir de 1° de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*

No que se refere ao período de 01/01/1995 a 31/12/1996, sustentam alguns que o Parecer MF/SRF/Cosit nº 28/98 teria deixado claro não ser exigível a incidência de juros sobre a multa de ofício tendo em vista as disposições do inciso I, do art. 84, da Lei nº 8.981/95.

O mencionado Parecer, ainda que conclua pela incidência dos juros sobre a multa de ofício para fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/1997, de fato manifesta-se nos termos dessa tese. Entretanto, constata-se que o referido Ato Administrativo não levou em consideração a alteração legislativa trazida pela MP nº 1.110, de 30/08/95, que acrescentou o § 8º ao art. 84, da Lei 8.981/95, e que estendeu os efeitos do disposto no *caput* aos demais créditos da Fazenda Nacional cuja inscrição e cobrança como Dívida Ativa da União seja de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional.

Cumpre esclarecer ainda que as três turmas da Câmara Superior, em decisões recentes, vêm confirmando a incidência de juros moratórios sobre a multa de ofício (Acórdãos 9101-001.863, 9202-003.150 e 9303-002.400).

Por fim, corroborando o aqui exposto, o STJ vem firmando entendimento no mesmo sentido, entendendo que os juros moratórios incidem sobre a multa de ofício, conforme se observa na ementa a seguir reproduzida:

> *DIREITO TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE MULTA FISCAL PUNITIVA.*
> *É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário. Precedentes citados: REsp 1.129.990-PR, DJe 14/9/2009, e REsp 834.681-MG, DJe 2/6/2010. AgRg no REsp 1.335.688-PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 4/12/2012.*

Ressalta-se ainda que, em recentes julgados o STJ decidiu que, no âmbito do parcelamento especial previsto na Lei nº 11.941/2009, as remissões previstas em tal dispositivo legal para as multas de mora e de ofício não autorizam aplicações de reduções superiores às fixadas na mesma lei (45%) para os juros de mora incidentes sobre tais penalidades, ou seja, visto sob outro enfoque, reafirmou-se o entendimento de que incidem juros moratórios sobre as multas de mora e de ofício. Tal exegese pode ser observada no REsp 1.492.246/RS (Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, segunda turma, julgado em 02/06/2015, DJe 10/06/2015) e no REsp 1.510.603–CE (Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20/08/2015), em relação ao qual transcreve-se a seguir sua ementa:

> *TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO. 11.941/2009. REMISSÃO DE MULTA EM 100%. DESINFLUÊNCIA NA APURAÇÃO DOS JUROS DE MORA.*

> *PARCELAS DISTINTAS. PRECEDENTE. 1. "Em se tratando de remissão, não há qualquer indicativo na Lei n. 11.941/2009 que permita concluir que a redução de 100% (cem por cento) das multas de mora e de ofício estabelecida no art. 1º, §3º, I, da referida lei implique uma redução superior à de 45% (quarenta e cinco por cento) dos juros de mora estabelecida nos mesmo inciso, para atingir uma remissão completa da rubrica de juros (remissão de 100% de juros de mora), como quer o contribuinte " (REsp 1.492.246/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 10/06/2015.). 2. Consequentemente, a Lei n. 11.941/2009 tratou cada parcela componente do crédito tributário (principal, multas, juros de mora e encargos) de forma distinta, de modo que a redução percentual dos juros moratórios incide sobre as multas tão somente após a apuração atualizada desta rubrica (multa). Recurso especial provido. REsp 1.510.603–CE, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20/08/2015.*

Cabe ainda salientar que recentemente foi aprovado a Súmula CARF nº 108 que pacificou definitivamente a questão no âmbito desta Corte Administrativa, *verbis*:

> *Súmula CARF nº 108: Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.*

Isso posto, voto por manter tal exigência.

5 CONCLUSÃO

Isso posto, voto por negar provimento ao recurso de ofício, rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento, e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)
Fernando Brasil de Oliveira Pinto

Declaração de Voto

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza.

Com a devida vênia, ouso discordar do i. relator quanto ao improvimento do recurso voluntário em exame, pelas razões adiante consignadas.

Como ressaltado pelo I. Relator, no relatório, a fiscalização questiona o cômputo do ágio nos anos-calendário de 2010 e 2011, referente à aquisição do controle acionário do antigo Banco Pactual S.A (atual Banco BTG Pactual S.A Banco Pactual (recorrente) pelo "Grupo UBS", por intermédio de empresa veículo, denominada de UBS Brasil Participações Ltda, posteriormente incorporada pela investida (1º ágio); como também o ágio registrado por ocasião de sua posterior aquisição por grupo formado por alguns de seus ex-acionistas, a seguir denominado de "Grupo BTG" (2º ágio).

