



| | |
|--------------------|---|
| Processo nº | 16682.722995/2015-66 |
| Recurso | Embargos |
| Acórdão nº | 1301-004.390 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária |
| Sessão de | 12 de fevereiro de 2020 |
| Embargante | BANCO BTG PACTUAL S.A. |
| Interessado | FAZENDA NACIONAL |

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

Ano-calendário: 2010, 2011

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. PROLAÇÃO DE NOVA DECISÃO. EFEITOS INFRINGENTES.

Constatada omissão no acórdão embargado, proleta-se nova decisão, podendo essa ter efeitos infringentes se em decorrência das correções dos vícios apontados chegar-se à conclusão contrária ao do arresto recorrido.

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ARTIGO 24 DA LINDB. APPLICABILIDADE.

A LINDB é norma válida, vigente e eficaz, cuja aplicação depende, sobremaneira, da adequação do caso concreto às suas previsões normativas, cabendo ao CARF aplicá-la nos casos cabíveis. Entretanto, o art. 24 da LINDB não se aplica no caso de revisão de ato de particular, constitutivo do crédito tributário, no contexto do lançamento por homologação, por ser cabível apenas nas hipóteses em que o ato revisado tem natureza administrativa.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA NA AQUISIÇÃO DO INVESTIMENTO EM RAZÃO DE QUESTÕES REGULATÓRIAS. PROPÓSITO NEGOCIAL EXTRAFISCAL. POSSIBILIDADE.

Comprovada que a utilização de empresa para aquisição do investimento se deu por razões regulatórias e que, portanto, denotou à operação propósito negocial extrafiscal, e cumpridas as demais premissas para amortização do ágio, restabelece-se a dedução das respectivas despesas.

CUSTO DE AQUISIÇÃO. PARCELA COMPOSTA POR DÍVIDA.

A composição do custo do investimento deve ser aferida à data da aquisição, sendo que e, se o sacrifício patrimonial não se deu totalmente à vista, mas sim com a assunção de dívida em uma operação realizada entre partes independentes, não há porque não considerar tal parcela como compondo o custo de aquisição, inclusive sua parcela desdobrada em ágio.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em: (i) por unanimidade de votos, acolher os embargos para sanar os vícios apontados; e (ii) por maioria de votos, acolhê-los com efeitos infringentes para retificar o decidido no Acórdão nº 1301-003.655 para rejeitar as arguições de nulidade, negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário para restabelecer as despesas com amortização de ágio da aquisição do BANCO PACTUAL pelo Grupo UBS, vencidos os Conselheiros Roberto Silva Junior, Ricardo Antonio Carvalho Barbosa e Giovana Pereira de Paiva Leite que votaram para ratificar o decidido no arresto embargado.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Roberto Silva Junior, José Eduardo Dornelas Souza, Ricardo Antonio Carvalho Barbosa, Rogério Garcia Peres, Giovana Pereira de Paiva Leite, Lucas Esteves Borges, Bianca Felícia Rothschild e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

Relatório

Por oportuno, reproduzo o despacho de admissibilidade de embargos:

Trata-se de embargos (fls. 7099 e seguintes) opostos pelo contribuinte em epígrafe em face da decisão proferida no Acórdão nº 1301-003.655, de 22/01/2019, por meio da qual o colegiado NEGOU PROVIMENTO aos recursos de ofício e voluntário, nos seguintes termos:

"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."

A ementa encontra-se assim redigida:

"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.

Dianete 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 N.º 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 comprehende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, 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.”

*Aduz a embargante a existência de **erro de fato** e de **omissões** no julgado, consoante os excertos dos embargos a seguir transcritos, verbis:*

“1.9. Em sessão de 22.01.2019, prevaleceu o voto de qualidade proferido pelo Relator Conselheiro e Presidente da Turma Julgadora FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO (“VOTO”), que reconheceu a existência de legítimos propósitos extrafiscais para a criação da UBS PARTICIPAÇÕES, mas manteve a autuação face à alegação constante das CONTRARRAZÕES de que a existência de UBS INVESTIMENTOS evidenciaria o propósito exclusivamente fiscal da estrutura montada para a compra do PACTUAL.

(...)

1.11. Como o EMBARGANTE demonstrará a seguir, o VOTO: (i) incorre em erro de fato (aférivel pelo próprio RELATÓRIO) e é omissivo quanto ao exame da prova dos autos, quando atribui à UBS INVESTIMENTOS a condição de “segunda holding” e influência no aproveitamento fiscal do ÁGIO/UBS; e (ii) é omissivo com relação a determinados pontos que deveriam ter sido analisados pela Turma Julgadora, adiante tratados.

(...)

2. DO ERRO DE FATO QUE SERVIU DE PREMISSA PARA A REJEIÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO/UBS.

2.1. No que se refere a esse item, a conclusão do VOTO no sentido de que a estrutura montada pelo Grupo UBS para a compra de PACTUAL foi ilegítima baseia-se na premissa equivocada de que UBS INVESTIMENTOS figurou como “segunda

holding", controladora de UBS PARTICIPAÇÕES, à época da incorporação desta última por PACTUAL.

2.2. Tanto na sua impugnação quanto no seu recurso voluntário, o EMBARGANTE alegou que a criação de UBS PARTICIPAÇÕES foi motivada pelo art 14 da Resolução CMN nº 3.040, de 28.11.2002, segundo o qual o controle de instituições financeiras somente pode ser detido por (i) outras instituições financeiras, (ii) pessoas físicas ou (iii) pessoas jurídicas que tenham por objeto social exclusivo a participação no capital de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN. Como não se enquadrava em nenhuma dessas categorias, UBS AG requereu ao BACEN autorização para adquirir PACTUAL por uma holding pura, aqui constituída, sob a denominação de UBS PARTICIPAÇÕES.

(...)

2.4. O VOTO comprehendeu perfeitamente a necessidade da criação de UBS PARTICIPAÇÕES e a legitimidade do pleito do Grupo UBS no sentido de UBS AG exercer o controle direto de PACTUAL, pois, afinal, já exercia o controle do banco que seria por ele incorporado. É o que se observa nas transcrições abaixo (pag. 66 do VOTO):

“(...) 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).”

2.5. Entretanto, o VOTO questiona a existência da outra holding criada no Brasil - UBS INVESTIMENTOS - por considerar que, sem ela, a incorporação de UBS PARTICIPAÇÕES por PACTUAL e, consequentemente, o aproveitamento fiscal do ágio, seriam inviáveis. E o que se observa na transcrição abaixo (págs. 66/67):

“(...) 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. (...)”

2.6. Mais adiante, o VOTO contesta o argumento do EMBARGANTE de que UBS INVESTIMENTOS não serviu ao aproveitamento do ágio, da seguinte forma (pág. 68):

“Ao contrário do alegado pela Recorrente, o papel de UBS INVESTIMENTOS foi essencial para o inicio da amortização do ágio, uma vez que, somente com a utilização de uma holding no Brasil controlando diretamente o investimento realizado 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.”

2.7. Em síntese, segundo se verifica no VOTO, a relevância de UBS INVESTIMENTOS no processo do aproveitamento fiscal do ágio evidenciar-se-ia pelos seguintes fatos: (i) UBS AG não podia exercer o controle direto de PACTUAL; (ii) por isso, constituiu UBS PARTICIPAÇÕES; (iii) mas, o aproveitamento fiscal do ágio dependia da incorporação de UBS PARTICIPAÇÕES por PACTUAL, fato que colocaria UBS AG na posição de controladora direta de PACTUAL, com infração do

art. 14 da Resolução n.º 3.040/02, se esta autorização não lhe fosse concedida; (iv) daí a transferência do controle de UBS PARTICIPAÇÕES para UBS INVESTIMENTOS. A partir desse novo quadro de participações societárias, a incorporação de UBS PARTICIPAÇÕES por PACTUAL propiciaria o aproveitamento fiscal do ÁGIO UBS sem afronta às normas regulatórias, pois quando a incorporação ocorresse, UBS INVESTIMENTOS (uma holding pura semelhante a UBS PARTICIPAÇÕES), e não UBS AG, passaria a controlar diretamente PACTUAL.

2.8. Não há dúvida de que o raciocínio realizado pelo voto é lógico. Contudo, com a devida vênia, esse raciocínio parte de manifesto erro de fato, corrigível via embargos de declaração, qual seja: a UBS INVESTIMENTOS não era controladora direta de UBS PARTICIPAÇÕES, de forma a substituí-la como controladora direta de PACTUAL quando ele viesse a incorporar UBS PARTICIPAÇÕES. Com efeito, como se pode observar no próprio RELATÓRIO do Acórdão, a participação de UBS INVESTIMENTOS no capital de UBS PARTICIPAÇÕES era desde sempre de apenas 38,96% (ver pág. 34 do RELATÓRIO).

