



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10340.720384/2022-05
ACÓRDÃO	1102-001.683 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	30 de julho de 2025
RECURSO	DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
RECORRENTES	FAZENDA NACIONAL COMPANHIA SULAMERICANA DE DISTRIBUIÇÃO

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2016

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. PERMUTA. ÁGIO. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL POR PARTE DOS SÓCIOS. TRIBUTAÇÃO PELO IRPF. QUESTÃO DE ORDEM. NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA POR OMISSÃO. RETORNO DOS AUTOS AO COLEGIADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA PARA QUE SE PROFIRA NOVA DECISÃO.

Os sócios da incorporada, ao receberem a contrapartida em ações da incorporadora, auferiram acréscimo ao seu patrimônio, tudo respaldado no laudo de avaliação aprovado pela assembleia-geral da incorporadora. É devida a tributação na ponta da operação, nos sócios, os quais auferiram um ingresso patrimonial materializado sob a forma de ações, cujo valor foi significativamente maior do que o valor das suas ações entregues na troca realizada.

Os sócios das empresas incorporadas, agora sócios da Recorrente, foram autuados para fins de cobrança de IRPF, decorrente do acréscimo patrimonial auferido por ocasião da incorporação das ações. Sobre esse ponto, não se manifestou a DRJ em nenhum momento, como se o acréscimo patrimonial auferido pelos sócios não fosse relevante para o caso dos autos. Pelo contrário, os sócios reconheceram o valor de mercado das ações da empresa, de modo que houve ganho de capital tributável na operação, do lado dos sócios. A decisão recorrida é omissa quanto à questão relevante para a solução da lide devendo, portanto, ser declarada nula por omissão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário, para, de ofício, declarar nula a decisão recorrida por omissão, devendo os autos retornarem ao colegiado de primeira instância para que se profira nova decisão, restando prejudicada a análise do recurso de ofício.

Assinado Digitalmente

Gustavo Schneider Fossati – Relator

Assinado Digitalmente

Fernando Beltcher da Silva – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Lizandro Rodrigues de Sousa, Cristiane Pires Mcnaughton, Roney Sandro Freire Correa, Gustavo Schneider Fossati, Ana Cecilia Lustosa da Cruz (substituta integral) e Fernando Beltcher da Silva (Presidente).

RELATÓRIO

O Recorrente, optante do Lucro Real Anual, foi autuado no IRPJ e CSLL, em 02/12/2022 (fl. 2193), uma 6ª feira, em razão de (I) **exclusões indevidas de ágio interno**, nos anos-calendário de 2016 e 2017, e de (II) **compensação indevida de prejuízos** acumulados de períodos anteriores, nos anos-calendário de 2018 a 2020. Foi exigido o crédito tributário total de R\$ 44.422.230,95 (fl. 2152) incluindo imposto, contribuição, **multa qualificada de 150%**, e juros de mora calculados até 11/2022 (fls. 2 a 2193).

Para fins de economia processual, transcrevo abaixo o relatório apresentado pela DRJ:

O Termo de Verificação Fiscal (TVF), bastante minucioso, consta às fls. 2127 a 2151, cujos fatos relatados mais relevantes são os seguintes:

“1. INTRODUÇÃO ... em procedimento fiscal de verificação do cumprimento das obrigações tributárias ... relativas ao ... IRPJ e ... CSLL dos períodos de apuração ... nos anos-calendário de 2016 a 2020 procedemos ao encerramento parcial da ... fiscalização. ... apuramos os fatos descritos

na sequência deste termo. O valor total contido nos autos de infração anexos resulta da identificação das seguintes infrações:

- ▶ Exclusões indevidas de ágio interno derivado de operação sem aquisição real e realizada entre partes relacionadas.
- ▶ Compensação Indevida de Prejuízos Fiscais

As infrações ... estão relacionadas à uma incorporação societária ocorrida no ano calendário 2010, a partir da qual passa-se a deduzir um ágio interno, surgido de eventos realizados entre pessoas jurídicas e físicas totalmente ligadas, sem nenhum desembolso financeiro ou esforço econômico efetivo. Um ágio artificial e sem fundamento econômico, fictício para efeitos fiscais.

(...)

2. INFORMAÇÕES GERAIS SOBRE A FISCALIZADA

A Companhia Sulamericana de Distribuição. (doravante, apenas CSD ou ... fiscalizada) é uma sociedade por ações de capital fechado. Tem como principal atividade econômica a comercialização varejista e atacadista de produtos alimentícios, artigos de bazar, eletroeletrônicos e outros produtos, funcionando como supermercados. Segundo relatório da administração publicado junto com as demonstrações ... de 2020, o grupo ... tem 59 lojas, atua em 29 cidades do interior dos Estados de São Paulo, Paraná e Mato Grosso do Sul. Possui também três centros de distribuição ... nas cidades de Paiçandu/PR, Maringá/PR e Lins/SP. (...) Optante pela forma de tributação com base no Lucro Real ... anual de acordo com ... fls. 1087/1091, os lucros (prejuízos) escriturados antes da compensação de prejuízos nos períodos sob fiscalização foram os seguintes:

Quadro 2 – Lucro (prejuízo) Real da CSD antes da compensação de prejuízos

Ano calendário	Lucro (prejuízo) Real antes compensação de prejuízos (R\$)
2016	(8.376.848,53)
2017	(4.493.148,28)
2018	22.473.677,97
2019	28.477.969,76
2020	1.535.037,77

Os resultados acima destacados foram impactados por deduções de ágio nos seguintes montantes:

Quadro 3 - Ágios excluídos do LALUR e LACS conforme ECF

Ano calendário	Exclusões de Ágio no Lucro Real (R\$)
2016	44.405.816,23
2017	29.759.869,63

As deduções acima são correspondentes a duas operações societárias distintas. Uma ocorrida entre pessoas jurídicas ligadas em 2009/2010 (**CSD/Évora/Cidade Canção**) e outra ocorrida com partes independentes em 2014 (**Amigão**), com montantes anuais abaixo segregados:

Quadro 4 - Ágios amortizados pela CSD entre 2016 e 2017 - ECF

Ano calendário	Ágios amortizados		
	CSD/Évora/Cidade Canção	AMIGÃO	TOTAIS
2016	R\$ 29.291.893,20	R\$ 15.113.923,08	R\$ 44.405.816,28
2017	R\$ 14.645.946,60	R\$ 15.113.923,00	R\$ 29.759.869,60

Conforme ato societário, às fls. 1092/1105, a CSD foi constituída em 30 de dezembro de 2009, com capital social de R\$10.000,00 (dez mil reais).

Em 26 de fevereiro de 2010, foi aprovada em Assembleia Geral Extraordinária (fls. 1107/1117) a incorporação da totalidade das ações representativas do capital social das empresas Évora Comercial e Gêneros Alimentícios S.A., CNPJ 03.148.547/0001-27, (doravante, ... ÉVORA) e Supermercados Cidade Canção S.A., CNPJ 77.456.812/0001-70, (doravante, ... CIDADE CANÇÃO). Em 30 de junho de 2010, ocorreu a incorporação da ÉVORA e CIDADE CANÇÃO pela CSD que, na perspectiva da fiscalizada, propicia deduções nas bases de cálculo do IRPJ e CSLL de um ágio interno, artificial e fictício para fins fiscais, como abordaremos no tópico 4.

Entre junho e agosto de 2014 a CSD adquiriu a rede de Supermercados Amigão Supermercados LTDA, CNPJ 05.774.403/0001-01, por R\$96 milhões. Essa operação ... não é objeto de autuação neste procedimento.

3. DOS PROCEDIMENTOS FISCAIS

(...)

Em 08/03/2022 a fiscalização expediu o Termo de Constatação e Intimação Fiscal I, às fls. 833/834. Neste termo o procedimento fiscal foi ampliado para os anos calendários 2016, 2018, 2019 e 2020. (...)

4. DA OPERAÇÃO SOCIETÁRIA RELACIONADA AO ÁGIO INTERNO ÉVORA/CIDADE CANÇÃO

Como antecipado, o ágio desta operação é ... indedutível porque realizado entre partes ... dependentes, sem fluxo financeiro e resultante de eventos executados com o objetivo exclusivo de reduzir, ilicitamente, as bases de cálculo de IRPJ e CSLL. Para compreender a superficialidade desta operação faremos uma exposição cronológica dos eventos que a originam. A Base legal apresentada pela fiscalização constante na resposta às fls. 615/620, faz referência aos artigos 385 do RIR/99 e 386 do RIR/99 (Decreto 3000/99). Como sabido, o artigo 385, derivado do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77, trata do desdobramento do custo de aquisição de participação societária e o artigo 386, derivado do artigo 7º da Lei 9.532/97, trata do registro e possibilidade de amortização de saldos de ágios após a ocorrência de incorporações, fusões ou cisões. Não houve aquisição real envolvendo pessoas jurídicas distintas e independentes. Como veremos ..., os atos societários realizados entre as famílias NOGAROLI e CARDOSO se constituem numa simulação para dar aparência e formalidade a uma incorporação que ... não ocorreu, mas lhes proporcionaram um ágio, ... indedutível para fins fiscais, ... de R\$205.043.252,45 ..., conforme relatório contábil apresentado às fls. 665. Entre 2010 e 2017 a fiscalizada excluiu das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL mais de R\$194 milhões deste ágio, conforme DIPJs às fls. 1257/1470, e-LALUR e e-LACS extraídos da ECF com cópias às fls. 1471/1528 e quadro 09 mais à frente neste termo. Em decorrência do instituto decadencial somente as exclusões indevidas dos anos calendário 2016 e em 2017 são alcançadas por este procedimento.

4.1 – A simulação de uma aquisição

A essência fraudulenta, simulatória, dessa operação pode ser assim resumida: Não há fluxo financeiro ou mutação patrimonial entre as partes, não há contrato de compra e venda, mas sim um arranjo societário com objetivos voltados para a prática de ilícitos fiscais previamente definidos.