Penso que tanto a aquisição do Banco Pactual pelo Grupo USB AGS, como a reaquisição do Banco pelo Grupo BTG poderia ter afetado as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL devidos pelo recorrente. A fiscalização, por outro lado, sustenta que não, em razão da suposta ausência de:

(i) propósito negocial na utilização de **empresas veículo** que teriam sido constituídas com o fim exclusivo de propiciar o aproveitamento fiscal do ágio;

(ii) **elaboração tempestiva do demonstrativo do fundamento econômico do ágio**; e

(iii) **efetivo pagamento de parte do valor do pagamento diferido** que foi liquidado por BTG Participações II, em favor dos sócios vendedores, integrantes do Grupo BTG, por meio de ações emitidas em aumento de capital.

Examine-se cada um desses argumentos:

Da Utilização de Empresas Veículos na Aquisição das Ações do Banco Pactual S.A.

O primeiro argumento utilizado pela fiscalização para glosar a dedutibilidade das despesas com amortização do ágio pago pelo Grupo UBS na aquisição da recorrente (à época, Banco Pactual S.A), foi o de que UBS PARTICIPAÇÕES serviu apenas para propiciar as condições puramente formais para a dedutibilidade do ágio, em total falta de propósito negocial.. Assim, de acordo com este entendimento, o fato da UBS PARTICIPAÇÕES ter existido por curto espaço de tempo e não ter incorrido em despesas operacionais seria suficiente para comprovar a artificialidade da operação, que teve o escopo de tão somente propiciar a amortização fiscal do ágio, mediante sua incorporação.

A partir da edição da Lei n. 9.532/97, o legislador ordinário alterou sensivelmente as conseqüências fiscais do ágio por expectativa de rentabilidade futura, passou, a partir de então, ser possível o aproveitamento do ágio à fração 1/60 ao mês, desde o momento em que o ágio escriturado pela investidora viesse a ser confrontado, em um mesmo acervo patrimonial, com os lucros advindos da empresa investida que justificaram o pagamento desse sobrepreço por expectativa de rentabilidade futura.

Para aproveitamento das citadas despesas com ágio, a Lei estabeleceu a necessidade de confusão patrimonial entre investida e investidora, pressupondo assim uma reunião do patrimônio da pessoa jurídica investidora com a pessoa jurídica investida, a fim de que o aludido ágio registrado naquela seja emparelhado com os lucros gerados por esta. Assim, concretizada a *confusão patrimonial* exigida pelo legislador, o ágio apurado em aquisição precedente passa a ser amortizado, ainda que a incorporada (ou cindida) seja a investidora (incorporação reversa).

É o que se observa dos arts. 7º e 8º da Lei n. 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:*
>
> *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[20]****;*
>
> *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-calendário*

[20] Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998.

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

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

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

a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

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

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

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

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

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.*

Assim, na hipótese de aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, com a correta adoção do MEP para apuração pela investidora do patrimônio líquido da investida e do correspondente ágio, acompanhada da *confusão patrimonial* entre investidora e investida (ou vice versa), a conseqüência será a amortização da fração de 1/60 por mês do ágio por expectativa de rentabilidade futura contra as receitas da empresa investida.

Porém, em nenhum momento o legislador exigiu que o contribuinte aguardasse algum lapso temporal mínimo para levar a cabo as operações necessárias para o aproveitamento do ágio em questão. A imposição da confusão patrimonial exigida pelo legislador para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio simplesmente não estabelece exigências temporais, vez que não consta qualquer prazo nos enunciados prescritivos da Lei nº 9.532/97, tal como não há prazos nas normas societárias que regulam aquisições, fusões e cisões societárias.

Nessa mesma linha, RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA[21] apresenta ponderações relevantes e de grande valia para a adequada compreensão de casos concretos:

> *"É ainda por isso que, nestes casos, se torna irrelevante como se processa a reunião das duas pessoas jurídicas, para o que a lei abre inúmeras alternativas, e nem mesmo é prejudicial aos efeitos da lei que essa reunião se tenha realizado em curto ou em largo prazo, podendo mesmo efetivar-se no próprio dia da aquisição investimento".*

Logo, penso inexistir relevância para a análise do caso em questão, argumentos que demonstrem o decurso de longo prazo temporal entre operações realizadas, ou ainda, que tenham sido utilizadas estruturas por curto espaço de tempo.

Também inexiste vedação na Lei nº 9.532/97 (ou em qualquer outro instrumento legal), desautorizando sejam realizadas reorganizações ao evento de absorção eleito para ensejar a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, a exemplo da constituição de empresa-veículo. Assim, após a aquisição de um investimento em outra pessoa jurídica com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, a denominada empresa-veículo poderia executar a formula prescrita pelo legislador, que consiste na confusão patrimonial, mediante incorporação, cisão ou fusão, das despesas de ágio contra os lucros da empresa adquirida.