2.9 Assim, quando ocorreu a incorporação de UBS PARTICIPAÇÕES pelo PACTUAL sua controladora direta era (e não deixou de ser por um dia sequer) UBS AG e, consequentemente, a partir da incorporação, a controladora direta de PACTUAL passou a ser UBS AG.

2.10. Retificado citado erro de fato, o que se pede via estes embargos, entende o EMBARGANTE que a conclusão do voto pode ser também retificada, no sentido de reconhecer a manifesta irrelevância da UBS INVESTIMENTOS na geração e amortização fiscal do ÁGIO/UBS.

2.11. Com efeito, diversamente do que sustenta o VOTO (por erro de fato, reitere-se), UBS INVESTIMENTOS não foi criada para contornar a restrição constante da Resolução n.º 3.040/02, pois, como titular de 38,96% do capital de UBS PARTICIPAÇÕES, não poderia desempenhar esse papel. Consequentemente, também não teria viabilizado a incorporação de UBS PARTICIPAÇÕES por PACTUAL, essencial ao aproveitamento fiscal, se o BACEN tivesse rejeitado o pleito do Grupo UBS de que UBS AG se tornasse controladora direta de PACTUAL. Se a função de UBS INVESTIMENTOS fosse a apontada no VOTO, ela teria que ser a controladora direta de UBS PARTICIPAÇÕES e não deter apenas 38,96% de suas ações.

(...)

2.14. Na medida em que a participação de UBS INVESTIMENTOS na estrutura de compra de PACTUAL foi neutra, em termos fiscais, seja no tocante à geração, seja no tocante à amortização do ágio, o EMBARGANTE não vê nenhuma razão para se rejeitarem os esclarecimentos mencionados na petição de 08.08.2018, seja por sua verossimilhança, seja por ser corroborado pelo DOC. 01, seja, finalmente, pela ausência de uma explicação melhor. (...)

2.15. Embora a existência de motivação fiscal (alegada no VOTO) na participação de UBS INVESTIMENTOS decorra diretamente do equívoco acima apontado, o EMBARGANTE transcreve trecho da petição de 08.08.2018, que demonstra que os resultados fiscais da operação independiam da participação de UBS INVESTIMENTOS:

(...)

2.16. Em suma, os presentes EMBARGOS devem ser admitidos para que seja suprido o relevante erro de fato acima referido c, consequentemente, o ACÓRDÃO enfrente a questão da relevância da UBS INVESTIMENTOS para o caso sob a ótica de que a UBS INVESTIMENTOS não foi sequer por um dia "segunda

holding" controladora de UBS PARTICIPAÇÕES, tendo em vista que ela detinha apenas 38,96% do capital de UBS PARTICIPAÇÕES, atribuindo-se efeitos modificativos a esse recurso e reconhecendo-se a improcedência do primeiro fundamento dos AUTOS para negar a dedutibilidade do ÁGIO/UBS.

2.17. Se isso não ocorrer, o que se admite apenas para argumentar, que seja no mínimo sanada a apontada omissão, de forma a se deixarem consignadas inequivocamente as razões jurídicas que justificam a manutenção da glosa do ÁGIO/UBS mesmo diante da incontrovertida existência de propósito negocial na criação de UBS PARTICIPAÇÕES e da irrelevância de UBS INVESTIMENTOS para fins do evento societário que viabilizou a sua amortização fiscal (incorporação de UBS PARTICIPAÇÕES por UBS/PACTUAL).

2.18. Finalmente, caso se entenda que o erro de fato ocorrido na identificação de UBS INVESTIMENTOS como controladora de UBS PARTICIPAÇÕES, à época de sua incorporação por PACTUAL, não basta a que o VOTO seja integralmente reformado, ele deve ao menos reconhecer a improcedência da autuação quanto à parcela do ágio proporcional à participação direta de UBS AG no capital de UBS PARTICIPAÇÕES (61,04%), uma vez que, sob quaisquer aspectos, é indiscutível que a existência de UBS INVESTIMENTOS não teve qualquer interferência sobre a sua amortização fiscal.

3. DA OMISSÃO DO VOTO QUANTO AO ART. 24 DA LINDB.

3.1. Logo após a publicação da Lei n.º 13.655, de 25.04.2018, que introduziu normas sobre segurança jurídica no Decreto-Lei n.º 4.657, de 04.09.1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - "LINDB"), o EMBARGANTE requereu que fosse dado integral provimento a seu recurso voluntário cm razão do art. 24 da LINDB. Isso porque a jurisprudência administrativa existente até o ano de 2011 (último ano objeto da autuação cm discussão no presente processo administrativo) era majoritária no sentido de validar o aproveitamento fiscal de ágio originado de aquisição de investimentos entre partes não relacionadas, ainda que utilizada a hoje chamada "empresa-veículo". O dispositivo em causa dispõe:

(...)

3.3. Ora, tendo em vista que a jurisprudência administrativa então existente era majoritária no sentido de validar o aproveitamento fiscal de ágio originado de aquisição de investimentos entre partes não relacionadas, ainda que utilizada a hoje chamada "empresa-veículo"⁴, o art. 24 da LINDB levaria ao cancelamento integral da autuação fiscal.

3.4. Embora o relatório do ACÓRDÃO tenha feito expressa referência ao fato de o EMBARGANTE ter suscitado o art. 24 da LINDB, essa questão não foi abordada pelo VOTO.

3.5. Assim, devem os EMBARGOS ser acolhidos também para sanar a omissão relativa à aplicação do art. 24 da LINDB no caso concreto, devendo a Turma Julgadora se manifestar sobre a aplicação de tal dispositivo no caso concreto."

Finaliza a embargante requerendo sejam os embargos acolhidos para que sejam sanados os vícios apontados, "reconhecendo-se a necessidade de se emprestar efeitos modificativos a este recurso e, assim, reconhecer a total improcedência dos AUTOS", e também para que seja o voto "complementado para que enfrente a questão relativa ao efetivo pagamento de parte do preço de aquisição, no montante de R\$ 375.856.328,07, sobre a qual o Relator e Presidente da Turma chegou a se manifestar favoravelmente ao EMBARGANTE, de forma oral durante a sessão de julgamento".

Passo à análise.

Nos termos do quanto disposto no art. 65 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), os embargos visam a sanar as omissões, contradições ou obscuridades verificadas entre a decisão (parte dispositiva do acórdão) e os seus respectivos fundamentos, ou, ainda, as omissões da Turma acerca de ponto sobre o qual deveria haver-se pronunciado.

De acordo com o citado dispositivo, os embargos devem ser opostos no prazo de cinco dias contado da ciência do acórdão.

Da análise dos autos, verifico que foi emitida a Intimação nº 294/2019 (fls. 7208-7210) para a ciência do embargante na data de 21/03/2019. Apesar de a data apostada no Aviso de Recebimento desta intimação (fls. 7211) encontrar-se ilegível, verifica-se que a embargante, em 26/03/2019 (conforme termos de fls. 7212-7213), ou seja, apenas cinco dias após a emissão da referida intimação, juntou aos autos a petição de fls. 7214, na qual faz expressa referência aos embargos de declaração que já opusera inclusive em data anterior à própria intimação (em 01/03/2019), e os quais se encontram nos autos às fls. 7099 e seguintes.

São tempestivos os embargos, portanto, e devem ser analisados.

Erro de fato ou erro de premissa

*De acordo com a embargante, haveria um **erro de fato** no acórdão, pois este teria se valido de uma **premissa equivocada** para chegar às conclusões nele expostas, no sentido de considerar como indedutível o ágio em discussão nos presentes autos.*

*Apesar de a embargante expressamente afirmar que reconhece a lógica do raciocínio exposto no voto condutor, no qual foi rejeitada a amortização do ágio em questão em razão da constituição de duas holdings para tentar viabilizar a sua amortização, e notadamente em razão da interposição da UBS INVESTIMENTOS, a qual figurou como “segunda holding”, e controladora da UBS PARTICIPAÇÕES, afirma a embargante que é precisamente neste ponto que se encontra o **erro de fato** apontado.*

Isto porque, segundo a embargante, “a UBS INVESTIMENTOS não era controladora direta de UBS PARTICIPAÇÕES”.

Segundo a embargante, “a participação de UBS INVESTIMENTOS no capital de UBS PARTICIPAÇÕES era desde sempre de apenas 38,96%”, conforme se poderia verificar à pág. 34 do relatório da própria decisão embargada, consoante o seguinte excerto dos embargos, abaixo novamente transscrito pela sua relevância:

2.8. Não há dúvida de que o raciocínio realizado pelo voto é lógico. Contudo, com a devida vênia, esse raciocínio parte de manifesto erro de fato, corrigível via embargos de declaração, qual seja: a UBS INVESTIMENTOS não era controladora direta de UBS PARTICIPAÇÕES, de forma a substituí-la como controladora direta de PACTUAL quando ele viesse a incorporar UBS PARTICIPAÇÕES. Com efeito, como se pode observar no próprio RELATÓRIO do Acórdão, a participação de UBS INVESTIMENTOS no capital de UBS PARTICIPAÇÕES era desde sempre de apenas 38,96% (ver pág. 34 do RELATÓRIO).

