



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15563.720356/2013-98
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº **9101-006.861 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 5 de março de 2024
Recorrente SENDAS DISTRIBUIDORA S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2009, 2010

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. FUNDAMENTO INATACADO. INTERESSE PROCESSUAL AUSENTE. Não se conhece do recurso especial quando a decisão recorrida se assenta em mais de um fundamento autônomo e suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial do Contribuinte. Processo julgado com a participação do conselheiro Jeferson Teodorovicz (substituto) e sem a participação da conselheira Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (substituta).

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Relatora.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, José Eduardo Dornelas Souza (substituto), Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior, Jeferson Teodorovicz (substituto), Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício). Ausentes os conselheiros Luciano Bernart, substituído pelo conselheiro Jeferson Teodorovicz, e a conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, substituída pelo conselheiro José Eduardo Dornelas Souza.

Fl. 2 do Acórdão n.º 9101-006.861 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 15563.720356/2013-98

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto por SENDAS DISTRIBUIDORA S/A ("Contribuinte") em face da decisão proferida no Acórdão n.º 1302-002.694, na sessão de 9 de abril de 2018, nos seguintes termos:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de decadência e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário, tendo votado pelas conclusões do relator os conselheiros Carlos César Candal Moreira Filho, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Lizandro Rodrigues de Sousa (Suplente Convocado) e Luiz Tadeu Matosinho Machado; e ainda, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do relatório e voto do relator.

A decisão recorrida está assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2009, 2010

DECADÊNCIA – ÁGIO – PRAZO QUE SE INICIA DO FATO GERADOR E NÃO DOS ATOS QUE CONTRIBUÍRAM PARA A SUA OCORRÊNCIA - A jurisprudência deste Conselho é uníssona a afirmar que a decadência ocorre quanto ao fato-signo presuntivo de riqueza, ensejador da obrigação tributária, e não dos atos/fatos pretéritos, de efeitos prospectivos, que apenas contribuem para a materialização da hipótese de incidência.

ÁGIO CRIADO INTRAGRUPOS, COM USO DE EMPRESA VEÍCULO EM OPERAÇÕES CONCATENADAS SEM UM PREVALENTE INTENTO NEGOCIAL - INDEDUTIBILIDADE - A simulação, que vicia o ato jurídico e invalida a economia tributária pretendida, se prova pela densidade de indícios e circunstâncias, tais como: a proximidade temporal de atos; a realização de negócios intragrupos; a disparidade infundada de valores; o desfazimento dos efeitos do ato simulado; a inexistência de outra causa econômica além da economia fiscal.

ÁGIO - LAUDO FRAUDE - SUBAVALIAÇÃO DE ATIVOS – AMORTIZAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE A minguada de vedação explícita constante da legislação de regência, nada impede que o contribuinte amortize ágio surgido a partir de reestruturação societária interna. Todavia, a atribuição falseada de valores irreais aos ativos utilizados para adquirir a participação societária que, quando liquidada, culminou com a amortização do ágio.

O litígio decorreu de lançamentos dos tributos incidentes sobre o lucro, em razão de glosa de amortizações de ágio nos anos-calendário 2009 e 2010, bem como sobre o faturamento, em razão de omissão de receita presumida a partir de saldo credor de caixa no anos-calendário 2009. O ágio foi formado na constituição da Contribuinte, como *joint venture*, mediante aporte, a valor de mercado, de ações detidas pelos Grupos Sendas e Pão de Açúcar, e as exigências correspondentes foram acrescidas de multa qualificada.

A autoridade julgadora de 1ª instância afastou integralmente a presunção de omissão de receitas por erro na apuração da matéria tributável, bem como a qualificação da penalidade em razão da glosa de amortização de ágio, e submeteu a exoneração a reexame necessário (e-fls. 5642/5654). O Colegiado *a quo*, por sua vez, negou provimento aos recursos de ofício e voluntário (e-fls. 5860/5880).

Cientificada, a PGFN restituiu os autos sem interposição de recurso especial (e-fl. 5882).

Notificada em 10/07/2018 (e-fls. 5888), a Contribuinte interpôs recurso especial na mesma data (e-fls. 5926/5952) no qual arguiu divergências nas seguintes matérias:

- a) Decadência - contagem a partir de fato pretérito ao nascimento da obrigação;
- b) Ágio Interno;
- c) Ágio - utilização de empresa veículo;
- d) Planejamento tributário - legalidade, ainda que se considere inexistente o propósito negocial;
- e) Nulidade - falta de apreciação de argumentos e provas;
- f) Da legalidade das operações realizadas nos termos do art. 36 da Lei nº 10.637/02 e
- g) Juros sobre multa.