Assim, salvo hipótese de fraude, a utilização de "empresa-veículo" não gera qualquer efeito tributário, isto é, não altera o potencial de amortização deste em caso de posterior operação de fusão, incorporação ou cisão que ocasione o encontro patrimonial requerido pelo legislador. Por isso, correto afirmar que tais operações são neutras, não

[21] Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, *in* Revista Direito tributário atual - Vol. 23. São Paulo: IBDT/Dialética, 2009, p. 460.

alterando a esfera de direitos dos contribuintes ou do fisco no que concerne a efetiva amortização do ágio.

Dessa forma, ausente manifestação clara e expressa do legislador no sentido de limitar a liberdade constitucional da empresa, de investimento, de organização e de contratação, me parece não haver razoabilidade exigir o congelamento completo da estrutura societária do grupo empresarial, para não perder o direito à amortização do ágio legitimamente apurado.

Logo, o fato do contribuinte se utilizar de uma empresa-veículo para a perfectibilização da operação, não invalida o negócio jurídico e os efeitos tributários decorrentes, especialmente, no caso de restar demonstrada a existência de estruturas ou caminhos alternativos disponíveis ao contribuinte e que levariam ao mesmo resultado.

A participação da sociedade USB PARTICIPAÇÕES não resultou no surgimento de ágio distinto daquele que seria gerado se a operação tivesse ocorrido noutros moldes. Acaso a aquisição da recorrente tivesse sido feita pelo Banco UBS, que atuava no Brasil desde 1983, ter-se-ia obtido o mesmo resultado conseguido com o uso da empresa-veículo em questão.

Com efeito, a participação da UBS PARTICIPAÇÕES na operação foi neutra, em termos fiscais, e não foi determinante para o aproveitamento fiscal do ágio. Observe-se que ao final da restruturação do GRUPO UBS no Brasil, a recorrente incorporou o BANCO UBS como etapa necessária à consolidação das operações do referido grupo em uma só empresa operacional. Dessa maneira, a amortização fiscal do ágio seria alcançada independente de a aquisição das ações do recorrente ter sido realizada pelo BANCO UBS ou por UBS PARTICIPAÇÕES, sendo claro tratar-se apenas de uma opção, ligada em tese ao fato de essa estrutura ter parecido mais ágil, ou ser a mais comumente utilizada em operações do gênero realizadas à época no Brasil.

É bom lembrar que o Programa Nacional de Desestatização (PND) instituído pela Lei 8.031/90, fixou as regras de desestatização de empresas. Essa lei foi posteriormente revogada pela Lei 9.491/97, cujo artigo 4º estabeleceu diversas modalidades para a desestatização, dentre as quais, a alienação de participação societária. Merece destaque o parágrafo 1º do referido artigo 4º, que estabelece que, para fins de execução das desestatizações, podem ser realizadas reestruturações societárias envolvendo, inclusive, a criação de subsidiárias integrais. Portanto, o vencedor do leilão poderia adquirir o investimento nas empresas privatizadas por meio de uma empresa subsidiária integral com o propósito específico de atuação como holding. Veja-se que estas estruturas se assemelham ao caso em epígrafe.

Portanto, as operações como as ora submetidas a julgamento nada têm de planejamento ilícito ou inoponível ao fisco, são, ao contrário, atuações induzidas, inclusive, pelo Poder Público.

Por outro lado, bastante razoável a justificativa apresentada pela recorrente, acerca da necessidade da utilização da empresa-veículo, em razão de atendimento a normas regulatórias. Confira-se os termos da Resolução do CMN nº 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 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."*

Como se observa, a Resolução CMN nº 3.040/02 admite que a aquisição do controle de instituições financeiras brasileiras seja feito por pessoas físicas, que não seria o caso, ou por instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN, como é o caso do BANCO UBS (inciso II), ou por pessoas jurídicas que tenham por objeto social exclusivo a participação societária em instituições e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, como UBS PARTICIPAÇÕES (inciso III), mas não, pelo visto por sociedades com as características da UBS AG.

Compulsando os autos, encontro ainda Parecer em apoio ao entendimento de criação de uma holding pura no Brasil, para a aquisição do Banco Pactual S.A., como opção que melhor se ajustava às exigências da já referida Resolução do CMN. 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 Pactual 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 Pactual S.A. de forma indireta, por meio da holding UBS Brasil Participações Ltda, pois esta era a correta interpretação, para o seu caso, do artigo 14 da Resolução CMN 3.040/2002.*
>
> *(...)*
>
> *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 Pactual S/A nos exatos termos em que pleiteado pelo UBS AG, por meio de holding UBS Brasil Participações Ltda"

Embora concorde com a decisão recorrida, no sentido de que o Parecer não diz que o único caminho que o GRUPO UBS teria para se certificar de que a operação seria aprovada consistiria na utilização da UBS PARTICIPAÇÕES, me parece que a outra opção, dentre as previstas no citado artigo 14 da Resolução CMN, seria a utilização do BANCO UBS. Porém, se isso tivesse ocorrido, o ágio pago na aquisição do antigo Banco Pactual S.A seria aproveitado fiscalmente, quando ocorresse a incorporação do adquirente pelo referido banco, como de fato ocorreu.