Mais adiante nos embargos, novamente retoma o ponto, afirmando que “a UBS INVESTIMENTOS não foi sequer por um dia “segunda holding” controladora de UBS

PARTICIPAÇÕES, tendo em vista que ela detinha apenas 38,96% do capital de UBS PARTICIPAÇÕES”.

Segundo a embargante, portanto, o acórdão teria se valido de uma falsa premissa (*a de que a UBS INVESTIMENTOS foi controladora da UBS PARTICIPAÇÕES, premissa a qual seria desmentida pelos fatos narrados no próprio relatório do acórdão embargado*), e, com base nesta falsa premissa, ou seja, ao tomar por ocorridos fatos que em verdade jamais ocorreram, teria chegado a conclusões equivocadas.

Pois bem.

Com relação ao **erro de fato**, ou **erro de premissa**, superando as possíveis divergências doutrinárias quanto à possibilidade de apreciação de vício desta natureza, em face da ausência de menção expressa no RICARF a esta hipótese, e adentrando-se diretamente ao mérito, observa-se que a alegação da embargante é completamente desprovida de razão.

Em primeiro lugar, registre-se não haver, à página citada pela embargante (“ver pág. 34 do RELATÓRIO”, que corresponde às fls. 6987 dos autos) nenhuma menção a quaisquer percentuais de participação da UBS INVESTIMENTOS no capital de UBS PARTICIPAÇÕES, e muito menos de um percentual especificamente de 38,96%.

Em segundo lugar, mesmo fazendo-se uma busca mediante ferramentas de localização de texto disponíveis no software utilizado para a formalização do acórdão, não se encontrará em parte alguma do acórdão a referência ao percentual de 38,96% mencionado pela embargante, o que também depõe contra a tese do alegado **erro de premissa**.

No relatório da decisão embargada, aliás, e em sentido diametralmente oposto à mera alegação da embargante de que a participação da UBS INVESTIMENTOS na UBS PARTICIPAÇÕES teria sido desde sempre de apenas 38,96%, colhem-se os seguintes registros, que deixam evidente que a UBS INVESTIMENTOS, em 01/12/2006, detinha a integralidade da participação na UBS PARTICIPAÇÕES, verbis:

“Conforme registrado na 2^a alteração do contrato social da UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA. (ver item 1 na 25^a folha do DOC AINF 224 documento extraído das fls. 421 a 539 do e-Processo nº 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. (...)” (fls. 6963, destaque acrescidos)

(...)

Pela segunda alteração (ver 24^a fl. DOC AINF 224 documento extraído das fls. 421 a 539 do e-Processo nº 16682.720.614/2012-61), a UBS AG transferiu a sua participação na UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA. para a UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA.:



(...) (fls. 6979, destaque acrescidos)

Verifica-se, portanto, de pronto, que a embargante falha completamente no seu mister de tentar demonstrar a existência de um suposto erro de fato ou erro de premissa no acórdão. Na verdade é a embargante que faz afirmativas desconexas da realidade fática contida nos autos, ao afirmar que a UBS INVESTIMENTOS não teria sido “sequer por um dia” a “segunda holding” controladora da UBS PARTICIPAÇÕES.

Noutro giro, e para demonstrar exatamente a coerência do voto condutor do acórdão embargado com as premissas fáticas descritas no relatório da decisão embargada, calha transcrever, inicialmente, o seguinte excerto do voto, no qual é feita uma síntese das três operações societárias realizadas na data de 01/12/2006, verbis:

“• 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 (...)*
- (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 (...)*
- (iii) o UBS AG aumenta e integraliza o capital da UBS INVESTIMENTOS, com a integralidade da participação na UBS PARTICIPAÇÕES (p. 32/33 TVF). ”*

(destaque acrescidos)

Logo adiante no voto, consta então o excerto do voto que foi transscrito pela embargante, no qual estaria contido o suposto erro de fato ou erro de premissa:

“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).”

O excerto destacado do voto portanto, apenas confirma que, “após a capitalização de UBS PARTICIPAÇÕES e aquisição do investimento no Banco Pactual”, ou seja, após as operações mencionadas nos itens (i) e (ii) do excerto do voto mais acima transscrito, “uma segunda holding (UBS INVESTIMENTOS, controlada direta de UBS AG), ... passou a

controlar UBS PARTICIPAÇÕES”, ou seja, ocorreu a operação mencionada no item (iii) acima, pela qual a UBS INVESTIMENTOS assumiu a integralidade da participação na UBS PARTICIPAÇÕES.

Como se vê, não há nenhum fato que tenha sido inadequadamente descrito pelo acórdão, e que pudesse se constituir, portanto, em alguma premissa fática equivocada, da qual teria partido o acórdão para alcançar as suas conclusões.

A embargante demonstra, por meio dos embargos, tão somente a sua inconformidade com a análise e interpretação conferida pela decisão prolatada aos fatos ocorridos — a qual destoa da interpretação defendida pela embargante — mas não a existência do pretenso vício apontado.

Manifestamente improcedente, portanto, a alegação da embargante quanto a suposto **erro de fato ou erro de premissa**.

Ainda dentro deste mesmo tópico dos embargos, argumenta a embargante, alternativamente, que, se acaso não seja corrigido o erro de fato por ela apontado, que seja, no mínimo, sanada a omissão que aponta existir no acórdão, “de forma a se deixarem consignadas inequivocavelmente as razões jurídicas que justificam a manutenção da glosa do ÁGIO/UBS mesmo diante da incontroversa existência de propósito negocial na criação de UBS PARTICIPAÇÕES e da irrelevância de UBS INVESTIMENTOS para fins do evento societário que viabilizou a sua amortização fiscal (incorporação de UBS PARTICIPAÇÕES por UBS/PACTUAL)”.

Com a devida vênia, as razões jurídicas para a manutenção da glosa estão apontadas no voto condutor do acórdão, ao longo das 58 páginas do voto, não sendo razoável imaginar que se possa estar diante de uma situação de inexistência de razão jurídica para a manutenção da glosa, diante de um caso assim. A embargante, uma vez mais, apenas utiliza os embargos para manifestar a sua inconformidade com a decisão prolatada, pretendendo, por meio deles, obter a reapreciação da questão de mérito central.

Os embargos de declaração, entretanto, não se prestam a tal finalidade, consoante também já o STJ o afirmou:

“2. Incabíveis os aclaratórios para que se adéque a decisão ao entendimento do embargante, nem para o acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e menos ainda para rediscussão de matéria já resolvida.” (grifei) (EDcl na AR 3.031/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/05/2010, DJe 08/06/2010)

Ademais, quanto à alegada “incontroversa existência de propósito negocial na criação de UBS PARTICIPAÇÕES”, há que se deixar bem claro que no acórdão embargado de fato constou, naquele excerto transscrito pela embargante nos embargos, que estava justificada a criação de uma holding (que poderia ser tanto a UBS PARTICIPAÇÕES quanto a UBS INVESTIMENTOS), contudo o acórdão também expressamente repudiou a interposição de uma segunda holding. Confira-se novamente os trechos mencionados, verbis:

“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 (...)”

(destaques acrescidos)

Por outro lado, quanto à alegada “irrelevância de UBS INVESTIMENTOS para fins do evento societário que viabilizou a sua amortização fiscal”, há que se registrar que esta é apenas uma alegação da embargante, à qual ela faz referência mencionando as “razões contidas na petição apresentada em 08.08.2018, à qual ora se reporta”, e inclusive transcrevendo nos embargos diversos excertos daquela mencionada petição.

A referida petição se encontra nos autos às fls. 6521-6529.

O acórdão embargado, contudo, e conforme a própria embargante registrou em outra parte dos seus embargos, expressamente refutou esta alegação da embargante.

Neste sentido, os seguintes excertos do voto condutor, verbis:

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

(...)

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.”

(destaques acrescidos)

O que se verifica, portanto, é que não houve omissão alguma no acórdão com relação a este ponto controverso (análise dos fatos ocorridos e da legislação aplicável à amortização do ágio em questão), senão apenas e tão somente a exposição de tese contrária à defendida pela embargante.

*Manifestamente improcedente também, portanto, a alegação da embargante de suposta **omissão** quanto a este ponto.*

Omissão - art. 24 da LINDB

De acordo com a embargante, o acórdão seria omisso quanto à aplicação do art. 24 da LINDB no caso concreto, registrando que o relatório do acórdão embargado fez expressa referência ao fato de a embargante ter suscitado a sua aplicação, contudo, a questão não foi abordada pelo voto.

Revisando o acórdão embargado, verifico assistir razão à embargante, neste aspecto.