Em 30 de dezembro de 2009 é constituída, na cidade de Maringá/PR, a COMPANHIA SULAMERICANA DE COMERCIALIZAÇÃO - CSC (razão social anterior da CSD), conforme Ata de Assembleia Geral de Constituição – AGE às fls.1092/1105, levada a registro na ... JUCEPAR em 19 de janeiro de 2010. O capital ... da CSC (ou CSD) é de R\$10.000,00 Em 26 de fevereiro de 2010, ... através da 1ª. AGE da CSC (fls. 1107/1117) é aprovada a incorporação, por esta, da totalidade das ações Évora Comercial e Gêneros Alimentícios S.A. (ÉVORA) e da Supermercados Cidade Canção S.A. (CIDADE CANÇÃO, também chamada SCC), transformando estas últimas em subsidiárias integrais da CSC. Neste mesmo ato societário (1ª. AGE) promove-se a alteração do nome da CSC para COMPANHIA SULAMERICANA DE DISTRIBUIÇÃO (CSD). ... Não há aquisição, não há troca patrimonial, não há contrato de compra e venda que antecede o evento de incorporação. Ocorre ... uma união de duas empresas, ÉVORA e CIDADE CANÇÃO, que tinham capital social de R\$6.626.000,00 e R\$1.200.000,00, respectivamente. Utilizam para isso uma pessoa jurídica que tinha R\$10.000,00 de capital e pertencia às duas famílias envolvidas na operação, como veremos à frente. O protocolo de incorporação e instrumento de incorporação de ações da Évora e da Cidade Canção, anexo à 1ª. AGE da CSD (fls. 1110/1128), não consegue escapar do objetivo real das sociedades “Évora” e “SCC” (Cidade Canção). Vejamos parte do protocolo:

Imagem 1 - Parte do protocolo de incorporação de Évora e SCC por CSD

Conforme acordado entre "Évora" e "SCC", estas partes decidiram se associar por meio da união de suas atividades para fins de expansão conjunta de suas operações e aumento de sua relevância e consolidação no mercado brasileiro.

Não há compra, aquisição real, mas...

Imagem 2 - Parte do protocolo de incorporação de Évora e SCC por CSD

A "CSC" passará a ser a única titular das ações da "Évora" e da "SCC", bem como irá centralizar as operações do "Negócio Évora" e do "Negócio SCC".

As motivações principais para a incorporação de ações (que não haviam sido adquiridas) seria uma "captura de sinergias das Partes", viabilizando "aumento de investimentos".

Imagem 3 - Parte do protocolo de incorporação de Évora e SCC por CSD

A incorporação das ações da "Évora" e da "SCC" pela "CSC" se justifica por permitir o alinhamento dos interesses das empresas, a captura de sinergia das "Partes" nas suas atividades operacionais, viabilizando o aumento de investimentos e um maior crescimento, com maior agilidade para tomada de decisões estratégicas, administrativas e comerciais, para fazer frente aos desafios do mercado nacional.

A captura de sinergia pelas partes (Évora e SCC) tem lógica econômica, mas não alcança, definitivamente, a CSC (CSD) criada há menos de dois meses e com R\$10 mil reais de capital. O "alinhamento de interesses" dessas duas empresas podia, de fato, viabilizar aumento de investimentos.

No curtíssimo prazo em que funcionou ... como empresa de papel, sem atividades operacionais ..., na composição societária da CSC (que se tornaria CSD) foram utilizados dois idosos: Manuel Marques Cardoso, CPF 045.690.839-00, com 69 anos e Deolinda Brioli Nogaroli, CPF 022.707.789-01, com 63 anos à época da constituição da empresa. Manuel é pai de Carlos Alberto Tavares Cardoso, CPF 633.886.349-04, Paulo Sérgio Cardoso, CPF 581.346.119-15, Graciela Maria Cardoso Camilo, CPF 808.921.089-91 e Ângela Maria Cardoso Camilo, CPF 006.702.179-48, todos quotistas da CIDADE CANÇÃO antes das alterações societárias. Deolinda é mãe de Francisco José Nogaroli Neto, CPF 004.723.119-05, principal quotista da ÉVORA antes das alterações societárias. A simulação ... pode ser assim resumida:

- a) Em menos de dois meses, uma empresa criada com capital de R\$10.000,00 teria conseguido adquirir duas redes de supermercado que valeriam mais de R\$220.000.000,00 ...;
- b) Nessa pseudo-aquisição não teria ocorrido nenhum tipo de pagamento por parte da aparente adquirente;
- c) Não há fluxo financeiro na operação e os vendedores aparentes não teriam recebido valores em espécime, mas tão somente novas participações na adquirente;
- d) Os “vendedores”, acionistas das “adquiridas” e “incorporadas” não recolheram imposto de renda sobre o ganho de capital da pseudo venda que teriam realizado;
- e) O negócio, a atividade empresarial, o patrimônio das empresas, continuam com os mesmos proprietários de antes que agora administram as duas redes de forma compartilhada;
- f) ... Reduzirão as bases de cálculo de Imposto de Renda e Contribuição Social em R\$194 milhões. Essa simulação ... (em função da decadência) resultou em prejuízos definitivos ao erário de aproximadamente R\$51,135 milhões entre 2010 e 2015. Para se ter uma ideia das consequências derivadas dos procedimentos fraudulentos adotados pelos acionistas da fiscalizada, o saldo de prejuízos fiscais em 31/12/2015 era de R\$61.78 milhões. Resta à administração fiscal recuperar aquela parte não alcançada pela caducidade. Vejamos mais alguns detalhes ... da simulação.

4.1.1 – Supermercados Cidade Canção

... Cidade Canção (SCC) era uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada até 18 de janeiro de 2010, quando foi transformada em uma sociedade anônima fechada conforme Assembleia Geral de Transformação do Tipo Jurídico às fls. 1558/1575. Em seu último ato societário como sociedade limitada, a 32ª. alteração contratual de 27 de agosto/2009 (fls. 1550/1557), o capital social estava dividido entre os quatro filhos de Manuel Marques Cardoso da seguinte forma:

Quadro 4 - Quadro societário da Cidade Canção em 27 ago 2009

Sócios	Quotas	Valor	%
Carlos Alberto Tavares Cardoso	354.000	R\$354.000,00	29,50%
Paulo Sérgio Cardoso	306.000	R\$306.000,00	25,50%
Graciela Maria Cardoso Camilo	270.000	R\$270.000,00	22,50%
Angela Maria Cardoso Camilo	270.000	R\$270.000,00	22,50%
Totais	1.200.000	R\$1.200.000,00	100%

Na AGE de transformação, realizada em 18 de janeiro/2010, a participação societária em quotas é transformada na mesma proporção de ações e os quatro irmãos assinam o ato societário. Em 26 de fevereiro/2010, as ações da Cidade Canção seriam “incorporadas” pela Companhia Sulamericana de Comercialização (CSC, futura CSD) conforme 1ª. AGE (1576/1585), transformando-a em subsidiária integral da CSC.

4.1.2 – ÉVORA Comercial de Gêneros Alimentícios

O ritual de transformação do tipo social da ÉVORA Comercial de Gêneros Alimentícios é semelhante Em 15 de fevereiro de 2010 ocorre Assembleia Geral de Transformação de tipo jurídico de sociedade por quotas para sociedade por ações (fls. 1702/1721). Do total de 6.626.000 ...[de] ações da sociedade, 6.625.000 ... serão subscritas por Francisco José Nogaroli Neto, filho da dona Deolinda Brioli Nogaroli e 1.000 ... ações serão subscritas por um terceiro, Elisangelo Márcio Guioti. Cabe, no entanto, resgatar os eventos societários da Évora que antecipam sua transformação numa sociedade por ações. Em 30 de dezembro/2009, mesma data de constituição da CSD, ocorre a 32ª alteração contratual (fls. 1688/1695) que procede à uma redução de capital social e retirada da sócia P8 Participações Societárias Ltda. (empresa que também pertencia a Francisco José Nogaroli Neto e sua família). Após a redução, o capital da Évora passou a ser de R\$2.020.000,00 pertencente a um único sócio: Francisco José Nogaroli Neto.

No dia seguinte, 31 de dezembro/2009, uma nova alteração societária é realizada (33ª às fls. 1696/1701) que aumenta o capital social ... para R\$6.626.000,00 Após a alteração, Francisco José Nogaroli Neto passa a deter 99,98% do capital e Elisangelo Márcio Guioti tornou-se sócios com 0,02%. O quadro societário ficou assim:

Quadro 5 - Quadro societário da ÉVORA em 31 dez 2009

Sócios	Quotas	Valor	%
Francisco José Nogaroli Neto	6.625.000	R\$6.625.000,00	99,98%
Elisangelo Márcio Guioti	1.000	R\$1.000,00	0,02%
Total	6.626.000	R\$6.626.000,00	100%

Onze dias depois da transformação no tipo jurídico, em 26 de fevereiro/2010, as ações da Évora seriam “incorporadas” pela Companhia Sulamericana de Comercialização (CSC, futura CSD). Nos eventos preparatórios para a união entre as empresas da família Nogaroli (Évora) e Cardoso (Cidade Canção), a transformação de participação societária na forma de quotas para ações fez com que o capital social das mesmas ficasse assim registrados:

Quadro 6 - Composição do capital da ÉVORA e Cidade Canção antes da "incorporação"

Composição do capital	Évora	Cidade Canção
Nº de ações	6.626.000	1.200.000
Valor do capital	R\$6.626.000,00	R\$1.200.000,00
Valor por ação	R\$1,00	R\$1,00

4.1.3 – A simulação de uma incorporação

É indiscutível que ... não houve aquisição, não ocorreu uma troca de patrimônios ou ativos entre adquirentes e alienantes distintos, não houve fluxo financeiro entre partes independentes. Mas, além disso, não há sequer uma incorporação de fato, exceto a produção de atos societários de papel que abriram caminho para a redução fraudulenta de bases tributáveis e, conseqüentemente, a redução de tributos devidos. A inexistência de aquisição real, por si mesma, é suficiente para comprovar a indedutibilidade dos valores deduzidos à título de ágio, mas a má fé, a simulação, o comportamento doloso, estão evidenciados em documentos levados a registro público que carecem de descrição para demonstrar a forma intencionalmente planejada e executada pelos agentes envolvidos. Senão vejamos:

- a) Não há uma transação de compra e venda entre as partes que se associaram (Évora e Cidade Canção) ou destas com a CSC (futura CSD). Não há sequer um contrato de compra e venda de participações societárias;
- b) Os donos da Évora e Cidade Canção criaram ... a CSC (CSD). Para isso utilizaram anciões de suas famílias (Manuel e Deolinda) na constituição de uma sociedade com capital de R\$10.000,00 e na 1ª. AGE desta nova sociedade procederam à integralização (disfarçadamente chamada de incorporação) de fato, das ações de Évora e Cidade Canção na nova empresa;
- c) Vejam que, dentro de um contexto real, seria impossível realizar a incorporação de participação societária que não fora adquirida. Não ocorreu, de fato, uma aquisição, um investimento, que, num segundo momento (mesmo que curto) seria incorporado por um adquirente real;
- d) Não havia como a pessoa jurídica (CSC ou CSD) adquirir Évora e Cidade Canção porque:
 - a) Tinha um capital de apenas R\$10.000,00;
 - b) Não tinha dois meses de existência;
 - c) Não teve atividades operacionais;
 - d) Não recebeu aportes financeiros.