Desta forma, não há que se negar que a aquisição das ações do Banco Pactual S.A. por UBS PARTICIPAÇÕES não teve nenhuma relevância para fins de amortização fiscal de ágio, que seria igualmente obtida caso a aquisição das referidas ações houvesse sido realizada pelo BANCO UBS - a única pessoa jurídica que, além da UBS PARTICIPAÇÕES, estaria em condições de fazê-lo, nos termos da Resolução CMN nº 3.040/02.

Ou seja, participaram do negócio uma sociedade que formalmente e efetivamente (a meu ver)) adquiriu o Banco Pactual S.A - UBS PARTICIPAÇÕES; outra com a qual o Banco Pactual se juntou por incorporação - o BANCO UBS - e que estava em condições de adquiri-lo; e uma terceira sociedade, a UBS AG, que controlava as duas outras, e que estava impedida pela legislação de ser a adquirente direta do Banco Pactual S.A.

Por fim, com referência a criação da segunda *holding*, a UBS INVESTIMENTOS, vale aqui apenas uma consideração, em vista do entendimento do I. Relator que, em seu voto, sustenta que tal criação teria tido o objetivo de viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio justamente na hipótese de o BACEN vir a negar a participação direta do UBS AG em PACTUAL, justificando, assim, a manutenção dos autos de infração ora em discussão. Segundo o Relator, caso o BACEN viesse a descartar a reestruturação que colocasse USB AG - que já controlava diretamente o USB BRASIL - na posição de titular do controle direito de mais um banco no Brasil (PACTUAL), UBS INVESTIMENTOS assumiria a função de *holding* local do Grupo UBS e viabilizaria a incorporação de UBS PARTICIPAÇÕES por PACTUAL, indispensável ao aproveitamento fiscal do ágil.

Embora compreenda o raciocínio adotado, o fato é que não ocorreu a situação apontada. Não se pode negar o direito de amortização do ágio pela mera existência de empresa *holding*, absolutamente irrelevante para a estrutura efetivamente adotada, no caso concreto, e que em nada alterou as circunstâncias que justificariam o surgimento, o valor e o evento societário que justifica a amortização do ágio, já que este (ágio) decorreu exclusivamente da aquisição de PACTUAL pela UBS PARTICIPAÇÕES e da incorporação desta (UBS PARTICIPAÇÕES) pelo primeiro (PACTUAL).

Note-se que ainda que ocorre a situação apontada, ainda sim não teria havido um planejamento fiscal ilegítimo, pois a estrutura alegadamente criada com esse pretenso objetivo sequer foi utilizada. Ou seja, quando muito, teria ocorrido uma preparação para realizar um planejamento fiscal irregular que se revelou desnecessária; ou seja, uma mera tentativa de planejamento fiscal irregular, sem efeitos tributários.

Assim, por essas razões, reconhece-se que a aquisição das ações do Banco Pactual por UBS PARTICIPAÇÕES não representou absolutamente nenhum tipo de infração às normas tributárias relativas à dedutibilidade do ágio, impondo-se acolher as alegações da recorrente, neste ponto.

Da Comprovação do Fundamento Econômico do Ágio na Aquisição do Banco Pactual S.A. pelo GRUPO UBS.

Como visto, o segundo argumento utilizado pela fiscalização para contestar a dedutibilidade das despesas do ágio pago pelo GRUPO UBS, consiste na suposta falta de elaboração tempestiva de demonstrativo que justifique o fundamento econômico do ágio.

O I. Relator, na análise desse tema, acolheu as justificativas apresentadas pelo contribuinte, e entendeu ter sido comprovada a avaliação prévia de PACTUAL pelo GRUPO UBS, com base no método do fluxo de caixa descontado, e por isso, afastou a alegação fiscal de ter ocorrido ausência de estudo interno demonstrando que o ágio pago se deu a partir de projeção de rentabilidade futura, como também afastou o questionamento quanto à contemporaneidade desse estudo à realização da operação.

Logo, não há motivo para divergir do seu entendimento, motivo pelo qual o acompanhei.