De fato, a embargante suscitou a aplicação do citado dispositivo ao caso dos autos, por meio de petições apresentadas anteriormente ao julgamento. Tal fato, inclusive, conforme apontou a embargante, foi consignado no próprio relatório da decisão embargada.

Assim, tendo em vista tratar-se de argumento autônomo, e, em tese, suficiente para alterar as conclusões adotadas na decisão, entendo configurada a omissão reclamada.

Omissão - pagamento de parte do preço de aquisição

*Já na parte final de seus embargos (“Do pedido”), e embora sem utilizar o vocábulo **omissão**, requer a embargante que o voto seja “complementado para que encontre a questão relativa ao efetivo pagamento de parte do preço de aquisição, no montante de R\$ 375.856.328,07, sobre a qual o Relator e Presidente da Turma chegou a se manifestar favoravelmente ao EMBARGANTE, de forma oral durante a sessão de julgamento”.*

Se o acórdão requer uma “complementação” quanto ao ponto, a embargante, por via transversa, acusa o acórdão de omissão quanto a este ponto.

*Com relação ao víncio da **omissão**, contudo, releva observar que não é necessário o julgador refutar um a um os argumentos apresentados pelas partes, quando encontrou motivos suficientes para decidir, sendo este também o entendimento assente no STJ, conforme se verifica pelos julgados abaixo transcritos:*

“O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 [“§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”] veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo STJ, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão.” EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016.

“O Tribunal não está obrigado a responder questionários formulados pelas partes, tendo por finalidade os declaratórios dirimir dúvidas, obscuridades, contradições ou omissões realmente existentes, pois existindo fundamentação suficiente para a composição do litígio, dispensa-se a análise de todas as razões adstritas ao mesmo fim, uma vez que o objetivo da jurisdição é compor a lide e não discutir as teses jurídicas nos moldes expostos pelas partes.” (EDcl na Ação Rescisória nº 770 - DF (1998/0035423-9), Relatora Eliana Calmon)

O contribuinte não pode esperar, tampouco exigir, que seja abordado no voto condutor do acórdão, cada uma das alegações articuladas nas defesas, mas sim que as questões e matérias em litígio sejam devidamente apreciadas.

No caso, a questão do “pagamento de parte do preço de aquisição, no montante de R\$ 375.856.328,07” não foi, de fato, enfrentada no voto, mas não o foi exatamente porque se tratava de questão subsidiária, ou seja, irrelevante no contexto da fundamentação exposta no voto condutor para a manutenção da glosa lançada de ofício, ou, noutras palavras, insuficiente para desconstituir as razões apresentadas no voto para a manutenção da glosa.

Neste aspecto, calha transcrever os seguintes excertos do voto condutor, verbis:

"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.*"

(destaques acrescidos)

Inexistente, portanto, qualquer efetiva omissão no acórdão quanto a este ponto, sendo manifestamente improcedente a alegação da embargante, assim como o seu requerimento para a "complementação" do acórdão, neste ponto.

Conclusão

Em síntese e conclusão, por todo o exposto, e com fulcro no art. 65, do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), ADMITO PARCIALMENTE os embargos de declaração opostos, para que seja sanada a mencionada omissão com relação à aplicação (ou não) do art. 24 da LINDB ao caso concreto.

No que diz respeito aos pontos rejeitados nos embargos, nos termos do § 3º do art. 65 do Anexo II do RICARF, esta decisão é definitiva quanto a sua rejeição.

Nesta conformidade, e tendo sido o relator da decisão embargada, movimentem-se os autos para a minha própria caixa de trabalho, na atividade "Para Relatar", para a devida apreciação e inclusão em pauta de julgamento.

Intimado a respeito do referido despacho, o contribuinte apresentou a petição de fls. 7323-7325 requerendo reconsideração do despacho em razão de suposto erro material.

Acatando o erro apontado, assim me manifestei no despacho de saneamento de fls. 7326-7330:

Em resumo, aduz que a conclusão do despacho de admissibilidade de embargos quanto inexisteência de erro de fato ou erro de premissa em relação ao fato de que UBS INVESTIMENTOS detinha apenas 38,96% do capital da UBS PARTICIPAÇÕES, e não seu controle, uma vez que não se identificou tal percentual à pg. 34 do Relatório (que corresponde à fl. 6987 dos autos), estaria equivocada em razão de não estar citado o percentual dessa participação naquela folha, mas sim o número de ações detidas por UBS INVESTIMENTOS em UBS PARTICIPAÇÕES. Vejam-se os argumentos da Interessada:

7. A pág. 34 do RELATÓRIO traz a seguinte figura:

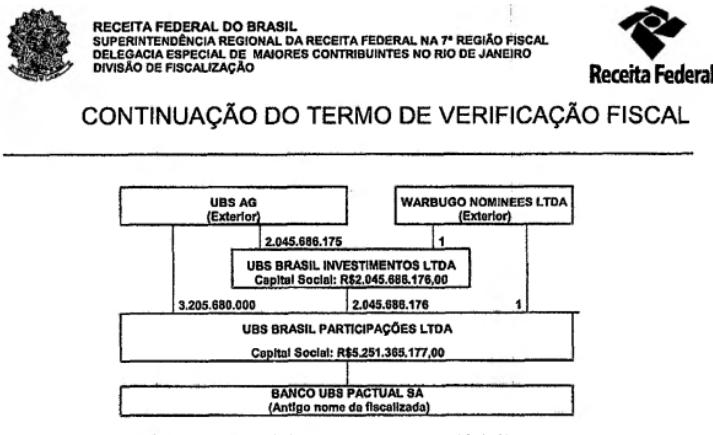


Figura 6 – Transferência da dívida dos pagamentos diferidos do CCV/2006 da UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA para a UBS AG mediante cessão quotas

8. Ainda que as participações no capital da UBS PARTICIPAÇÕES não tenham sido apresentadas em percentuais, mas, sim, em números absolutos de quotas, o fato é que – dividida a quantidade de quotas que UBS INVESTIMENTOS detinha de UBS PARTICIPAÇÕES pelo total de quotas representativas do capital de UBS PARTICIPAÇÕES – conclui-se prontamente que UBS INVESTIMENTOS detinha apenas 38,96% destas quotas, e não o controle da UBS PARTICIPAÇÕES.

9. Vejamos os números e as contas:

- UBS AG detinha **3.205.680.000** **quotas** do capital da UBS PARTICIPAÇÕES;
 - UBS INVESTIMENTOS detinha **2.045.686.176** **quotas** do capital da UBS PARTICIPAÇÕES; e
 - O capital total da UBS PARTICIPAÇÕES era dividido em **5.251.365.177** **quotas**
- (Obs: há erro de arredondamento na própria pág. 34 do RELATÓRIO, mas irrelevante.)

Logo:

A participação percentual da UBS AG no capital da UBS PARTICIPAÇÕES era de **61,04%** ($=3.205.680.000/5.251.365.177$); e

A participação percentual da UBS INVESTIMENTOS no capital da UBS PARTICIPAÇÕES era de **38,96%** ($=2.045.686.176/5.251.365.177$).

Esses elementos são extraíveis não apenas da figura de pg. 34, como também dos atos societários acostados a fls. dos autos.

10. Portanto, é fato incontrovertido no processo que, por ocasião da incorporação de empresas que permitiu o aproveitamento fiscal do ágio gerado na aquisição do Banco Pactual, a UBS INVESTIMENTOS não era uma segunda *holding* controladora da UBS PARTICIPAÇÕES, uma vez que a sua participação se limitava a **38,96%** do capital desta.

11. A DECISÃO fixa-se no dia 01.12.2006 (sexta-feira), quando se iniciaram os sucessivos atos societários que se sucederam à compra do Banco Pactual, e deixa de considerar que, no dia 04.12.2006 (segunda-feira), dia útil imediatamente seguinte, as participações societárias eram exatamente aquelas referidas na pág. 34 do RELATÓRIO, conforme acima reproduzido.

12. É imperioso, portanto, reconsiderar a DECISÃO quanto a este primeiro vício apontado nos ED, sob pena de se manter no ACÓRDÃO a incorreta premissa de que a UBS PARTICIPAÇÕES era controlada pela UBS INVESTIMENTOS. Não era à época do evento relevante: a incorporação que permitiu o aproveitamento fiscal do ágio. Não era a partir de 04.12.2006. Não era antes de 01.12.2006. E não se concebe justificar o suposto controle – por um dia útil, quando o encadeamento dos fatos, no seu conjunto, denota que jamais se pretendeu transformar a UBS INVESTIMENTOS em controladora da UBS PARTICIPAÇÕES. Embora desdobrado em duas alterações contratuais realizadas em dias úteis sucessivos, o negócio foi evidentemente um só e teve por objeto 38,96% das quotas representativas do capital de UBS PARTICIPAÇÕES.