No Termo de Início de Ação Fiscal a fiscalizada foi intimada a apresentar Contratos de Aquisição ou equivalentes, bem como documentos que comprovassem a efetiva liquidação financeira (pagamento) das operações que originaram os ágios objetos deste procedimento.

A resposta não apresentou os comprovantes de liquidação financeira numa possível aquisição de Évora e Cidade Canção.

4.1.4 – O protocolo da simulação

Em 26 de fevereiro de 2010, na sua primeira AGE após a constituição, a CSC (CSD) aprova a incorporação das empresas que não havia adquirido. Essa AGE às fls. 1107/1109, serve aos seguintes propósitos:

- a) Aprova o Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação de Incorporação de Ações da Évora e Cidade Canção pela CSC (CSD);
- b) Ratifica a nomeação e contratação de avaliadores que elaboraram Laudos de Avaliação;
- c) Aprova os Laudos de Avaliação Contábil e de Valor Econômico previamente encomendados;
- d) Aprova um aumento de capital da “CSC” (CSD) no montante de R\$221.715.314,00 ... com a emissão de 221.715.314 ... [de] ações ordinárias nominativas, sem valor nominal;
- e) Determina a divisão das ações emitidas em duas partes iguais de 110.857.657 ..., que substituirão as 6.626.000 ... [de] ações da Évora e as 1.200.000 ... [de] ações da Cidade Canção;
- f) Aprova a incorporação das ações originárias da Évora (6.626.000) e da Cidade Canção (1.200.000)
- g) Altera a razão social para “Companhia Sulamericana de Distribuição” (CSD).

O Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação de Incorporação de Ações da Évora e Cidade Canção, fls. 1110/1117, bem como os Laudos de Avaliação das duas empresas (fls. 1118/1127) são documentos acessórios necessários à simulação de uma aquisição que não ocorreu. Vale destacar um detalhe que sintetiza a “ginástica” e superficialidade dos mesmos.

Como consta no quadro 7 acima, o capital social de Évora e Cidade Canção eram distintos, R\$6.626.000,00 e R\$1.200.000,00 respectivamente, com valor nominal de R\$1,00 ... por ação.

Para distribuir participações iguais na sociedade que se formava, a CSD, os “Laudos de Valor Econômico” para suportar a “substituição das ações emitidas de ‘SCC’ (Cidade Canção) pelas ações a serem emitidas pela ‘CSC’” (nos termos da AGE) tiveram que enquadrar avaliações semelhantes e assim o fizeram.

Essa “coincidência” no valor econômico de Évora e Cidade Canção resulta nos esdrúxulos e díspares valores contábeis e econômicos por ação identificados pelos avaliadores. Vejamos como era o valor patrimonial por ação antes das avaliações, conforme o protocolo:

Imagem 4 - Valor do capital e das ações de EVORA e CIDADE CANÇÃO antes da CSD

Avaliação do Patrimônio Líquido Contábil	Évora	SCC
Nº de ações emitidas	6.626.000	1.200.000
Valor Patrimonial Contábil Total	R\$ 10.462.932,27	R\$ 6.641.577,61
Valor por ação	R\$ 1,58	R\$ 5,53

*SCC = Sociedade Cidade Canção

Agora vejamos como ficou o “valor econômico” por ação após os Laudos de Avaliação Econômica, que tinham que enquadrar a distribuição de capital em partes iguais:

Imagem 5 - Valor das ações de EVORA e CIDADE CANÇÃO após avaliações

Avaliação Econômica	Évora	SCC
Nº de ações emitidas	6.626.000	1.200.000
Valor Econômico Total	R\$ 110.857.657,00	R\$ 110.857.657,00
Valor Econômico por ação	R\$ 16,73070586	R\$ 92,38138083

*SCC = Sociedade Cidade Canção

As impressionantes integralização e incorporação simultâneas, que nada têm de aquisição realizada entre partes independentes, aumentou o capital da CSD para mais de R\$221 milhões de reais e passou a ser assim distribuído:

Quadro 7 - Composição acionária da CSD após a simulada incorporação

ACIONISTAS	Nº DE AÇÕES ORDINÁRIAS	PARTICIPAÇÃO
Deolinda Brioli Nogaroli	5.000	0,0023%
Francisco José Nogaroli Neto	110.857.657	49,9977%
Mannel Marques Cardoso	5.000	0,0023%
Carlos Alberto Tavares Cardoso	32.703.009	14,7493%
Paulo Sérgio Cardoso	28.268.702	12,7494%
Graciela Maria Cardoso Camilo	24.942.973	11,2495%
Angela Maria Cardoso Camilo	24.942.973	11,2495%
TOTAL	221.725.314	100%

(...) Na sequência ..., as famílias Nogaroli e Cardoso transferem suas participações para dois fundos ...:

FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES DVA, (família Nogaroli) e FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES MMC (família Cardoso).

Em 02 de setembro de 2010, é admitido na sociedade um novo acionista: ACTIS FR FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (administrado pelo Citibank Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A).

Desde então, o capital social da CSD encontra-se assim distribuído:

► Fundo de Investimento em Participações DVA, CNPJ 09.172.825/0001-68 - 34,99%

► Fundo de Investimento em Participações MMC, CNPJ 09.009.725/0001-15 - 34,99%

► Actis FR Fundo de Investimento em Participações, CNPJ 12.334.552/0001-15 - 30,02%

4.1.5 – Uma “outra” CSD registrada na JUCESP

... a breve utilização de Manuel Cardoso e Deolinda Nogaroli tinha por objetivo dar aparência de que a CSD (“adquirente”) não estava relacionada às sociedades Évora e Cidade Canção (“adquiridas”). O inexpressivo capital integralizado na constituição, a inexistência de aquisição real, a rápida alteração do quadro de acionistas, dentre outros, são motivos suficientes para demonstrar a simulação executada. É interessante ... destacar uma outra opção criada e descartada pelas famílias Nogaroli e Cardoso no planejamento e execução da fraude empreendida. Relembremos que a CSC(CSD) foi criada na cidade de Maringá/PR com assembleia de constituição datada de 30 de dezembro de 2009 e levada a registro na ... JUCEPAR em 19 de janeiro de 2010. Uma semana antes, em 23 de dezembro de 2009, foi constituída, também aparentemente, uma outra COMPANHIA SULAMERICANA DE DISTRIBUIÇÃO (CNPJ 11.460.958/0001-81) na cidade de São Paulo/SP. A ata da AGE de constituição foi levada a registro na ... JUCESP em 30 de dezembro de 2009, conforme fls. 1736/1774. O capital da CSD de São Paulo era o mesmo da CSD de Maringá, R\$10.000,00 ..., e os acionistas que dividiam o capital em partes iguais também eram os mesmos: Manuel Marques Cardoso e Deolinda Brioli Nogaroli. ... a CSD de São Paulo é extinta em menos de um mês, através da ata de AGE datada de 20 de janeiro de 2010 e registrada na JUCESP em 26 de março de 2010, conforme fls. 1776/1784.

O que difere a CSD de Maringá e a brevíssima CSD de São Paulo?

Por descuido, os atos societários registrados na JUCESP explicitam o real objetivo e os vínculos diretos entre a “adquiridas” (Évora e Cidade Canção)

e “adquirente” (CSD). Diferentemente da genérica Ata de AGE de constituição da CSD de Maringá (fls.1092/1110), a Ata da AGE de constituição da CSD de São Paulo traz literalmente, entre as deliberações, os nomes dos filhos de Manuel e Deolinda que administrariam a sociedade e o objetivo real para a criação da mesma. Vejamos a transcrição nos itens 6.2 e 6.3:

“6.2 – Aprovou os nomes de Jefferson Nogaroli como Presidente do Conselho de Administração; Carlos Alberto Tavares Cardoso como Conselheiro; Manuel Marques Cardoso como Conselheiro e Deolinda Brioli Nogaroli como Conselheira, todos pelo mandato de três anos conforme estatuto.

6.3 – Aprovou a Proposta de avaliação e elaboração de proposta para potencial aquisição das empresas Evora Comercial de Gêneros Alimentícios Ltda. e Supermercados Cidade Canção Ltda.” (destaques da fiscalização)

A superficialidade da operação estava literalmente exposta pelos atos societários da CSD de São Paulo.

4.1.6 - Das condições legais para amortização de ágio originado em aquisições e incorporações reais

Intimada a esclarecer a base legal utilizada para a dedução do ágio em questão, a contribuinte apresentou as partes do Decreto-Lei 1.598/77 e do Decreto 3.000/99 às fls. 615/620. Como é de amplo conhecimento nos litígios administrativos e judiciais relacionados ao tema, a Lei 9.532/97, nos seus artigos 7º e 8º (transcritos no artigo 386 do RIR/99), passou a permitir que um contribuinte que procedesse à incorporação de sociedade na qual detinha participação societária adquirida com ágio apurado segundo o disposto no artigo 385 e que o fundamento econômico deste fosse a da expectativa de rentabilidade futura da investida, pudesse amortizar o citado ágio em períodos de apuração posteriores à incorporação. Façamos a transcrição deste texto legal para compreendermos, de forma bem fácil, o que motivou todo o esforço e artimanha da fiscalizada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

(...)

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

(...) Não restam dúvidas de que a CSD não adquiriu as empresas Évora e Cidade Canção. Embora conste textualmente na ata da 1ª. AGE, a “incorporação” pretendida pode se equiparar, no máximo, à uma integralização de capital com inclusão de novos acionistas.