Do Ágio Registrado por Ocasião da Aquisição do Banco UBS Pactual S.A. pelo Grupo BTG

Em relação a essa segunda operação, partindo-se da premissa de que o desenho utilizado foi semelhante ao da primeira operação, pois o GRUPO BTG também promoveu a criação de uma *holding*, congregando nela os interesses dos diversos sócios vendedores, 32 (trinta e dois) ao todo, e interessados no negócio, as considerações feitas acima relacionadas ao 1º ágio se encaixam neste tópico, sendo desnecessário repeti-las.

Registre-se apenas que a decisão recorrida acolheu as justificativas apresentadas pela defesa, dando provimento 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 na requisição 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 Pactual pelo Grupo UBS AG"

No entanto, a decisão recorrida manteve a glosa das despesas com amortização do ágio com base na ausência de "elaboração tempestiva do demonstrativo do fundamento do ágio", o que me permite abrir um outro tópico para analisar essa questão.

Da Comprovação do Fundamento Econômico do Ágio por Ocasião da Aquisição do Banco UBS Pactual S.A. pelo Grupo BTG

Nos termos da decisão recorrida, (i) o laudo apresentado à fiscalização, embora elaborado com base em dados levantados à época da realização do negócio, não serviu para comprovar o fundamento econômico do ágio, por ter sido finalizado apenas em maio de 2010; e (ii) que os estudos internos apresentados pelo recorrente também seriam insuficientes para comprovar o fundamento do laudo, por serem planilhas em inglês, sem identificação de autoria e data, etc.

Ao analisar esta questão, em face das provas trazidas, o I. Relator consignou inexistir nos autos documentos que demonstrem que os estudos internos apresentados sejam contemporâneos à operação, aduzindo que os documentos apresentados não são datados e tampouco assinados, impossibilitando, em sua ótica, aferir se foram, ou não, confeccionados previamente à aquisição do investimento.

De início, quanto à forma, é inequívoco que antes da vigência da Lei nº 12.973/14 inexistia imposição legal de laudo, bastando que fossem realizados estudos internos que comprovassem a escrituração do ágio, apurado com base no valor de mercado ou na expectativa de rentabilidade futura, ou uma simples apresentação em slides.

Perceba-se que à época das operações inexistia previsão legal que disciplinasse expressamente a forma de apresentação desses estudos internos. O legislador apenas referia-se à expressão "demonstração", sem qualquer complemento, especificação ou requisito adicional, permitindo, ao meu ver, que os contribuintes viessem a demonstrar o fundamento econômico do laudo por meio de qualquer instrumento ou documento, que poderia ser um laudo elaborado por auditores independentes, um estudo interno ou, com se disse, uma simples apresentação, e nesse aspecto, não há obrigatoriedade de assinatura ou de datas em slides.

Quanto ao momento, penso que se deve levar em consideração dados contemporâneos ao negócio, que sempre ocorre!, porém, não se deve exigir que a assinatura do laudo ocorra antes ou concomitantemente com a aquisição da participação.

A Lei nº 12.973/2014 trouxe nova redação ao art. 20, §3º do Decreto-Lei nº 1.598/1997, e menciona um prazo de 13 meses subseqüentes ao da aquisição da participação, para que o laudo possa ser protocolado na Receita Federal ou registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos. Penso ser bastante razoável utilizar-se do mesmo prazo de 13 meses, contados da data em que ocorreu a operação, para que o laudo seja inteiramente

confeccionado e assinado, pois do contrário, a novel lei que estabeleceu expressamente um prazo, seria mais benéfica do que a anterior, que nada previu de prazo.

Não é razoável considerar que o laudo seja elaborado na data de sua assinatura, pois, como se sabe, demanda trabalho complexo, que não é feito do dia para a noite; são elementos específicos do negócio, além de fazer referência a elementos econômicos, que impõe pesquisa, reuniões, dentre tantas atividades, e por isso não se pode tratar essa questão com tanta simplicidade.

Assim, ainda que não sejam admitidos os documentos apresentados, pois não foram datados ou assinados, o que impossibilitou, na visão do I. Relator, aferir se foram, ou não, confeccionados previamente à aquisição do investimento, não se pode dizer o mesmo do laudo apresentado, considerando que ele foi assinado em maio de 2010 e a aquisição ocorreu em setembro de 2009 (segunda operação), ou seja, em 8 (oito) meses .

Logo, com essas considerações, divirjo do entendimento do I. Relator, para dar provimento ao recurso do contribuinte também neste ponto (2º ágio).

Conclusão

Desta forma, voto pelo provimento integral do recurso do contribuinte.

(assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza

Declaração de Voto

Conselheiro Roberto Silva Junior.

A controvérsia gira em torno da dedutibilidade do ágio registrado na aquisição do Banco Pactual pelo Grupo UBS; e do ágio registrado, na operação inversa, de reaquisição do Banco Pactual pelo Grupo BTG, seu antigo controlador.