13. Esclarecido esse fato relevantíssimo e superado o erro material acima tratado, o BANCO confia que o Sr. Presidente e Relator do presente processo reconsiderará a DECISÃO nesse particular e seus corolários, submetendo a matéria à discussão pela Turma julgadora. É o que se pede, respeitosamente.

Analisando o requerimento da Interessada, entendo lhe assistir razão, pois não atentei ao fato de que o percentual de 38,96% citado pelo contribuinte em seus embargos não estava explícito à fl. 6987 dos autos, referindo-se, isso sim, ao número de ações detidas por UBS INVESTIMENTOS em relação ao total de ações que compunham o capital de UBS PARTICIPAÇÕES.

Desse modo, considerando-se que a premissa adotada no arresto embargado foi a de que UBS INVESTIMENTOS detinha 100% das ações de UBS PARTICIPAÇÕES, e essa mostra-se equivocada, há ao menos probabilidade que a conclusão do voto, e do colegiado, pudesse ser alterada em face da real participação de UBS INVESTIMENTO em UBS PARTICIPAÇÕES.

Desse modo, reconsidero o despacho de admissibilidade dos embargos para admitir também os embargos em relação ao erro de premissa em que se apoiou o arresto embargado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Relator.

1 ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS

Os embargos já foram parcialmente admitidos pelo despacho de admissibilidade em relação à aplicação, ou não, do art. 24 da LINDB.

Quanto ao erro de fato, o despacho de fls. 7326-7330 reconsiderou o despacho de admissibilidade para admitir também os embargos em relação ao suposto erro de fato.

Trata-se, em realidade, de erro de fato, baseado em premissa equivocada, que, ao menos tese, teria potencial para que os embargos opostos possam ter efeitos infringentes.

A respeito do conceito de erro fato, destaco o disposto no § 1º do art. 966 do Código de Processo Civil:

Art. 966. [...]

§ 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.

A respeito de eventual erro de fato, baseado em premissa equivocada, dar ensejo a embargos de declaração, há precedentes do STJ nesse sentido. Veja-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE PREMissa EQUIVOCADA. CABIMENTO DOS ACLARATÓRIOS. ERRO DE FATO NÃO VERIFICADO. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. ARGUMENTOS TRAZIDOS INOPORTUNAMENTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS,

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, "é admitido o uso de embargos de declaração com efeitos infringentes, em caráter excepcional, para a correção de premissa equivocada, com base em erro de fato, sobre a qual tenha se fundado o acórdão embargado, quando tal for decisivo para o resultado do julgamento" (EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 632.184/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 2/10/2006).

[...] (EDcl no AgInt no AREsp 1207830/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/11/2018, DJe 16/11/2018)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO DE FATO. PREMissa EQUIVOCADA. CABIMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. NULIDADE DA CDA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL CONSIDERADO VIOLADO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. PRESCRIÇÃO AFASTADA PELO

JUÍZO A QUO. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. São cabíveis Embargos de Declaração opostos com finalidade de corrigir existência de erro de fato, adotado como premissa para o julgamento questionado. Precedentes do STJ.

[...] (EDcl no AgInt no AREsp 1038597/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/11/2018, ale 19/11/2018)

Assim sendo, ratifico o conhecimento dos embargos.

2 INAPLICABILIDADE DO ART. 24 DA LINDB

O tema já foi tratado por este colegiado no Acórdão 1301-003.284 por meio da Declaração de Voto elaborada pelo ilustre Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto, a qual, em parte, e com algumas adaptações, reproduzo a seguir:

Trata-se de questão de grande complexidade, e objeto de apelos recentes dos patronos dos Contribuintes que litigam neste Conselho, a aplicação do art. 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB, Decreto-Lei nº 4657/1942) aos processos administrativos fiscais sob julgamento, nos casos em que as circunstâncias que determinaram a autuação eram consideradas corretas pela jurisprudência majoritária deste CARF, mormente através de precedentes favoráveis da Câmara Superior (CSRF) no período de realização da conduta considerada indevida.

O dispositivo, inserido pela Lei nº 13.655/2018, tem o seguinte teor:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Pois bem, entende o Contribuinte que a Fiscalização não poderia autuá-lo, em razão de a amortização das despesas de ágio ter se dado em conformidade com a jurisprudência da CSRF, qualificando-se como *jurisprudência administrativa majoritária*, para fins de enquadramento legal como "*orientações gerais*". Nessa linha de raciocínio, entende que havendo demonstrado a existência de precedentes suficientes para qualificação de uma jurisprudência, no período em que a conduta foi realizada, estaria resguardado de qualquer autuação posterior da Receita Federal.

Antes de analisar se haveria ou não uma *orientação geral*, há algumas questões prejudiciais a serem enfrentadas, nos que diz respeito ao alcance do referido art. 24 da LINDB.

Parece-nos que o ponto mais problemático diz respeito ao alcance desse dispositivo em relação a atos realizados pelo Contribuinte, com base no art. 150, §4º do CTN, com a finalidade de declarar os fatos geradores ocorridos, apurar o tributo devido - incluindo aí o

cômputo de despesas e demais exclusões na apuração do seu Lucro Real - e, finalmente, pagar o tributo, sujeitando-se a posterior ato homologatório da Administração, expresso ou presumido.

O dispositivo é expresso em afirmar que alcance "*a validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado*". Adiantando-nos à parte final da disposição, não temos dúvidas de que o ato do contribuinte perfaz a constituição do crédito tributário, o que resta corroborado pelo efeito extintivo do "pagamento antecipado", conforme estabelecido pelo art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005 - somente se extingue o que já existe, com definitividade, ainda que sujeito a posterior revisão administrativa no prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador.

Causa maior dúvida, entretanto, o alcance de "*ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa*", em razão de uma peculiaridade gramatical da língua portuguesa. A perplexidade reside, precisamente, no alcance semântico do adjetivo "*administrativa*", se em relação apenas a "*norma*", ou se afeta os demais substantivos.

Trata-se de um caso especial de concordância nominal, no qual o adjetivo é posposto aos substantivos, em que a regra culta autoriza que o adjetivo concorde, em gênero e número, com o substantivo mais próximo **ou** com todos eles (assumindo a forma masculino plural, se houver substantivos de ambos os gêneros). Por exemplo, são gramaticalmente corretas e de idêntico significado as frases:

A noiva exigiu o vestido e a maquiagem **perfeita** para o casamento.

A noiva exigiu a maquiagem e o vestido **perfeito** para o casamento.

A noiva exigiu o vestido e a maquiagem **perfeitos** para o casamento.

A noiva exigiu a maquiagem e o vestido **perfeitos** para o casamento.

A despeito da regra, a utilização do adjetivo flexionado em número, concordando com todos os substantivos, traz um evidente ganho de clareza, afastando dúvidas sobre o alcance dele a todos ou apenas ao último termo.

A relevância da dúvida é patente, pois o ato do contribuinte, em cumprimento da obrigação de apuração do crédito tributário, não tem natureza de ato administrativo (diferentemente do lançamento tributário, realizado exclusivamente por autoridade administrativa, nos termos do art. 142 do CTN) - em sendo o adjetivo "*administrativa*" referente exclusivamente a "*norma*", então tanto o ato administrativo quanto o privado estariam abrangidos pelo dispositivo, caso contrário, apenas os atos administrativos, como o lançamento, estariam sujeitos à vedação de revisão.

Em caso de dúvidas na interpretação, a própria LINDB nos dá diretrizes, em seu art. 5º, ao determinar que "*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*" - com isso, não se quer dizer que a intenção do legislador - *mens legislatoris* - deve se sobrepor ao texto legal e seu sentido próprio adquirido dentro do sistema jurídico, mas sim que, em caso de dúvida sobre este sentido, o recurso à finalidade que se pretendia alcançar é admitida para esclarecer o conteúdo e alcance da norma.