4.1.7 – Da inexistência de aquisição real

Neste caso ocorre uma dupla simulação, de aquisição e incorporação. Esses dois simulacros de eventos têm por objetivo exclusivo dar forma aparente à exigência contida nos artigos 385 e 386 do Decreto 3.000/1999 (RIR/99). Não ocorre uma aquisição real e posterior incorporação das adquiridas. A superficialidade dos eventos fabricados faz com que o primeiro ato formal após a constituição da CSD (1ª. AGE) aprove a incorporação de empresas que sequer haviam sido adquiridas. Os patrocinadores e beneficiários

dessa montagem (os sócios de Évora e Cidade Canção que uniam suas empresas) transformam simultaneamente uma integralização em incorporação.

A simulação neste caso é explícita e a consequente indedutibilidade do ágio é inquestionável. Os motivos para tão óbvia constatação podem ser assim sintetizados:

- A pretensa e simulada aquisição é realizada entre partes totalmente dependentes. A CSD foi constituída por sócios que simularam a aquisição de sociedades que já eram suas;
- A CSD, não tinha capital, nunca teve atividades operacionais, não tinha patrimônio ou capacidade econômica para a aquisição das sociedades Évora e Cidade Canção;
- Não há fluxo financeiro, não havendo sequer um contrato de compra e venda para a operação;
- Não há apuração e recolhimento de Imposto de Renda sobre Ganhos de Capital, contrapartida básica e lógica para reconhecimento do direito à amortização de ágio por adquirentes independentes. Conforme LALUR e LACS constantes em DIPJs e ECFs, nos anos seguintes a fiscalizada deduziu, indevidamente, os montantes anuais de ágio e apurou Prejuízos Fiscais e Bases de Cálculo Negativas de CSLL abaixo demonstrados:

Quadro 9 - Exclusões anuais e Saldos de Prejuízos acumulados

Ano calendário	Exclusões anuais em LALUR/LACS (R\$)	Lucros ou (Prejuízos) Fiscais (R\$)	Saldo Acumulado de Prejuízos e BC Negativa CSLL
Saldo anterior			-1.045.111,87
2010	R\$ 13.542.231,96	-2.704.934,28	-3.750.046,15
2011	R\$ 27.084.463,93	-16.314.412,42	-20.064.458,57
2012	R\$ 27.084.463,93	-12.531.823,72	-32.596.282,29
2013	R\$ 27.084.463,93	649.040,23	-32.409.099,11
2014	R\$ 27.084.463,93	-17.326.824,37	-49.735.923,48
2015	R\$ 28.519.324,98	-12.004.596,95	-61.786.511,20
2016	R\$ 29.291.893,20	-8.376.848,53	-70.163.359,73
2017	R\$ 14.645.946,60	-4.493.148,28	-74.656.508,01
Total	R\$ 194.337.252,46	-73.103.548,32	

.... As últimas parcelas desta dedução irregular, foram realizadas nos anos-calendário 2016 e no primeiro semestre de 2017. 5. DAS INFRAÇÕES APURADAS Essas deduções indevidas dão origem à duas infrações: a) Um ágio interno, ... indedutível porque originado em operações societárias simuladas, resumidamente destacado como ágio ÉVORA/CIDADE CANÇÃO. ...; b) Compensação indevida de Saldos de Prejuízos Fiscais, nos anos-calendário 2018, 2019 e 2020. 5.1 - Exclusões indevidas do ágio interno e

simulado EVORA/CIDADE CANÇÃO Nos anos-calendário 2016 e 2017, o ágio em questão foi deduzido das bases de cálculo do IRPJ e CSLL nos seguintes montantes:

Quadro 15 - Ágio EVORA/CIDADE CANÇÃO deduzido em 2016 e 2017

Ano calendário	Ágio Évora/Cidade Canção
2016	R\$ 29.291.893,20
2017	R\$ 14.645.946,60

Este pseudo-ágio, indevidamente deduzido para fins fiscais desde o ano calendário 2010 teve sua última parcela deduzida em julho/2017. Conforme DIPJs às fls. 1257/1470 e fichas ECF, às fls. 1471/1528, os montantes anuais excluídos indevidamente do LALUR e LACS foram os seguintes:

Quadro 16 - Ágio Évora/Cidade Canção – Exclusões anuais LALUR 2010-2017

Ano calendário	Montantes anuais	Efeitos
2010	R\$ 13.542.231,96	Alcançado pela decadência
2011	R\$ 27.084.463,93	
2012	R\$ 27.084.463,93	
2013	R\$ 27.084.463,93	
2014	R\$ 27.084.463,93	
2015	R\$ 28.519.324,98	AUTUAÇÃO
2016	R\$ 29.291.893,20	
2017	R\$ 14.645.946,60	

Considerando os detalhamentos apresentados pela contribuinte às fls. 907/910 e 623/626, os montantes indevidamente deduzidos na apuração do Lucro Real a título de ágio EVORA/CIDADE CANÇÃO nos anos-calendário 2016 e 2017 foram os seguintes:

Quadro 17 – Glosa de exclusões indevidas - ágio EVORA/CIDADE CANÇÃO – 2016

Mês	Exclusões no Lucro Real
jan/16	R\$ 2.440.991,00
fev/16	R\$ 2.440.991,00
mar/16	R\$ 2.440.991,00
abr/16	R\$ 2.440.991,00
mai/16	R\$ 2.440.991,00
jun/16	R\$ 2.440.991,00
jul/16	R\$ 2.440.991,00
ago/16	R\$ 2.440.991,00
set/16	R\$ 2.440.991,00
out/16	R\$ 2.440.991,00
nov/16	R\$ 2.440.991,00
dez/16	R\$ 2.440.991,00
Exclusão anual	R\$ 29.291.892,00

Quadro 18 – Glosa de exclusões indevidas - ágio EVORA/CIDADE CANÇÃO - 2017

Mês	Deduções
jan/17	R\$ 2.440.991,00
fev/17	R\$ 2.440.991,00
mar/17	R\$ 2.440.991,00
abr/17	R\$ 2.440.991,00
mai/17	R\$ 2.440.991,00
jun/17	R\$ 2.440.991,00
jul/17	R\$ 0,00
ago/17	R\$ 0,00
set/17	R\$ 0,00
out/17	R\$ 0,00
nov/17	R\$ 0,00
dez/17	R\$ 0,00
Exclusão anual	R\$ 14.645.946,00

... os valores mensais constantes nos quadros acima destacados foram excluídos do LALUR e LACS e se constituem nos valores lançados na infração Exclusões indevidas de ágio interno derivado de operação sem aquisição real e realizada entre partes relacionadas, nos autos de infração relacionados neste termo.

A forma simulada presente nessas irregularidades motiva a aplicação de multa qualificada (150%) e consequente representação fiscal para fins penais, detalhadas nos tópicos 6 e 7, respectivamente.

5.1.1 – Das normas sobre decadência aplicadas à infração do ágio Évora/Cidade Canção.

(...) Entretanto, ocorrendo dolo, fraude ou simulação, o termo inicial para contagem do prazo decadencial se desloca para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme o art. 173, I, do CTN.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (...)

Diante das simulações verificadas nesta fiscalização, a fluência de prazos vincula-se à ressalva contida no art. 173 supra destacado. Assim, a contagem do prazo decadencial, no caso de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. (...)

5.2 - Compensação Indevida de Prejuízos Fiscais nos anos calendários 2018, 2019 e 2020.

Os saldos de prejuízos fiscais acumulados são resultado das exclusões indevidas do ágio Évora/Cidade Canção. Como demonstrado no quadro 9 acima, o montante de exclusões com o citado ágio entre 2010 e 2017 somaram R\$ 194.337.252,46, superando ... todo o saldo de prejuízos acumulados em 2017, que somava R\$74.656.508,01. As recomposições dos Prejuízos Fiscais para o IRPJ e das Bases de Cálculo Negativa da CSLL, que dão origem às infrações Compensação Indevida de Prejuízos Acumulados e Compensação Indevida de Base de Cálculo Negativa acumulada com o Ágio Évora/Cidade Canção, são as seguintes:

Quadro 19 - Compensação indevida de prejuízos fiscais LALUR e LACS - ECF

Ano calendário	Lucro ou (Prejuízo) Fiscal antes compensação Prejuízos	Compensação INDEVIDA de Prejuízos Acumulados
2016	-R\$ 8.376.848,53	R\$ 0,00
2017	-R\$ 4.493.148,28	R\$ 0,00
2018	R\$ 22.473.677,97	R\$ 6.742.103,39
2019	R\$ 28.477.969,76	R\$ 8.543.390,93
2020	R\$ 1.535.037,77	R\$ 460.511,33

(...) A situação especial ocorrida em 26 de outubro de 2020 na fiscalizada, incorporação da Incomar Empreendimentos Imobiliários Ltda., foi desconsiderada nos autos de infração em função do §4º do artigo 5º da Instrução Normativa RFB 2003/2021.

6. DA MULTA QUALIFICADA

As infrações Exclusões indevidas de ágio interno derivado de operação sem aquisição real e realizada entre partes relacionadas e Compensação Indevida de Prejuízos Fiscais estão vinculadas à simulação envolvendo o pseudo-ágio da operação Évora/Cidade Canção, detalhadamente descrita

no tópico 4. Desta simulação surgiu o pretense ágio que é objeto de glosa neste procedimento fiscal. São também glosados os valores compensados como prejuízos fiscais nos anos- calendário 2018, 2019 e 2020, posto que totalmente formados pelo mesmo ágio. A simulação identificada neste caso equivale ao conceito a fraude com definição contida no art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. Esse tipo de conduta está descrito nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964 abaixo transcritos: (...)

É evidente o intuito de fraude e a multa sobre os créditos tributários objeto das infrações Exclusões indevidas de ágio interno derivado de operação sem aquisição real e realizada entre partes relacionadas, Compensação Indevida de Prejuízos Acumulados e Compensação Indevida de Base de Cálculo Negativa acumulada com o Ágio Evora/Cidade Canção será qualificada conforme impõe o art. 44, inciso II, da Lei 9.430/96, à alíquota de 150 % (...)” (negritei)

Os Autos de Infração (AI) constam às fls. 2154 a 2188. O AI-IRPJ resume as infrações, às fls. 2155/6, como segue:

“EXCLUSÕES/COMPENSAÇÕES NÃO AUTORIZADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL

INFRAÇÃO: Exclusões indevidas de ágio interno derivado de operação sem aquisição real realizada entre partes relacionadas Valor excluído indevidamente do Lucro Líquido do período na determinação do Lucro Real, relacionado à operação societária EVORA/CIDADE CANÇÃO, realizada sem fluxo financeiro, entre partes relacionadas e de forma simulada, conforme Tópicos 4 e 5 do Termo de Verificação Fiscal em anexo.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2016	29.291.892,00	150,00
31/12/2017	14.645.946,00	150,00

ENQUADRAMENTO LEGAL

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2016 e 31/12/2017:

art. 3º da Lei nº 9.249/95.