Ao longo dos anos, as decisões sobre a dedutibilidade do ágio oscilou como um pêndulo, indo de um extremo ao outro. Penso que o correto é aplicar a lei buscando um ponto de equilíbrio que, sem inviabilizar por completo a dedução do ágio, impeça que produzam efeitos tributários ágios sem substância econômica ou gerados a partir de negócios jurídicos artificiais ou simulados.

Nesse sentido, para que a amortização do ágio possa ser deduzida da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, são requisitos essenciais: a) o fundamento econômico consistir na expectativa de rentabilidade, que é exigência legal inafastável; b) a existência de estudo ou laudo, contemporâneo ao negócio jurídico, atestando, a partir de elementos objetivos, a real possibilidade de rentabilidade futura, a fim de respaldar o preço a ser pago; c) o negócio jurídico ser realizado entre partes não vinculadas; d) a existência de efetivo pagamento, de modo que ao ágio corresponda inequívoco sacrifício patrimonial do investidor; e) a confusão patrimonial, que consiste no fato de investimento e ágio estarem reunidos na mesma entidade empresarial; e f) a ausência de simulação ou fraude.

No caso concreto, ao lado das razões já enumeradas no voto do ilustre Conselheiro Relator, também se apresenta como causa de indedutibilidade do ágio a relação entre o efetivo sacrifício patrimonial suportado pelo comprador e o ágio registrado na operação. É que o efetivo pagamento pela compra do Banco Pactual é inferior ao preço declarado.

Para compreender o problema, é necessário voltar os olhos para o Termo de Verificação Fiscal - TVF (fls. 5.491 a 5.536), onde se lê que o pagamento fora dividido em duas parcelas, uma à vista e a outra diferida. Diz o TVF:

> *A operação de compra da fiscalizada (à época denominada BANCO PACTUAL S.A.) pelo GRUPO UBS iniciou-se com o Contrato de Compra e Venda datado de 09/06/2006 (doravante denominado simplesmente CCV/2006), o qual foi assinado por UBS AG, por PACTUAL S.A. e por uma série de pessoas físicas, que, por intermédio da PACTUAL S.A., eram indiretamente as sócias finais do BANCO PACTUAL S.A. (ver 1ª e 119ª folhas do DOC AINF 43).*
>
> *Os valores envolvidos foram definidos nas cláusulas 1.2 e 1.3 do citado contrato (ver 11ª à 16ª folha do DOC AINF 43), as quais tratavam, respectivamente, de* ***uma parcela à vista*** *e* ***outra diferida****,* ***esta última a ser recebida em momento futuro e limitada às condições necessárias estabelecidas no contrato****. (g.n.)*

Como se vê, a realização financeira da parcela diferida estava subordinada ao implemento de determinadas condições, sem as quais o pagamento não seria concretizado.

Embora possa causar estranheza, o recebimento da parcela cujo pagamento foi considerado como sendo à vista também estava subordinado a evento futuro e incerto. Confira-se:

*O **valor pago à vista aos sócios vendedores foi efetivado na data de 01/12/2006** pela UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA., no total de 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 (Ver cláusula 1.2 no DOC AINF 43 e esclarecimentos no item 1.5.5 do DOC AINF 52). **Os beneficiários foram os sócios vendedores, no caso, as pessoas físicas** que restaram após a incorporação da PACTUAL S.A. pelo BANCO PACTUAL S.A., comprovando-se o pagamento mediante extrato (DOC AINF 149) e sendo registrado o lançamento contábil na UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA. em contrapartida de investimentos, como participação societária no BANCO PACTUAL S.A., conforme DOC AINF 57.*

***Na cláusula 1.2** (a) (i) do CCV/2006 (DOC AINF 43) **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 1° de julho de 2011** (ver cláusula 6.11 (d) (3) do DOC AINF 43).*

(...)

***O contrato também previa que a adquirente UBS AG, ou uma nomeada por ela, seria a administradora dessa entidade** (ver cláusula 6.11 (d) (i) (1) do DOC AINF 43).*

(...)

***A entidade criada para esse fim foi a GCP BRASIL** (ver item 1.1 do DOC AINF 179), a qual foi constituída na forma de fundo de investimento (ver item 1.2 do DOC AINF 179), administrado pela UBS Pactual Serviços Financeiros S.A. (ver art. 2° do DOC AINF 182).*

*Questionada sobre o assunto (ver item 1.3 do DOC AINF 177), a fiscalizada 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** (ver item 1.3 do DOC AINF 179).*

(...)

De acordo com esclarecimentos (ver item 1.3 do DOC AINF 179), extratos (DOC AINF 183) e tabela (DOC AINF 184) apresentados pela fiscalizada, pode-se constatar que os valores recebidos pelos sócios vendedores foram, efetivamente, entregues à GCP BRASIL.