Em 2015, o Senado Federal editou obra denominada "*Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas: desafios de uma sociedade democrática*", que compilou

estudos sobre o Projeto de Lei nº 349/2015, posteriormente convertido na Lei nº 13.655/2018. Neste trabalho, diversos professores que participaram na elaboração do projeto de lei apresentaram as razões para os dispositivos, sendo digno de nota trecho da autoria dos Professores Floriano Azevedo e Egon Bockmann:

O projeto de lei apresentado ao Senador Antonio Anastasia para atualizar a Lei de Introdução traz algumas boas indicações de como lidar com a atual realidade. Ao invés de perseguir um positivismo fechado e fora do tempo, a iniciativa propõe a inclusão de uma série de artigos à Lei de Introdução das Normas ao Direito Brasileiro, voltadas a balizar a interpretação e aplicação do direito público. Sem tolher a atuação dos órgãos administrativos, jurisdicionais ou de controle, **o projeto coloca parâmetros de estabilidade e previsibilidade às relações com a Administração Pública.**¹

Nesse sentido, os autores deixam claro que a lei busca regular o tratamento de atos, contratos, ajustes, processos e normas **administrativos**, que tenham sido constituídos levando-se em conta a orientação geral vigente na época, como forma de resguardá-los do controle posterior por novos critérios ou novas interpretações. Isso fica claro em outros artigos da mesma obra, como este da lavra de Marçal Justen Filho:

A ação visa o exame de ato administrativo concreto, nas suas diversas manifestações. Assim, poderá versar sobre ato administrativo unilateral ou bilateral. Poderá envolver inclusive aspecto específico de ato administrativo, tal como o preço ou quaisquer outros valores contemplados para constituir despesa ou receita da Administração Pública.²

Mais enfático ainda é Egon Bockmann:

O artigo 26 determina que as decisões (administrativas, controladoras e/ou judiciais - isto é, todos os atos de aplicação do Direito) que porventura invalidem atos e negócios jurídicos administrativos pretéritos (ato, contrato, ajuste, processo ou norma - pouco importa o nome) tenham de levar em consideração seus efeitos futuros.³

Assim, parece haver entre todos os autores que participaram da elaboração da lei um alinhamento no sentido do alcance do art. 24 da LINDB apenas aos atos administrativos, e não a quaisquer atos privados, ainda que relevantes na relação entre Administração Pública e o cidadão-contribuinte.

Por mais que o ato apuração do tributo seja do contribuinte em relação à Receita Federal, que deverá homologá-lo, isso não o torna um ato administrativo, cuja definição clássica

¹ MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Uma Lei para o Estado de Direito Contemporâneo, In Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas: desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015, p.11.

² JUSTEN FILHO, Marçal. Artigo 24, In Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas: desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015, p.29. É preciso frisar que o artigo 24 analisado nesse artigo é correspondente ao art.25 da versão final da lei, o qual foi objeto de voto, mas cuja redação foi construída de forma articulada com o art. 25 (atual art. 24), e aduzia o seguinte:

Art. 25. Quando necessário por razões de segurança jurídica de interesse geral, o ente poderá propor ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, cuja sentença fará coisa julgada com eficácia erga omnes.

§ 1º A ação de que trata o caput deste artigo será processada conforme o rito aplicável à ação civil pública.

§ 2º O Ministério Público será citado para a ação, podendo abster-se, contestar ou aderir ao pedido.

§ 3º A declaração de validade poderá abranger a adequação e a economicidade dos preços ou valores previstos no ato, contrato ou ajuste.

³ MOREIRA, Egon Bockmann. Artigo 26, In Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas: desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015, p.33.

de Hely Lopes Meirelles já acentuava seus caracteres: "*Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria*".

Desse modo, parece-nos que a referida norma não alcança os atos privados realizados no procedimento de declaração dos fatos geradores e apuração dos tributos devidos, mas apenas aos atos administrativos realizados pela Administração Pública.

A intenção do Contribuinte de ver sua pretensão tutelada pelo dispositivo em questão não é adequada, sobretudo em razão da existência de dispositivos legais específicos com dão suporte à sua tese.

Em se tratando de proteção da confiança do Contribuinte quanto à homogeneidade da atuação administrativa, especialmente no tocante ao critério jurídico utilizado, há que se mencionar expressamente a tutela dada pelo art. 146 do CTN:

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

Ao falar-se em modificação, está-se a pressupor a existência de algo anterior que será alterado, ou seja, no contexto do dispositivo, haveria o **critério jurídico original** e o **critério jurídico modificado**. A questão central para desatar a compreensão desse dispositivo é qual a base sob a que repousa o critério jurídico original.

Antes de abordá-la, há que se frisar também que o artigo 146 traz uma limitação objetiva ao poder fiscalizador, vinculando a Administração ao critério original para todos os fatos geradores anteriores à introdução da modificação, em relação a um mesmo contribuinte. É dizer, o novo critério somente poderá ser aplicado a um contribuinte a partir do momento que ele tenha ciência de que esta será a nova "regra do jogo".

Parece-me que a expressão "*critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento*" induz, em uma leitura apressada, a entender que a restrição se daria no bojo de um único procedimento administrativo, como regra relativa a revisão de lançamento. Todavia, tal leitura resta infirmada a partir do momento que o artigo restringe expressamente a limitação a um mesmo sujeito passivo - ora, *fosse essa alteração dentro de um lançamento já realizado, não haveria por quê restringir o seu alcance a um único contribuinte, pois ela já seria ab ovo restrita ao contribuinte daquele lançamento*.

A própria redação do dispositivo deixa em claras nuvens a erronia de se considerar o artigo 146 como restrição à revisão de lançamento.

Mais ainda, *não faz sentido em se falar em alteração de critério jurídico dentro de um mesmo lançamento tributário, em face do artigo 149*, que traz as hipóteses expressas de revisão de ofício do lançamento, não havendo, em seu rol exaustivo, qualquer hipótese de revisão por alteração no critério jurídico.

Como pode o artigo 146 se referir a uma revisão do critério jurídico adotado pelo fiscal, se o artigo 149 não incluiu tal possibilidade como hipótese de alteração do lançamento? Não faz sentido. A ideia de uma modificação de critério jurídico dentro de um lançamento resta afetada pela própria ausência de autorização legal para tanto.

Ao condicionar a limitação à introdução da modificação de critério jurídico (é dizer, à ciência do sujeito passivo), verifica-se que não se está falando de uma alteração dentro do próprio lançamento, como cuidamos de infirmar acima, mas sim de uma alteração do critério jurídico tomada, por determinado contribuinte, como o utilizado pela fiscalização.

Com esse esclarecimento, observa-se que o **critério original** não tem origem em um determinado ato de lançamento, mas possui uma base normativa autônoma. Parece-nos que a leitura do artigo 146 se esclarece a partir da sua compreensão conjunta ao artigo 100 do Código Tributário, *verbis*:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os **atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas**;

II - as **decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa**, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as **práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas**;

IV - os **convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios**.

Em primeiro lugar, salta aos olhos que o artigo 100, II é expressamente mencionado no corpo do artigo 146, ao apontar a decisão administrativa como causa da alteração de critério jurídico, o que indica, a meu ver, que caminhamos na direção correta para a compreensão deste comando legal. É absolutamente claro que no caso de uma decisão administrativa *com eficácia vinculante* que estabeleça novos critérios jurídicos, eles somente valerão para fatos geradores posteriores à sua publicação, que implicaria a ciência dos contribuintes.

Quanto aos incisos I e IV, parece-me que o artigo 146 não precisa abarcá-los, visto que enquanto normas gerais e abstratas não gozam de retroatividade fora das hipóteses do artigo 106 do Código Tributário Nacional, se aplicando também apenas aos fatos geradores posteriores à sua introdução. *A tônica parece restar sobre o inciso III do artigo 100, que trata como normas complementares as práticas observadas reiteradamente pelas autoridades administrativas.*

Ao aplicar reiteradamente um critério jurídico em relação a determinado contribuinte, verifica-se que há a consolidação de uma norma complementar que vincula a Administração àquela interpretação ou critério, perante aquele sujeito passivo. *É a partir daí que se tem um critério original passível da modificação tratada pelo artigo 146 do CTN.*

Nesse sentido é a lição de Luciano Amaro:

"(...) esse dispositivo expressa mais do que a mera inalterabilidade do lançamento por mudança de critério jurídico, na medida em que, repita-se, estende a

inalterabilidade do critério para todos os fatos geradores já ocorridos, mesmo que ainda não tenham sido objeto de lançamento. (...)

O dispositivo é severo com o Fisco, ao proibir que, em determinado lançamento, ele passe a adotar novo critério (em relação ao mesmo sujeito passivo), uma vez que isso implicaria mudança de critério quanto a fato gerador ocorrido antes da introdução do novo critério... O Fisco deve primeiro divulgar o novo critério para depois poder aplicá-lo nos lançamentos futuros pertinentes a fatos geradores também futuros (em relação a sujeito passivo que, no passado, tenha tido obrigação lançada por outro critério)." (AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.354)

O exemplo do celibato eclesiástico talvez esclareça o que pretendo dizer.

Do nascimento da Igreja Católica até o século XII não havia qualquer exigência de celibato para sacerdotes da Igreja, com registro inclusive de papas casados. Entretanto, com os *Concílios de Latrão* alterou-se a interpretação que era dada às Sagradas Escrituras passando-se a sustentar que o clero deveria se abster do casamento. E como ficaram os sacerdotes casados à época do Concílio? Em razão da alteração do entendimento, a regra passou a ser exigida apenas aos novos candidatos ao sacerdócio, preservando-se os casamentos contraídos antes da regra ser "reinterpretada".