Arts. 247 e 250 do RIR/99 Arts. 4º, 5º, 12 a 15, 16, §§ 2º e 3º, 26, 64, caput, 67, caput e parágrafo único, 68 e 69 da Lei nº 12.973/2014.

SALDO INSUFICIENTE

INFRAÇÃO: COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE PREJUÍZOS ACUMULADOS COM O ÁGIO ÉVORA/CIDADE CANÇÃO

O sujeito passivo compensou prejuízos operacionais originados em anos calendários anteriores a 2016, todos eles resultantes do ágio EVORA/CIDADE CANÇÃO, conforme detalhamento no tópico 5.2 do relatório fiscal anexo e nos demonstrativos de apuração desta autuação.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2018	6.742.103,39	150,00
31/12/2019	8.543.390,93	150,00
31/12/2020	460.511,33	150,00

ENQUADRAMENTO LEGAL

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2018 e 31/12/2018:

art. 3º da Lei nº 9.249/95.

Arts. 247 e 250, inciso III, 251, 509 e 510 do RIR/99

Arts. 258 e 261, inciso III, 265, 579 e 580 do RIR/18

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2019 e 31/12/2020:

art. 3º da Lei nº 9.249/95. Arts. 258 e 261, inciso III, 265, 579 e 580 do RIR/18”

O interessado apresentou impugnação, em 29/12/2022 (fls. 2197/9), alegando, de relevante, além da tempestividade, em resumo, que (fls. 2200 a 2265):

1 - o saldo de prejuízo fiscal acumulado até 31/12/2015, de R\$ 61.786.511,20, já alcançado pela decadência, foi ignorado pela fiscalização que não o utilizou para compensar prejuízo até o limite de 30%;

2 - quanto ao lançamento referente ao ano-calendário de 2016, o motivo para aplicar o art. 173, I, do CTN foi a suposta ausência de declaração e de recolhimento do tributo, que não é mais aceito pelo CARF;

3 - não houve simulação, dolo ou fraude, visto que a operação societária é lícita, assim como a geração do ágio e sua posterior dedução, de modo que os períodos de 2016 e 2017 já estariam decaídos, e por consequência perderam o objeto os lançamentos referentes a compensação indevida de prejuízos em 2018, 2019 e 2020;

4 - a licitude da operação é demonstrada pela legalidade das etapas da operação societária, :

a) na 1ª etapa da operação societária, duas empresas independentes, concorrentes entre si no norte do Paraná - Évora e SCC -, decidem constituir uma terceira companhia, a CSD (Companhia Sulamericana de

Distribuição), para aumentar a quantidade de pontos de venda e o poder de compra; a CSD está ativa, faturando mais de R\$ 2,8 bilhões, em 2020, com 59 lojas, em 29 cidades do interior dos Estados de São Paulo, Paraná e Mato Grosso do Sul;

b) na 2ª etapa da operação, as ações da Évora e SCC foram incorporadas pela CSD, de modo que se tornaram subsidiárias integrais da CSD, nos termos do art. 252 da Lei nº 6.404/76 (Lei das S/A), com a constituição do ágio nos termos do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77;

c) na 3ª etapa da operação, os ativos e passivos da Évora e SCC foram incorporados pela CSD (confusão patrimonial), nos termos do art. 227 da Lei das S/A;

d) na 4ª etapa da operação, foi iniciada amortização do ágio gerado na 3ª etapa, nos termos dos art. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. 5 - o motivo para adotar esse tipo de operação societária, ao invés de fusão ou incorporação, é que com essas duas últimas operações seria necessário atualizar cadastros junto aos órgãos oficiais (Receita Federal, Estadual, Junta Comercial), bem como junto aos fornecedores, bancos, operadoras de cartões de crédito, etc., demandando a paralização total das atividades econômicas por não menos que dois meses, o que seria inviável; e prossegue:

“a) Da constituição da empresa Companhia Sulamericana de Distribuição (...) A necessidade da terceira empresa se tornava imperiosa, pois nela já foi definida a operacionalização das subsidiárias integrais, ou seja, ela regulou como seria administração (conselho e diretorias) da nova sociedade, para que pudessem operar sob a administração conjunta das duas famílias concorrentes.

Também por questões societárias, pois necessitavam a avaliação e cada grupo econômico individualizado, para se proceder a incorporação das ações a preço de mercado e verificar as efetivas participações de cada família, pois era a união de duas bandeiras concorrentes diretas.

Não se fez a incorporação de imediato, porque, precisaria antes disso (já sob a administração das duas famílias) fazer a avaliação, resolver os problemas operacionais, como cadastro em cartões de crédito, cadastro em fornecedores, nacionais e internacionais, mudança de lacres das PDV junto a receita estadual, transferências e regularização de licenças de funcionamento e mais ainda a operação só poderia ser incorporada enquanto não houvesse a aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, procedimento que levou aproximadamente um ano. ...

a CSD foi vital, necessária e a única forma de conseguir fazer constituição de uma terceira companhia, sendo ela soma de duas companhias menores e concorrentes, ... pois nela se fez a política e a governança da administração, ele que manteve o controle da operação até a solução de questões operacionais (CADE, cartões, fornecedores, avaliações etc.).

A incorporação ou fusão, sem os ajustes com fornecedores, com instituições bancárias, com fornecedores, nacionais e internacionais, sem as autorizações necessárias como Receita Estadual (demora em média 10 a 15 dias para relacrar equipamentos de cada loja, a época eram mais de 20 lojas totais) e principalmente o CADE, levaria ao colapso.

Seria uma atitude inclusive irresponsável dos empresários e assessores jurídicos. Com certeza esta operação travaria e no varejo de supermercado tudo é muito dinâmico. A simples impossibilidade de recebimento de uma bandeira de cartão ... pode reduzir em até 20% o faturamento ..., sem falar no descontentamento do cliente (...) ... as contratantes, empresas independentes, utilizaram-se do direito ao exercício da liberdade contratual e optaram pela constituição de uma nova empresa para atingir o objetivo de unir duas empresas concorrentes causando o menor impacto econômico para ambas ... que passariam ... a serem subsidiárias integrais da nova empresa, inexistindo ... relevância para análise do ... caso os argumentos quanto ao ... lapso temporal entre a constituição da incorporadora e a efetiva incorporação das ações.

Após a criação da CSD, foram realizados ... os preparativos necessários ao ... funcionamento da empresa, como criação dos cadastros perante os órgãos oficiais como Receita Federal, Estadual, Junta Comercial, ... grandes fornecedores, instituições financeiras, operadoras de cartões de crédito, etc.

A partir da plena ... operação da CSD realizou-se a incorporação das ações das companhias SCC e Évora, a fim de que dessem cumprimento à causa jurídica dessa operação a partir dos motivos acima expostos. (...)

O plano de expansão da CSD teve sequência em 2014, com a aquisição da rede Amigão Supermercados, ... com sede na cidade de Lins/SP Em 2018, a companhia deu mais um ... passo com a inauguração da sua quarta bandeira, o Stock Atacadista.

Ou seja, a criação antecipada da Impugnante tratou-se não só de operação típica, como também de operação com causa econômico-jurídica e, mais que isso, dotada de motivos sólidos e capazes de justificar a subjetividade

dos acionistas para efetuar primeiro a criação da empresa CSD para depois realizar a incorporação das ações das Companhias Évora e SCC. (...)

Para afastar toda e qualquer dúvida quanto à legalidade da operação realizada ..., necessário destacar que a operação partiu de relações negociais, regidas pelas normas de direito privado, por intermédio das quais restou exercida a liberdade de contratar prevista no art. 421, do Código Civil, ... conforme será demonstrado o Código Tributário Nacional, em seu art. 109, preserva a regência do direito privado sobre os atos da vida civil e confere à lei tributária ... a definição dos respectivos efeitos (...)

b) Da incorporação de ações das empresas Supermercados Cidade Canção S. A. (SCC) e Évora Comercial de Gêneros Alimentícios S. A. (Évora) (...) ... no que tange à suposta simulação de aquisição (...) ... é uma operação típica, prevista no ... art. 252, da Lei 6.404/1976 e, em que pese ... a suposta ausência de pagamento ... porque ... embora os sócios das incorporadas não tenham recebido dinheiro ... como contraprestação ..., eles passaram a ser titulares das ... ações da incorporadora (CSD). Não se trata ... de uma operação de aquisição simulada, mas sim de ... incorporação de ações. ... [que é] ato societário previsto no art. 252, da Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações), verbis:

Art. 252. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembléia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.

Esse instituto ... permite que todas as ações das empresas incorporadas ... passem a pertencer a uma outra companhia Após essa operação, as ... incorporadas passaram a ser subsidiárias integrais da incorporadora. ... os sócios das sociedades cujas ações foram incorporadas receberam em troca as ações da sociedade incorporadora, passando a ser sócios desta, conforme prevê o art. 252, §3º da Lei 6.404/1976, e a incorporadora se tornou proprietária da totalidade das ações das incorporadas, que continuaram a existir com seus próprios patrimônios. ... não se trata de uma simulação na aquisição dessas subsidiárias integrais, as particularidades do tipo societário adotado levam ao consectário lógico de que a aquisição se realiza justamente quando os acionistas das subsidiárias integrais recebem ações da incorporadora e essa, por seu turno, passa a ser proprietária das incorporadas.

Com relação à substância econômica da operação que gera o ágio, o art. 385, § 2º do RIR/99 determina os possíveis fundamentos econômicos, dentre eles, está o valor da rentabilidade futura. (...) ... a “aquisição” ... no art. 385, II, do RIR/998, é gênero, do qual a compra ou a troca, por exemplo, são espécies. No caso, a incorporação de ações de uma empresa em outra é uma espécie, isto é, um meio pelo qual se pode adquirir uma empresa. Além disso, a legislação ... exige ... um fundamento econômico, e discrimina os possíveis fundamentos ..., veja-se:

Art. 385.

[...]