As disposições da cláusula 1.2 (iii) e (iv), cláusula 1.3 (c), cláusula 1.5 (c) e cláusula 10.1 (y) do CCV/2006, cujas imagens parciais seguem abaixo, previam uma série de situações sobre as quais a própria contribuinte confirmou que, em tese, havia a hipótese de que esses valores retidos pela GCP BRASIL poderiam não ter sido recebidos pelos sócios. A fiscalizada, 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. (antigo nome da fiscalizada antes de sua aquisição pelo Grupo UBS) afastariam essa possibilidade (ver item 1.3 do DOC AINF 179).

(...)

Esses valores entregues à GCP BRASIL, referentes ao pagamento à vista pela compra do BANCO PACTUAL S.A. (antigo nome da fiscalizada antes de sua aquisição pelo Grupo UBS), somente foram resgatados a partir de 15/10/2009 (ver

item 1.7 do DOC AINF 179 e DOC AINF 185, 186 e 187). Aqui, cabe esclarecer que, embora a previsão da retenção pela GCP BRASIL fosse até 1° de julho de 2011, em 18/09/2009, ocorreu o fechamento da recompra da fiscalizada (agora denominada BANCO UBS PACTUAL S.A.) pelo GRUPO BTG (ver item 2.10.6 do DOC AINF 52 e item 4 do DOC AINF 179). (g.n.)

A quantia referente à parcela paga *"à vista"* não foi posta à disposição dos vendedores, os quais, além de não terem a disponibilidade imediata dos valores, tinham o seu recebimento subordinado a evento futuro e incerto. Para garantir o cumprimento de exigências do contrato, os valores ficariam retidos, até julho de 2011, em entidade indicada pelo devedor ou constituída por ele com esse fim específico, no caso, a entidade foi a GCP Brasil. Para usar uma expressão popular, o dinheiro foi do bolso esquerdo para o bolso direito.

As pessoas físicas que figuraram como vendedoras do Banco Pactual não tiveram a disponibilidade imediata do dinheiro, o qual não saiu da esfera jurídica do próprio devedor. Perceba-se a limitação a que estavam sujeitas as pessoas físicas, que não podiam usar, emprestar ou aplicar o dinheiro da forma que lhes conviesse. E mais, não tinham sequer a certeza de que receberiam os valores, pois o pagamento se fez sob condição.

Em suma, tanto a parcela *"à vista"* do pagamento, quanto a parcela diferida eram incertas, pois sujeitas a condição. Certo era o ágio, que passou a ser amortizado, com efeitos fiscais, desde 2007, como apontado pela Fiscalização no processo administrativo nº 16682.720614/2012-61.

No que tange à parcela diferida, consta a seguinte observação no TVF:

Com relação aos pagamentos diferidos, devidos a prazo (cinco anos contados da data do fechamento da operação - ver esclarecimentos no item 1.8 do DOC AINF 179 e cláusula 1.3 do DOC AINF 43), na ocasião do fechamento do contrato, entendeu a contribuinte (ver item 1.5 do DOC AINF 145) que, embora sujeitos a condições necessárias para serem pagos, estes já seriam devidos, posto que haveria evidências de que as condições seriam cumpridas. Por conseguinte, ***concluiu a fiscalizada que o valor de US$ 1.480.000.000,00 já seria devido aos vendedores no prazo máximo de cinco anos****.*

Desta forma, ***a contribuinte também ativou, no fechamento do contrato, o valor desses pagamentos diferidos como valor do investimento no BANCO PACTUAL S.A.****, os quais foram convertidos em reais e contabilizados ao valor de R$ 3.205.680.000,00 (ver esclarecimentos nos itens 1.5.5 e 1.5.6 do DOC AINF 52 e item 1.5 do DOC AINF 145 e lançamentos no DOC AINF 57).*

É importante frisar que, de acordo com o CCV/2009 e esclarecimentos prestados pela contribuinte (ver item 1.8 e 1.9 do DOC AINF 179), ***deixaria de receber essa parcela a prazo o sócio vendedor que se tornasse pessoa não qualificada na forma das disposições das cláusulas apontadas no item 1.8 do Termo de Intimação Fiscal n° 08*** *(ver cláusula 1.4 (e) (i) e cláusula 10.1 (s), (y) e (xx) DOC AINF 43). Além disso, embora não abordado pela contribuinte na resposta ao item 1.8 do Termo de Intimação Fiscal,* ***também haveria a hipótese de o valor líquido a receber pelos sócios fosse igual a zero nas situações indicadas nas disposições da cláusula 1.2 (iii) e (iv), cláusula 1.3 (c), cláusula 1.5 (c) e cláusula 10.1 (y)****, cujas imagens parciais seguem no item 1.3 do DOC AINF 177.*

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

Inicialmente, a UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA. foi constituída em 31/07/2006 (ver DOC AINF 224 - documento extraído das fls. 421 a 430 do e-Processo n° 16682.720.614/2012-61), com o seguinte capital social:

(...)