O próprio artigo 150, III, "a" da Constituição Federal, ao vedar a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado, encampa esse entendimento à partir do momento que se constata que os textos legais são vagos e ambíguos, sujeitos a mais de um sentido possível, na maioria das vezes. Assim, da mesma forma que não se pode retroagir a lei sobre fatos geradores anteriores a ela, tampouco pode retroagir uma nova interpretação dessa lei para atingir fatos geradores ocorridos durante período em que a fiscalização utilizava pacificamente outro critério jurídico - seria desrespeito à norma complementar decorrente da prática reiterada da administração.

Nesse sentido, calha mencionar o fato da jurisprudência pátria sufragar tal entendimento:

"Recurso Especial. Mandado de segurança. PIS e COFINS. Suspensão de incidência. Obrigatoriedade. Art. 146 do CTN. Mudança de critério jurídico. Inaplicabilidade a fatos pretéritos. Erro de direito.

1. É obrigatória a 'suspensão de incidência do PIS e da COFINS' a partir da IN SRF nº 660/06, na hipótese prevista no art. 9º, III, c/c o art. 8º, §1º, III, da Lei nº 10.925/2004.

2. A inobservância dos procedimentos previstos na IN SRF 660/06 não leva à presunção de incidência das contribuições para efeito de eventual direito a creditamento.

3. Entendimento adotado pela administração tributária somente após a Solução de Consulta Interna (SCI) nº 58/SRF, de 25/11/2008. Até essa data, por equivocada valoração jurídica dos fatos, reconhece-se a prática de erro de direito.

4. A orientação firmada na SCI nº 58/SRF aplica-se apenas às situações cujos fatos geradores ocorreram após 25/11/2008, proibida a retroatividade – art. 146 do CTN.

5. Recurso especial parcialmente provido." (STJ, 2ª Turma, REsp. nº 1.233.389/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 18.12.2013)

"Tributário. Aduaneiro. Importação. Mudança de critério legal. Art. 146 do CTN. Segurança jurídica.

1. O proceder da autora foi determinado formalmente por um critério de interpretação do Fisco que depois passou a ser considerado pelo próprio Fisco como ilegal.

2. Por força do art. 146 do CTN, a exigência fiscal ora combatida, por óbvio é ilegal, uma vez que foi o próprio Fisco quem expressamente exigiu a mudança de critério adotado pela autora em importação anterior.

3. A mudança de critério legal de interpretação adotada pelo Fisco, consoante estabelece o artigo 146 do CTN, ainda mais no caso de o Fisco compelir o contribuinte a agir de uma maneira, que, depois, passou a considerar ilegal, somente vincula o contribuinte para os fatos geradores ocorridos depois daquela mudança.

4. Em um sistema tributário absolutamente caótico, confuso e inflacionado normativamente, é absolutamente lógico e necessário o disposto no artigo 146 do CTN, na medida em que fica, por esse dispositivo, preservado o postulado da segurança jurídica, ao se exigir da administração tributária um proceder que permita ao contribuinte tomar conhecimento sobre os critérios que deverá observar nas suas condutas correlatas às obrigações tributárias principais e acessórias, previstas no cipoal da legislação tributária." (TRF da 4ª Região, Apelação Cível nº 2008.72.01.0015054/SC, Rel. Des. Federal JOEL ILAN PACIORNIK, DJ 13.01.2011)

"Tributário. Consulta fiscal. Mudança de critério jurídico. Erro de direito. Art. 146 do CTN. Dever de lealdade e proteção à confiança da relação jurídico tributária. Irretroatividade. Inaplicabilidade a fatos geradores pretéritos. Art. 48, § 12, da Lei 9.430/96. Possibilidade de alteração de entendimento a fatos geradores posteriores.

1. A normatividade do art. 146 do CTN conecta-se com o princípio da irretroatividade, vinculando a administração ao critério jurídico existente à época do fato gerador, tanto para a revisão de lançamento, quanto para o lançamento de ofício. Oferecendo a interpretação oficial sobre a matéria, a Administração não poderia aplicar o novo critério adotado na consulta fiscal nos fatos geradores pretéritos, em razão do dever de lealdade e da relação de confiança que norteia a relação jurídico-tributária.

2. O novo entendimento exarado em consulta fiscal, que resulta em alteração de entendimento emitido anteriormente, tem aplicação tão somente aos fatos posteriores à ciência do contribuinte acerca do mesmo. O art. 48, § 12, da Lei nº 9.430/96 dispõe sobre a possibilidade de mudança da solução da consulta, relativamente a fatos geradores posteriores." (TRF da 4ª Região, Apelação REO nº 500206176.2010.404.7005/PR, Rel. Des.

Federal MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, j. 21.05.2014)

E mesmo sob uma perspectiva de regramento do processo administrativo essa matéria foi objeto de preocupação do legislador. Vejamos o que diz o art. 2º, parágrafo único, XIII da Lei nº 9.784/99:

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

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

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Como se vê, a lei geral do processo administrativo federal veda expressamente que se dê aplicação retroativa a nova interpretação da legislação, com a finalidade de proteger a confiança construída. Esse dispositivo, entretanto, só tem aplicabilidade nos casos em que se estabeleça uma "orientação geral" que justifique a base de confiança construída e apta a orientar as condutas do contribuinte.

Portanto, a pretensão do contribuinte não dependeria, pois, da aplicação do art. 24 da LINDB, por não ser ela aplicável a atos privados do contribuinte. Mas ainda que fosse, não seria aplicável em razão da especialidade dos arts. 146 e 100, III, do CTN, e o art. 2º, p.u., XIII da Lei nº 9.784/99, cuja correta compreensão e aplicação dariam igual tutela à confiança depositada e ao princípio da segurança jurídica.

Desse modo, rejeito também essa preliminar arguida.

3 ERRO DE FATO

O erro de fato apontado pela Embargante diz respeito ao à conclusão do arresto embargado de que UBS INVESTIMENTOS teria sido interposta na operação porque UBS AG não poderia deter o controle direto de uma instituição financeira no Brasil.

Ressalto o ponto fulcral do acórdão:

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 empresa⁴.

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 nº 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. 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. [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 nº 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 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,

⁴ 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.

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 múltiplo brasileiro por uma instituição financeira sediada no exterior e com atividades diversificadas (como era o caso da UBS AG), ter ocorrido através de *holdings* que tinham por objeto social exclusivo a participação societária em instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil estava aderente ao normativo do Conselho Monetário Nacional. Essa forma atendia à regulação e à racionalidade econômica dessa regulação, que impõe que uma empresa financeira (estritamente regulada) seja constituída de forma isolada de empresas não financeiras, sem impedimentos que restrinjam a atuação plena do regulador.*

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. [negrito]

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). [grifei]

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 PARTICIPAÇÕES ou sociedade com as mesmas características; (ii) ao proceder à 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 título 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 corrente 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.

Veja-se que o raciocínio levado a efeito para se negar direito à amortização do ágio foi a de que UBS INVESTIMENTOS teria sido interposta no negócio, na condição de controladora de UBS PARTICIPAÇÕES, a fim de que pudesse ser viabilizada a confusão patrimonial entre UBS PARTICIPAÇÕES E BANCO PACTUAL sem que se corresse o risco de ordem regulatória (inciso III do art. 14 da Resolução do CMN nº 3.040/2002), pois, assim, o controle da instituição financeira ficaria a cargo de UBS PARTICIPAÇÕES, e não de UBS AG.

Contudo, a Embargante tem razão quando afirma que UBS INVESTIMENTOS não detinha o controle de UBS PARTICIPAÇÕES à época da incorporação reversa entre BANCO PACTUAL e UBS PARTICIPAÇÕES.

Tanto a PGFN, quanto este relator, concluíram que UBS INVESTIMENTOS detinha o controle de UBS PARTICIPAÇÕES por analisarem o ocorrido no dia 01/12/2006, quando UBS AG transferiu a sua participação em UBS PARTICIPAÇÕES para UBS BRASIL. Veja-se excerto da p. 33 do Termo de Verificação Fiscal (fl. 5523):



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

Contudo, outros passos foram realizados nos dias seguintes, e antes da confusão patrimonial entre UBS PARTICIPAÇÕES e BANCO PACTUAL. Veja-se.

Naquela mesma data (01/12/2006), o capital social de UBS INVESTIMENTOS era de R\$ 2.045.686.176,00 (controlada por UBS AG), cujo único ativo era justamente o investimento em UBS PARTICIPAÇÕES (naquele ínterim, sua subsidiária integral).