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

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

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

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas

Portanto, presente ... um dos fundamentos elencados no dispositivo, a operação caracteriza-se como onerosa, e o ágio é existente. Não há ... exigência de ... pagamento ... para que se caracterize a onerosidade [jurisprudência do CARF e análise de caso de incorporação reversa] (...) ... não há fraude à lei, quando inexistente vedação prevista em lei quanto aos procedimentos adotados ..., não devendo ser confundido ... interpretação divergente de lei com fraude à lei. (...)

IV.II. DO ÁGIO GERADO NA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES DAS COMPANHIAS SCC E ÉVORA PELA CSD

(...)

... imperioso separar a suposta simulação nas operações societárias e existência de ágio, com a sua dedutibilidade. Acima ficou demonstrado a licitude e a necessidade das operações societárias, agora passamos a mostrar a existência e correta contabilização do ágio, e só no final iremos entrar na sua dedutibilidade (IV.III).

O ágio foi gerado a partir da incorporação das ações das empresas SCC e Évora, formalizada por intermédio da 1ª Assembleia Geral Extraordinária da CSD, realizada em 26/02/2010, conforme fls. 1.107 a 1.109 e não da

incorporação de empresas como busca fazer crer a Autoridade Fiscal ...:
(...)

A geração do ágio para o caso em tela é consectário lógico da operação de incorporação de ações das empresas SCC e Évora

(...) A incorporação de ações pela CSD foi realizada de acordo com os valores apurados nos Laudos de Avaliação Contábil e de Valor Econômico juntados às fls. 1.118 a 1.127, sendo, portanto, ... contabilizado o ágio gerado na operação de acordo com a diferença do patrimônio líquido das empresas e o valor pelo qual foram incorporadas, ... como determinado pela legislação fiscal. ... os laudos de avaliação ... em momento algum foram questionados

.... O art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598/1977 é ... cristalino ao determinar os modos para contabilização do ágio a partir da incorporação de ações e, deste modo, não haveria outro modo para que ... realizasse os ... lançamentos. (...) ... no ... caso, para fins de verificação da validade do ágio formado em decorrência da incorporação de ações, necessário se faz levar em conta que:

► o art. 20 do Decreto-lei n.º 1.598/1977 prevê a obrigatoriedade de separação do patrimônio líquido da investida e do ágio/deságio decorrente da aquisição;

► o art. 20 do Decreto-lei n.º 1.598/1977 não se apegua à modalidade de aquisição do investimento (compra, permuta, incorporação de ações, etc.). ... o presente tópico trata da estrita legalidade ... na formação do ágio ..., o qual, ... decorre da incorporação de ações ... nos termos do art. 252, da Lei nº 6.404/76 (Lei das S.A.) e contabilizado nos termos do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977.

(...)

... na legislação tributária aplicável vigente à época, denota-se não haver ... distinção entre o ágio gerado entre partes independentes e aquele ocorrido dentro de um mesmo grupo econômico, o que autoriza a apuração de ágio nos casos de incorporações ocorridas antes da entrada em vigor da Lei 12.973/2014. (...)

IV.III. DA DEDUÇÃO DO ÁGIO GERADO NA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES DAS COMPANHIAS SCC E ÉVORA PELA CSD EM DECORRÊNCIA DA INCORPORAÇÃO DAS COMPANHIAS

(...)

... a Autoridade ... trata os institutos de incorporação de ações e incorporação de empresas como se fossem uma só operação e, por consequência, a mesma confusão vem se operando com relação ao ágio gerado e o amortizado ...:

(...) A incorporação das empresas SCC e Évora ocorreu por intermédio do PROTOCOLO DE JUSTIFICAÇÃO DA INCORPORAÇÃO DE ÉVORA COMERCIAL DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS S.A. E SUPERMERCADOS CIDADE CANÇÃO S.A. PELA COMPANHIA SULAMERICANA DE DISTRIBUIÇÃO, à data de 23/06/2010 ...:

(...)

... a incorporação de sociedades tem como pressuposto a extinção de patrimônios, enquanto a incorporação de ações se trata de uma união de patrimônios. ... [que] foi realizada nos termos do art. 227 da Lei Societária, por intermédio da qual as Companhias SCC e Évora foram absorvidas pela CSD, que lhes sucedeu em todos os direitos e obrigações. Assim, em decorrência da incorporação, as sociedades incorporadas desapareceram e os seus patrimônios foram incorporados à sociedade incorporadora, recebendo, em substituição às suas antigas ações, ações de emissão da sociedade incorporadora.

Esse ... foi o evento societário, ... lícito e típico, que deu origem à amortização do ágio gerado na aquisição das ações das Companhias SCC e Évora e ... as ações detidas pelos acionistas da investida foram adquiridas mediante incorporação de ações, nos termos do artigo 252 da Lei das S.A.

Em contrapartida, a CSD entregou parte de suas ações aos acionistas da incorporada. Ao final, ... apurou um valor total de ágio correspondente à diferença entre o custo total da operação e o valor do patrimônio líquido adquirido.

(...) Restou demonstrado que, a partir de operação lícita e regular, foi gerado ágio cuja dedutibilidade é decorrência de previsão legal e, ao contrário do que busca fazer crer a Autoridade ..., o pagamento em dinheiro não é requisito para referida dedução (e a não ocorrência não acarreta simulação), assim como não se aplica ao caso qualquer vedação quanto à utilização de ágio gerado em empresas de mesmo grupo, pois toda a operação e suas etapas foram realizadas por empresas originalmente independentes. Explica-se.

A Lei n.º 9.532/97 introduziu no ordenamento jurídico condições para amortização do ágio decorrente de operações societárias de incorporação, cisão e fusão de pessoas jurídicas, quais sejam: a) Necessidade de

demonstrar e quantificar o ágio; b) Fundamentação da origem econômica do ágio; c) Operação de transformação societária (cisão, fusão e incorporação); e d) Cumprimento de prazos legalmente previstos para amortização do ágio.

Além disso, a ... lei prevê três ... fundamentações econômicas do ágio: i) o valor de mercado dos bens do ativo superior ao custo; ii) valor de rentabilidade, com base em previsão de resultados futuros; ou iii) fundo de comércio, intangíveis e outras razões de ordem econômica.

No ... caso, não há dúvidas quanto ao cumprimento de todas as condições ...:

✓ Necessidade de demonstrar e quantificar o ágio: laudo de avaliação das empresas incorporadas ...;

✓ Fundamentação da origem econômica do ágio: realizada por intermédio da rentabilidade futura (diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do custo de aquisição);

✓ Operação de transformação societária: efetiva incorporação das empresas (confusão patrimonial); e

✓ Cumprimento dos prazos previstos para amortização do ágio regressando ao caput do art. 7º, c/c inciso III do mesmo dispositivo, da Lei nº 9.532/97, tem-se que a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão poderá realizar amortização do valor do ágio. não se tratou ... de amortização de ágio interno gerado em operação simulada.

Em casos análogos ..., em que se operou a incorporação de ações de empresas INDEPENDENTES e, posteriormente, a incorporação das empresas, o e. CARF já reconheceu a validade da operação e ... a possibilidade de dedutibilidade do ágio amortizado ...: (...) ... a vedação legal para amortização do ágio interno surgiu ... com ... [a] Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, ... art. 22 ...: (...)

IV.V.I. DA INAPLICABILIDADE DA MULTA QUALIFICADA

(...)

... essa suposta ... FRAUDE corresponderia [a]: (i) exclusões indevidas de ágio interno derivado de operação sem aquisição real e realizada entre partes relacionadas e (ii) compensação Indevida de Prejuízos Fiscais (...) ... no que se refere às exclusões supostamente indevidas de ágio interno que sequer foi comprovado como operação de ágio gerado entre empresas

do mesmo grupo, tal fato por si só não é suficiente qualificar a multa não praticou ... operação ilegal ou irregular, sendo todas as operações societárias realizadas ... dentro da legalidade para a criação de empresa por companhias independentes, incorporação de ações e posterior incorporação de empresas.

(...) Em outras palavras, quanto ao lançamento tributário em questão inexistente ... prova inequívoca do intuito doloso de fraude para fins de sonegação fiscal. (...)

Cumprido salientar que nos casos em que se alega fraude ou sonegação, a autoridade ... deve COMPROVAR a evidente intenção de fraude ..., o que NÃO ocorreu

(...)

... agiu de acordo com sua interpretação quanto à legalidade da dedução do ágio amortizado e, ainda que seja objeto de interpretação divergente ..., não significa que a operação seja simulada para fins de qualificação da multa Veja-se que ... interpretação divergente entre contribuinte e Fisco, ainda que enseje ... lançamento ..., não é sinônimo de simulação [conforme o] CARF:

(...)

... não cabe ... a ... multa qualificada ... pelo ... fato de que a ausência de vedação legal lhe fez acreditar que a ... dedução seria possível. (...)” (negritei)

A DRJ julgou **procedente em parte** a impugnação. Transcrevo abaixo a ementa da decisão:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2016

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. FALTA DE DCTF. ART. 173, I, DO CTN. SÚMULA STJ Nº 555, DE 2015. INOCORRÊNCIA.

A não entrega de DCTF remete a contagem de prazo decadencial ao art. 173, I, do CTN, como preconiza a Súmula 555, de 2015, do STJ.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2016, 2017

AQUISIÇÃO DAS AÇÕES DE DUAS EMPRESAS POR MEIO DE PERMUTA. ÁGIO. INEXISTÊNCIA.

Quando a aquisição se dá por meio de permuta de ações, sem torna, como neste caso, inexistente a oneração da adquirente que caracteriza o ágio.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES SEGUIDA DE INCORPORAÇÃO DAS SUBSIDIÁRIAS INTEGRAIS. ÁGIO. INEXISTÊNCIA SIMULAÇÃO. DOLO. FRAUDE.

Embora legítimo o propósito negocial de fusão das sociedades, as operações societárias realizadas foram planejadas também para criar a falsa aparência da existência de ágio, configurando simulação, dolo e fraude.

AUTO REFLEXO. CSLL.

O mérito decidido quanto ao IRPJ aplica-se à tributação reflexa.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2018, 2019, 2020

COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE PREJUÍZOS FISCAIS. INOCORRÊNCIA.

A decadência resulta na obrigação do Fisco aceitar como válido o prejuízo fiscal acumulado de períodos anteriores aos 5 anos da data do lançamento. Portanto, inexistem as infrações classificadas como compensação indevida de prejuízos fiscais.

AUTO REFLEXO. CSLL.