*Logo em seguida, em 04/12/2006, **a UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA. aumentou o capital da UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA. em R$ 3.205.680.000,00** (ver item I na 37ª folha do DOC AINF 224 - documento extraído das fls. 421 a 539 do e-Processo n° 16682.720.614/2012-61), **mediante assunção da dívida dos pagamentos diferidos que eram devidos pela UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA. pela compra do Banco** (ver contrato de cessão e assunção no DOC AINF 61).*

*De acordo com a fiscalizada (ver item 1.4 no DOC AINF 145), nos termos da cláusula 10.4 do CCV/2006 (DOC AINF 43), **os direitos e obrigações advindos do referido contrato de compra e venda 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 a adquirente das obrigações previstas no CCV/2006 (ver 114a folha do DOC AINF 43):

(...)

***Com essa operação, entendeu a fiscalizada que a totalidade dos valores devidos por UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA. em razão da aquisição da fiscalizada foi paga antes da data de sua incorporação** (ver item 1.5.7 no DOC AINF 52), **posto que teria importado em novação, a qual seria uma das formas de extinção de uma obrigação pela formação de outra, destinada a substituí-la** (ver item 1.6 no DOC AINF 145). Assim, **não haveria,** em seu entendimento, **óbice para que o valor fosse ativado em sua contabilidade**.*

*Nesse aspecto, a contribuinte informou que **a liquidação desse pagamento diferido em benefício dos sócios vendedores somente ocorreu quando de sua recompra pelo Grupo BTG em 2009** (ver contrato de compra e venda de 2009 - CCV/2009 no DOC AINF 44), **a quem coube pagar essas obrigações**. Melhor explicando, com a recompra da fiscalizada, o Grupo BTG teria que pagar uma determinada quantia ao Grupo UBS, assim convencionou-se que, do total que o Grupo BTG teria que pagar ao Grupo UBS pela recompra, seria descontado o valor ainda devido pelo Grupo UBS aos sócios pessoas físicas que lhe haviam vendido o banco, ficando o Grupo BTG obrigado a pagar esses valores a essas pessoas físicas (ver itens 1.7, 1.8 e 2.13 (g) (a) do DOC AINF 145).*

Observe-se que, nessa recompra, a maioria dos sócios vendedores do BANCO PACTUAL S.A. (antigo nome da fiscalizada antes de sua aquisição pelo Grupo UBS), retornou à condição de sócio final do banco, ou seja, da fiscalizada (Ver relação de sócios vendedores pessoas físicas na 119ª fl. e seguintes do DOC AINF 43 e sócios retornantes na 20ª fl. e seguintes do DOC AINF 84).

> ***Os pagamentos diferidos, agora assumidos pelo Grupo BTG, foram formalmente efetuados parte pela BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A.*** *(como se verá à frente essa foi a empresa do Grupo BTG responsável pela recompra da fiscalizada) e parte pela sua controladora BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S.A. (como se verá à frente empresa assumiu o valor devido a prazo pela BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A. na recompra da fiscalizada). (g.n.)*

O trecho acima transcrito mostra que, para a recorrente, a parcela do preço cujo pagamento fora diferido estava formalmente paga, e portanto o ágio correspondente já poderia ser amortizado e deduzido do IRPJ e da CSLL. A extinção da obrigação seria decorrência de negócio jurídico realizado entre empresas do Grupo UBS: a UBS Investimentos assumira a dívida que era da UBS Participações. Assim, tendo havido novação, considerou a recorrente extinta a obrigação original, abrindo caminho para registro e dedutibilidade do ágio, que não tinha lastro em efetivo sacrifício patrimonial.

Mais tarde, com a reaquisição do Banco Pactual pelo Grupo BTG, a recorrente assumiu a responsabilidade pelos pagamentos devidos às pessoas físicas, as quais, além de credoras, eram sócias da recorrente.

O quadro final dessa sucessão de atos societários mostra a recorrente deduzindo do IRPJ e da CSLL quotas de amortização de ágio e, ao mesmo, repassando aos sócios esse ganho sob a forma de pagamento de dívida assumida quando da reaquisição do próprio banco.

Por fim, quanto à efetiva liquidação da parcela considerada como pagamento à vista, os documentos de fls. 3.493 a 3.498 não mostram que os valores foram resgatados em favor dos credores originais.

Em suma, por tudo quanto foi exposto, conclui-se que o sacrifício patrimonial não está presente a justificar os valores deduzidos a titulo de ágio.

Considerando esses fundamentos e considerando as razões já expostas no voto do ilustre Conselheiro Relator, o acompanho para negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)
Roberto Silva Junior