Contudo, três dias após (04/12/2006), UBS INVESTIMENTO aumentou o capital de UBS PARTICIPAÇÕES (que passou para R\$ 5.251.365.176,00) mediante assunção da dívida que essa possuía por ocasião da aquisição do investimento em BANCO PACTUAL (CCV/2006), conforme demonstrado à p. 33 do Termo de Verificação Fiscal (fl. 5523), e reproduzido a seguir:



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

Nessa mesma data, UBS INVESTIMENTOS cedeu essa obrigação assumida à UBS AG, em troca de parte de sua participação em UBS PARTICIPAÇÕES, no exato valor dessa dívida (p. 34 do Termo de Verificação Fiscal - fl. 5524):

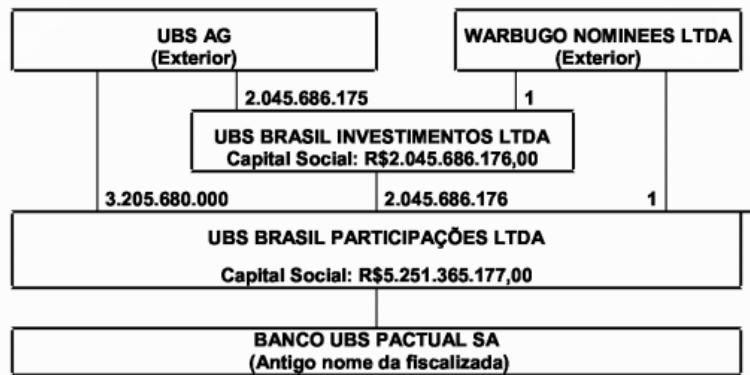


Figura 6 – Transferência da dívida dos pagamentos diferidos do CCV/2006 da UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA para a UBS AG mediante cessão quotas

Veja-se que, a partir dessa nova alteração, UBS INVESTIMENTOS passou a deter R\$ 2.045.686,176,00 do capital de R\$ 5.251.365.177,00 de UBS PARTICIPAÇÕES (38,96%), não havendo, realmente, que se falar em controle de UBS PARTICIPAÇÕES por parte de UBS INVESTIMENTOS.

Importante ressaltar que a confusão patrimonial entre UBS PARTICIPAÇÕES e BANCO PACTUAL, e o consequente início da amortização do ágio, se deu em fevereiro de 2007, mantendo-se o cenário de que a controladora de UBS PARTICIPAÇÕES no momento imediatamente anterior à incorporação, e, após essa operação, de BANCO PACTUAL, era e continuou a ser UBS AG.

Nesse cenário, de fato assiste razão à Embargante: o papel de UBS INVESTIMENTOS na amortização de ágio foi absolutamente nulo, restando comprovado que a utilização de UBS PARTICIPAÇÕES se deu por questões regulatórias, portanto, extrafiscais, não havendo que se falar em utilização de empresa veículo no caso concreto, não podendo ser esse o motivo para a não amortização do ágio.

Em respeito aos elogiáveis argumentos expedidos pelo D. Procurador da Fazenda Nacional em sede de sustentação oral, cumpre-me ainda ressaltar que:

- UBS AG detinha participação direta em Banco UBS (situado no Brasil), não havendo óbice para essa aquisição, uma vez que realizada antes da edição da Resolução nº 3.040/02, e a confusão patrimonial entre UBS PARTICIPAÇÕES e BANCO PACTUAL envolveu também o Banco UBS;
- no que atine a questão regulatória que justificou a existência de UBS Participações, é incontestável que o Banco Central autorizou UBS Participações a incorporar o BANCO PACTUAL, o que implicou o direito de UBS AG a controlar diretamente uma instituição financeira no Brasil, tal qual já ocorria com Banco UBS que, conforme esclarecido no parágrafo anterior, passou a compor uma única empresa com sua incorporação por BANCO PACTUAL nessa mesma operação de confusão patrimonial entre aquele e UBS Participações.

- não se pode confundir a autorização *inicial* do Banco Central para aquisições de ações de BANCO PACTUAL por parte de UBS AG, com a autorização de controle que somente foi concedida na fase final da operação.

Por oportuno, reafirmo o entendimento 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.

No caso objeto dos presentes embargos (ágio decorrente da aquisição do Banco Pactual pelo Grupo UBS – CCV/2006), restou comprovado que a operação se deu entre partes não ligadas, houve lisura na avaliação da empresa adquirida com a comprovação da expectativa de rentabilidade futura e a extinção do investimento se deu entre a investidora (assim entendida a holding criada no Brasil para cumprimento de regras regulatórias, UBS PARTICIPAÇÕES) e a investida (BANCO PACTUAL).

Resta portanto análise a comprovação do pagamento do custo da aquisição do investimento, incluindo ágio, matéria que considerei prejudicada no acórdão embargado em razão do equivocado entendimento de que teria havido a utilização de empresa veículo na operação, e que, uma vez superado esse óbice, compete-me analisar para fins de anuência, ou não, à amortização de ágio levada a efeito pelo contribuinte.

O Termo de Verificação Fiscal questiona tão somente a existência de parcela do custo de aquisição, conforme se observa em seu item 3.4.3 (p. 37-38 do Termo de Verificação Fiscal - fls. 5527-5528), a seguir transcrito:

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

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

O valor utilizado para definir o ágio na recompra da fiscalizada pelo **Grupo BTG** (CCV/2009) compreendeu total de US\$2.475.000.000,00 (ver item 1 no **DOC AINF 221**), do qual foi descontado o valor diferido devido pelo **UBS AG** aos sócios pessoas

físicas que lhe haviam vendido o banco. A **Tabela 12** demonstra que faz parte dessa quitação o valor de R\$375.856.328,07.

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 nº 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 nº 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**.

Conforme se observa, a autoridade fiscal autuante questionou somente essa parcela dos pagamentos, não havendo como se discutir, nessa fase processual, a totalidade dos pagamentos realizados, sob pena de inovação e alteração dos fundamentos legais do lançamento, o que somente pode ser realizado pela autoridade lançadora e em auto de infração complementar, conforme estabelece o § 3º do art. 18 do Decreto nº 70.235/72⁵.

Retornando ao cerne do debate, por ocasião do fechamento do CCV/09, BTG INVESTIMENTOS comprometeu-se a pagar determinada quantia ao GRUPO UBS. De igual forma, assentou-se ainda que valor do pagamento diferido seria liquidado diretamente a seus respectivos credores (leia-se: "os sócios vendedores"). Também não há controvérsia no sentido de que de que a totalidade do valor do pagamento diferido desde o CCV/2006 compôs o custo das ações do contribuinte por UBS INVESTIMENTOS.

Pois bem, assim dispõe o CPC nº 27:

⁵ Art. 18. [...]

§ 3º **Quando, em exames posteriores**, diligências ou perícias, **realizados no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem** agravamento da exigência inicial, **inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar**, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993) [grifos nossos]

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.

Como bem asseverou a Recorrente, citando Bulhões Pedreira, se a compra e venda se deu a prazo no custo de aquisição se inclui o valor da obrigação contraída. Cabe ainda ressaltar o decidido pelo CARF no acórdão 1301-000.711, sobre o qual a Recorrente assim fez constar em sua peça recursal:

No Acórdão nº 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 nº 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.

Por fim, cumpre-se ainda destacar o contido no Parecer de lavra do Prof. Eliseu Martins anexado aos autos:

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 consorrente, diferidos ao longo do tempo. Assim, para a aplicação no caso específico da consorrente, 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.

Importante ainda frisar que há precedentes do CARF que acatam como custo de aquisição do investimento a entrega de ações de emissão da empresa adquirente. Destaco excerto do Acórdão 1301-001.852 de lavra do i. Conselheiro Waldir Veiga da Rocha:

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

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

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

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

Além disso, se a acusação pode-se valer de fatos futuros para justificar eventual glosa no valor do ágio, com efeitos pretéritos, haveria de se levar em consideração, no caso concreto, que dos R\$ 375.856.328,07 pagos em ações representativas de aumento de seu capital por BTG PARTICIPAÇÕES II a alguns dos sócios vendedores, R\$ 372.889.322,79 foram convertidos em dinheiro por ocasião do resgate das ações entregues aos sócios vendedores.

De qualquer maneira, há de observar a composição do custo do investimento à data da aquisição e, conforme já salientado, se o sacrifício patrimonial não se deu à vista, mas sim com a assunção de dívida em uma operação realizada *entre partes independentes*, não há porque não considerar tal parcela como compondo o custo de aquisição, inclusive no que atine à parte desdobrada em ágio.

Assim sendo, e considerando a comprovação do propósito negocial (questões regulatórias) na utilização de UBS PARTICIPAÇÕES na aquisição no investimento em BANCO PACTUAL, reformulo meu entendimento para dar provimento ao recurso voluntário para restabelecer a dedução de ágio decorrente da aquisição do BANCO PACTUAL pelo Grupo UBS (CCV/2006), tanto em relação ao IRPJ quanto no que diz respeito à base de cálculo da CSLL.

4 CONCLUSÃO

Isso posto, voto por acolher os embargos para sanar os vícios apontados para, com efeitos infringentes, retificar o decidido no Acórdão nº 1301-003.655 para rejeitar as arguições de nulidade, negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário para restabelecer as despesas com amortização de ágio da aquisição do BANCO PACTUAL pelo Grupo UBS.

(documento assinado digitalmente)
Fernando Brasil de Oliveira Pinto