O mérito decidido quanto ao IRPJ aplica-se à tributação reflexa.

Assunto: Normas de Administração Tributária

Ano-calendário: 2016, 2017

A multa qualificada dever ser reduzida a 100%, por força da Lei nº 14.689/2023, que alterou o § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, incluindo o seu inciso VI.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

O contribuinte apresentou Recurso Voluntário, alegando, em síntese:

- a) LEGALIDADE DA INCORPORAÇÃO DAS EMPRESAS ÉVORA E SCC;
- b) DECADÊNCIA DOS FATOS GERADORES REFERENTES AO PERÍODO DE 2016;
- c) AUSÊNCIA DAS DEMAIS HIPÓTESES HÁBEIS A ATRAIR A APLICAÇÃO DO ART. 173, I, DO CTN AO CASO;

- d) LEGALIDADE DO ÁGIO CONSTITUÍDO POR INCORPORAÇÃO DE AÇÕES COMO MODALIDADE DE AQUISIÇÃO;
- e) INCORPORAÇÃO DE AÇÕES COMO FORMA DE AQUISIÇÃO. EXISTÊNCIA DO ÁGIO GERADO;
- f) SUBSIDIARIAMENTE. DA CONSIDERAÇÃO DA HIPÓTESE SOCIETÁRIA COMO ESPÉCIE DE FUSÃO EMPRESARIAL. EVENTUAL ÁGIO INTERNO GERADO;
- g) AUSÊNCIA DE SIMULAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DO ÁGIO;
- h) A INEXISTÊNCIA DE SIMULAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DO ÁGIO. MERA INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE DA LEGISLAÇÃO. FATO QUE NÃO SE EQUIPARA À CONDUTA FRAUDULENTA;
- i) ILEGALIDADE DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO;

Houve recurso de ofício relativamente à decadência e apresentação de contrarrazões pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Gustavo Schneider Fossati**, Relator.

1. Admissibilidade

O presente Recurso Voluntário é **tempestivo** e atende aos requisitos de admissibilidade, razão, pela qual, dele conheço.

Há também Recurso de Ofício, uma vez que a decisão da DRJ julgou procedente em parte a impugnação, e o valor total do crédito tributário exonerado ultrapassa o limite de R\$ 15.000.000,00, previsto na Portaria MF nº 2/2023. Assim, conheço também do Recurso de Ofício.

2. Dos fatos e das provas trazidas aos autos

A autoridade fiscalizadora apurou supostas exclusões indevidas de ágio interno derivado de operação sem aquisição real e realizada entre partes relacionadas. Adicionalmente, entendeu pela compensação indevida de prejuízos fiscais.

Em síntese, a fiscalização entendeu que houve uma incorporação societária em 2010, a partir da qual se passou a deduzir um ágio interno, decorrente de eventos realizados entre

peçoas jurídicas e físicas ligadas entre si, “sem qualquer desembolso financeiro ou esforço econômico efetivos”. Na sua visão, tratar-se-ia de um ágio artificial e sem fundamento econômico, fictício para efeitos fiscais.

As deduções de ágio nos anos de 2016 e 2017 são decorrentes de duas operações societárias distintas. A primeira ocorreu em 2009/2010 entre pessoas jurídicas ligadas (CSD/Évora/Cidade Canção); a segunda, de 2014, ocorreu com partes independentes (Amigão).

Com relação ao ágio interno Évora/Cidade Canção, entendeu a fiscalização que ele é claramente indedutível, visto que

- (i) realizado entre partes dependentes,
- (ii) sem fluxo financeiro e
- (iii) resultante de eventos executados com o objetivo exclusivo de reduzir lícitamente as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Na sua visão, não houve aquisição real. Os atos societários deliberados entre as famílias Nogaroli e Cardoso constituem-se em uma simulação, para dar aparência e formalidade a uma incorporação que também não teria ocorrido, mas que lhes proporcionou um ágio no montante de R\$ 205.043.252,45.

Em síntese, para a autoridade administrativa, a “essência fraudulenta, simulatória”, da operação restou caracterizada pela ausência de fluxo financeiro ou mutação patrimonial entre as partes. Não há contrato de compra e venda, mas sim “um arranjo societário com objetivos voltados para a prática de ilícitos fiscais previamente definidos”.

A DRJ entendeu que “não se pode negar que a CSD adquiriu as ações da Évora e da CSS e nem que tais ações foram incorporadas ao capital da CSD” (fl. 2517). Na sequência, os ativos e passivos das duas subsidiárias integrais foram incorporados pela CSD. Na sua compreensão, toda a operação teve um desfecho prático de uma fusão entre Évora e SCC, sob a denominação de CSD. Afirmou expressamente que “no entanto, a adoção de algumas operações societárias prévias para alcançar esse objetivo não configura simulação” (fl. 2518).

Ato contínuo, a DRJ assentou seu convencimento sobre o caso, ao enquadrá-lo como um caso singular de “pseudo-ágio interno”, ou “ágio de si mesmo”. Após a avaliação da Évora e da SCC, foi decidido, por ocasião da 1ª Assembleia Geral Extraordinária da CSC (atual CSD), em 26.02.2010 (fls. 1107 a 1117) que o capital social passou a ser de R\$ 221.715.314,00, ou seja, foi “adotado” o VE de R\$ 110.857.657,00, para cada família, cabendo apontar que os “Laudos de Valor Econômico” se destinavam a **“suportar a determinação da relação de substituição das ações emitidas pela Évora e SCC pelas ações a serem emitidas pela CSC”**.

O órgão julgador entendeu tratar-se de uma **permuta de ações**, havendo a ausência de um efetivo dispêndio (sacrifício) patrimonial por parte da investidora pela aquisição. Asseverou que, “quando a aquisição se dá por meio de permuta de ações, sem torna, como neste caso, não há preço e tampouco qualquer sacrifício patrimonial, que caracteriza a natureza do ágio”. Entendeu

que “a diferença entre o Valor Econômico (VE) e o Patrimônio Líquido (PL), tanto da Évora, como da SCC, não constitui ágio, pois essa diferença não onerou a adquirente”.

Concluiu que o ágio, neste caso, é “pura simulação, inexistente de fato, que decorre de operações societárias planejadas (não só, mas também) com o intuito (dolo) de criar uma falsa aparência da existência de ágio, configurando a fraude que ampara a multa qualificada (...)”.

Por fim, decidiu que o mérito quanto ao IRPJ se aplica à tributação reflexa da CSLL e procedeu aos ajustes das bases de cálculo de 2016 e 2017 de IRPJ e CSLL, para efetuar a compensação dos valores a tributar, até o limite legal de 30%, conforme tabelas que apresenta.

Nas fls. 633s dos autos, consta o **Protocolo e Justificação da Incorporação da Évora e da SCC pela CSD**, celebrado em 23 de junho de 2010. Consta em um dos “considerandos” (fl. 634) que a proposta de incorporação “faz parte de um processo de reorganização societária que tem por objetivo a simplificação da estrutura societária da CSD”.

A Cláusula Primeira do Protocolo estabelece a justificação e os objetivos da incorporação nos seguintes termos (fl. 634):

1.1. Justificação. Considerando que ÉVORA e SCC associaram-se por meio da incorporação da totalidade de suas ações pela CSD, tornando-se suas subsidiárias integrais, a Incorporação de que trata este instrumento faz parte da segunda fase da reestruturação societária e de negócios envolvendo a CSD e as Incorporadas, operação que representará ganhos em sinergia através da CSD e considerando como atingida a consolidação operacional das empresas ÉVORA e SCC, a Incorporação resultará na simplificação de sua estrutura administrativa e societária, redução de custos e despesas operacionais, racionalização de processos, crescimento no ritmo de comercialização de produtos e definição de objetivos globais.

1.2. Objetivos. Este Protocolo e Justificação tem por objetivo regular a Incorporação da ÉVORA e da SCC pela CSD.

Conforme consta na Cláusula Nona, as filiais das incorporadas Évora e SCC serão sucedidas por filiais da CSD, constituídas e instaladas nas mesmas localidades (fl. 636). A Cláusula Décima informa que a incorporação não será submetida ao CADE por se tratar da segunda fase de um processo de reorganização societária, que não acarretará qualquer alteração de controle. A Cláusula Décima Primeira prevê que a CSD sucederá a Évora e a SCC em todos os seus direitos e obrigações, inclusive passando a CSD a utilizar as bandeiras, dentre as quais, do Supermercado São Francisco e do Supermercado Cidade Canção, até então utilizadas pelas incorporadas.

Nas fls. 639s, consta o **Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação de Incorporação de Ações de emissão da Évora Comercial de Gêneros Alimentícios S.A. e Supermercados Cidade Canção S.A. pela Companhia Sulamericana de Comercialização**. Neste instrumento, restou acordado que Évora e SCC decidiram se associar por meio da união de suas

atividades para fins de expansão conjunta de suas operações e aumento de sua relevância e consolidação no mercado brasileiro. A CSC passará a ser a única titular das ações da Évora e da SCC, bem como centralizará as operações do “Negócio Évora” e do “Negócio SCC”.

Consta como justificação da operação o seguinte propósito negocial:

“Évora” e “SCC” são sociedades atuantes no varejo e amplamente conhecidas na região em que atuam. A congregação de esforços resultante da associação ora proposta permitirá, dentre outras coisas, a centralização das atividades operacionais das empresas, proporcionando, assim, importantes ganhos em eficiência administrativa, uma maior flexibilidade no gerenciamento dos negócios e a centralização do gerenciamento das companhias e adequação societária.

Adicionalmente, mas não menos importante, com base nas premissas de governança corporativa, é interesse das “Partes” que o resultado da associação proporcione o surgimento de um ambiente ainda mais profissionalizado e que tenha identidade própria. Nesse sentido, as “Partes” anuíram que a melhor estrutura societária para a implementação da associação dar-se-á pela incorporação de ações de “Évora” e de “SCC” por terceira sociedade, a qual passará a deter a integralidade das ações de “Évora” e de “SCC”.

A incorporação das ações da “Évora” e da “SCC” pela “CSC” se justifica por permitir o alinhamento dos interesses das empresas, a captura de sinergia das “Partes” nas suas atividades operacionais, viabilizando o aumento de investimentos e um maior crescimento, com maior agilidade para tomada de decisões estratégicas, administrativas e comerciais, para fazer frente aos desafios do mercado nacional.

A associação das atividades da “Évora” e da “SCC” através da “CSC” permitirá um reposicionamento das empresas no mercado, e o período para implantação de uma estratégia multibandeira e multiformato.

A estrutura proposta será realizada em virtude da consolidação operacional das empresas (adequação dos planos de cargos e salários, adequação dos sistemas contábeis, e gerenciamento das operações comerciais e financeiras, uniformização de sistemas de informática, pesquisa mercadológica das marcas e bandeiras, adequação e análise de contratos preexistentes com fornecedores e instituições financeiras). Desta forma as empresas com suas ações incorporadas na “CSC”, não terão a extinção de suas personalidades jurídicas, com a operação de Incorporação de Ações.

A consolidação das atividades comerciais das “Partes” dependerá da aprovação do órgão responsável pela proteção do Mercado – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Na sequência, referido instrumento previu que a operação de incorporação de ações implicaria a transferência da titularidade da totalidade das ações da Évora e da SCC para a CSC, mediante aumento de capital da CSC. Como resultado, são criadas subsidiárias integrais da CSC, nos termos do art. 252 da Lei nº 6404/76 (Lei das S/A). As novas ações de emissão da CSC, em decorrência do aumento de capital, seriam entregues aos acionistas da Évora e da SCC.

A forma prevista para essa etapa da operação foi por meio de **substituição de ações**. Os acionistas originários da Évora e da SCC receberiam ações novas da CSC em substituição àquelas detidas nas sociedades que tiveram suas ações incorporadas.

Foram contratadas duas empresas especializadas para realizar a avaliação econômica da Évora e da SCC, nomeadamente a Controlsul e a Audicontrol. As avaliações consideraram a posição patrimonial relativa à data-base de 31.01.2010. Os patrimônios líquidos das empresas foram avaliados de acordo com seus respectivos valores contábeis, e os laudos constituem anexos do Protocolo e ficarão arquivados na sede das respectivas companhias.

As avaliações chegaram no valor patrimonial contábil total da Évora de R\$ 10.462.932,27 e da SCC de R\$ 6.641.577,61 (fl. 642). As empresas foram avaliadas pelo seu valor econômico, através do método do fluxo de caixa descontado a valor presente, tendo como resultados para a Évora o valor de R\$ 110.857.657,00 e para a SCC o valor de R\$ 110.857.657,00.

De acordo com os laudos econômicos das empresas, os valores econômicos são muito próximos. No Protocolo, consta que, por este motivo, para efeitos da relação de substituição das ações, seria atribuído um número idêntico de novas ações emitidas pela CSC aos acionistas da Évora e da SCC, em substituição às ações que seriam incorporadas.

As partes acordaram estabelecer as relações de substituição nas incorporações de ações com fundamento nas avaliações econômicas das companhias, tendo as fixado com base na relação de valores das ações a valor econômico da Évora e da SCC. Assim, foram fixados os seguintes valores de relação de substituição das ações:

- A "CSC" emitirá 221.715.314 (duzentos e vinte e um milhões, setecentas e quinze mil, trezentas e quatorze) ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, pelo preço de emissão de R\$ 1,00 (um real) para cada ação;

- Os acionistas da "Évora" receberão 110.857.657 (cento e dez milhões, oitocentas e cinquenta e sete mil, seiscentas e cinquenta e sete) novas ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, da "CSC", em substituição às 6.626.000 (seis milhões, seiscentas e vinte e seis mil) ações, correspondentes à totalidade de ações de sua emissão, sendo que esta relação de troca teve por base o valor econômico das ações a serem incorporadas e substituídas;

- Os acionistas da "SCC" receberão 110.857.657 (cento e dez milhões, oitocentas e cinquenta e sete mil, seiscentas e cinquenta e sete) novas ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, da "CSC" em substituição às 1.200.000 (um milhão e duzentas mil) ações, correspondentes à totalidade de ações de sua emissão, sendo que esta relação teve por base o valor econômico das ações a serem incorporadas e substituídas.

A totalidade das ações de emissão da "Évora" e da "SCC" passará a ser de propriedade da "CSC", tornando-se a "Évora" e a "SCC" suas subsidiárias integrais, as quais continuarão a exercer normal e plenamente as suas atividades empresariais.

Com relação ao aumento do capital social da CSC, esta incorporará todas as ações de emissão da Évora e da SCC, de modo que o patrimônio da CSC será aumentado pelo valor econômico das ações de emissão da Évora e da SCC. As partes estabeleceram que o valor de integralização das ações decorrente da incorporação das ações da Évora e da SCC seria o valor econômico dessas ações, sendo as ações da Évora no montante de R\$ 110.857.657,00 e as ações da SCC no montante de R\$ 110.857.657,00, totalizando um aumento à conta de capital social da CSC no valor de R\$ 221.715.314,00. A integralização seria efetuada no momento da substituição das ações da Évora e da SCC nos termos do art. 252, § 2º, da Lei das S/A.

Consta também desse Protocolo que as novas ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, atribuídas aos acionistas da Évora e da SCC seriam consignadas em respectivo Boletim de Subscrição a ser efetivado pela diretoria dessas companhias, “sem a necessidade de qualquer depósito ou disposição patrimonial por parte dos acionistas da Évora e da SCC, uma vez que o valor do aumento do capital da CSC já terá sido realizado exclusivamente por força do processo de incorporação de ações ora proposto”.

A aprovação das incorporações das ações não implicaria sucessão da Évora e da SCC pela CSC, uma vez que restou acordado que a CSC não absorverá os bens, direitos e obrigações da Évora e da SCC, que continuariam com suas personalidades jurídicas para todos os fins e efeitos de direito.

3. Da tributação sobre o acréscimo patrimonial auferido pelos sócios

Antes de adentrar no tópico final de mérito acerca da apontada simulação, cumpre ressaltar a relevância que a tributação sobre o acréscimo patrimonial auferido pelos sócios possui para o caso concreto.

Conforme já pré-questionado no tópico acima, é inquestionável que os sócios da incorporada, ao receberem a contrapartida em ações da incorporadora, auferiram acréscimo ao seu patrimônio, tudo respaldado no laudo de avaliação aprovado pela assembleia-geral da incorporadora. É também incontroverso que é devida a tributação na ponta da operação, nos sócios, os quais auferiram um ingresso patrimonial materializado sob a forma de ações, cujo valor foi significativamente maior do que o valor das suas ações entregues na troca realizada.

Tanto é verdade que a Recorrente traz aos autos a informação, de que os sócios das empresas incorporadas, agora sócios da Recorrente, foram autuados para fins de cobrança de IRPF, decorrente do acréscimo patrimonial auferido por ocasião da incorporação das ações da SCC e da Évora pela CSD, ora Recorrente.

A Recorrente cita, a título de exemplo, o processo administrativo fiscal nº 10950.723817/2013-05, cujo sujeito passivo é o Sr. Paulo Sérgio Cardoso, acionista da CSD e, na época, da SCC (fl. 2561). Destaca parte do relatório fiscal integrante desse processo:

- produtores de renda ou dos proventos mobiliários.
- r. Esta disponibilidade econômica, sem fluxo financeiro típico, é característica comum às operações de incorporação de ações, na transferência das ações da incorporada para a incorporadora. Entretanto, tal fluxo financeiro é irrelevante para caracterização do fato gerador do imposto, conforme já explanado anteriormente, pois basta a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica. E o ganho econômico de PAULO SÉRGIO CARDOSO **nessa operação é inquestionável**. Passou a ser titular de 28.268.702 (vinte e oito milhões, duzentos e sessenta e oito mil e setecentos e duas) ações da CSD avaliadas à época por R\$ 28.268.702,00 (vinte e oito milhões, duzentos e sessenta e oito mil e setecentos e dois reais), e não mais das 306.000 (trezentos e seis) ações da SCC, cedidas à CSD, que lhe custaram de aquisição R\$ 306.000,00 (trezentos e seis mil reais).
- s. Portanto, PAULO SÉRGIO CARDOSO passa assim a poder receber mais lucros e dividendos; poderia ainda diminuir seu capital e receber a parcela em dinheiro; poderia, como efetivamente o fez, vender sua participação societária, adquirindo cotas de fundo de investimento. Portanto, evidente também a disponibilidade jurídica do montante pelo qual as ações recebidas foram avaliadas.
- t. A disponibilidade econômica ou jurídica adquirida por PAULO SÉRGIO CARDOSO no valor total de R\$ 28.268.702,00 (vinte e oito milhões, duzentos e sessenta e oito mil e setecentos e dois reais) decorreu da aplicação de capital feita por ela na aquisição das 306.000 (trezentos e seis mil) ações da SCC, e consequente valorização desse capital aplicado. **É, sem dúvida, um acréscimo patrimonial como produto de aplicação de capital, não amparado por norma isentiva.**

A Recorrente ainda traz a informação de que o lançamento do IRPF contra o Sr. Paulo Sérgio Cardoso foi definitivamente julgado no CARF, de forma desfavorável a ele (Acórdão nº 2202-006.077, exarado pela 2ª Câmara da 2ª Turma Ordinária da 2ª Seção em 05/03/2020).

Verificando a decisão em comento, consta na fl. 630 do respectivo processo que o Recorrente Paulo Sérgio Cardoso reconheceu o valor de mercado das ações da CSD, de modo que terminou reconhecendo ter obtido ganho de capital na operação, conforme se pode observar na própria DIRPF do Recorrente:

RENDIMENTOS SUJEITOS À TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVA / DEFINITIVA	(Valores em Reais)
Outros rendimentos recebidos pelo Titular: DIFERENÇA NA SUBSTITUIÇÃO DE ACOEB SCC/CSD	27.962.702,00

Sobre esse ponto, não se manifestou a DRJ em nenhum momento, como se o acréscimo patrimonial auferido pelos sócios não fosse relevante para o caso dos autos. Pelo contrário, conforme exposto acima, os sócios reconheceram o valor de mercado das ações da CSD, de modo que houve ganho de capital tributável na operação, do lado dos sócios, exatamente como ocorreu com o sócio Paulo Sergio Cardoso.

Cumprido declarar que a decisão recorrida é omissa quanto à questão relevante para a solução da lide, devendo, portanto, ser declarada nula por omissão.

DISPOSITIVO

Isso posto, voto por declarar nula a decisão recorrida por omissão, devolvendo os autos à instância de origem, para que profira nova decisão.

Assinado Digitalmente

Gustavo Schneider Fossati