Negado seguimento ao recurso especial (e-fls. 6264/6285), a Contribuinte apresentou agravo que restou parcialmente acolhido apenas na seguinte matéria:

Matéria: "(d) Planejamento tributário - legalidade, ainda que se considere inexistente o propósito negocial".

Após situar a alegada divergência e transcrever trechos dos acórdãos recorrido e paradigmas, o despacho agravado assim se manifestou (e-fl. 6280, grifos no original):

No caso da decisão recorrida o colegiado apreciou lançamento de ofício decorrente da glosa de despesas com a amortização do ágio e decidiu por sua manutenção, fundada no entendimento de que foi artificial a operação examinada, uma vez que foi "*verificada a concretização de operações intragrupos, com etapas sucessivas, concatenadas em curto espaço de tempo e, ainda, como uso de empresa-veículo*".

Em relação ao primeiro paradigma, tem-se que foi examinada questão relativa a lançamento decorrente de ganho de capital, com base no entendimento de que o ganho de capital deveria ser oferecido à tributação pela contribuinte PJ e não por seus sócios PF, tendo sido os eventos societários apreciados caracterizados pela autoridade fiscal como planejamento tributário abusivo. Recebida a questão o colegiado decide pela improcedência do lançamento.

Da leitura dos votos condutores acima transcritos, verifica-se que **é distinta a situação examinada no acórdão recorrido da tratada no primeiro paradigma**. Embora os dois colegiados tenham examinado lançamentos decorrentes do entendimento acerca da artificialidade da operação examinada, em ambos os casos, a decisão resultou da análise dos fatos. No caso da decisão recorrida, a razão de decidir foi formada a partir da constatação de que houve "*operações intragrupos, com etapas sucessivas, concatenadas em curto espaço de tempo e, ainda, como uso de empresa-veículo*", enquanto a primeira decisão paradigma, em que pese constar do voto a afirmação de que "*a economia tributária pode ser considerada um propósito negocial*", examinou cada etapa da operação, que envolveu eventos distintos dos tratados no acórdão recorrido, e concluiu que "*restou comprovado claro propósito negocial na operação realizada pelo Recorrente, propósito esse que não se resume a mero interesse de redução de carga tributária*".

Assim, **verifica-se que não restou comprovado o dissenso jurisprudencial em relação ao primeiro paradigma**.

No que se refere ao segundo paradigma, foi levada à apreciação do colegiado exigência de IRPJ e de CSLL, incidentes sobre a apuração de ganho de capital ocorrido na venda de participação societária, com fundamento no entendimento de que restou caracterizado o planejamento tributário abusivo que almejou transferir a grupo familiar de sócios da contribuinte, de maneira ilícita, o ônus fiscal sobre o ganho de capital que deveria ser suportado pela PJ autuada.

A partir da leitura das decisões, verifica-se **ausente a necessária similitude fática entre o acórdão recorrido e o segundo paradigma**.

Isso porque, enquanto no acórdão recorrido a decisão pela manutenção da glosa de despesas com amortização de ágio tem fundamento na artificialidade da operação que gerou o ágio, uma vez que houve "*operações intragrupos, com etapas sucessivas, concatenadas em curto espaço de tempo e, ainda, como uso de empresa-veículo*", no caso do segundo paradigma, o colegiado entendeu que a redução de capital da atuada, por meio da transferência de ações de outra empresa a sócios membros de uma única família, foi regular e a posterior alienação dessa empresa a outra PJ não caracterizou planejamento tributário abusivo.

Dessa forma, **evidencia-se que a recorrente não logrou demonstrar o dissenso jurisprudencial em relação ao segundo paradigma.**

No agravo (item I.3, e-fls. 6300/6302), a interessada contesta essa conclusão, buscando esclarecer que o foco do exame deveria ser sobre negócios jurídicos realizados motivados pela economia de tributos, independentemente do negócio que se analise. Afirma ainda que nos paradigmas teria sido admitida a validade de negócios jurídicos em tais condições, enquanto que o recorrido teria decidido que a ausência de propósito negocial "macula" a amortização do ágio. Nisso residiria a alegada divergência.

O primeiro paradigma, acórdão n.º 1401-002.644 (e-fls. 6171/6196) cuidou, efetivamente, de autuação diante de fatos bastante diversos daqueles enfrentados pelo acórdão recorrido, e sobre isso não há discussão. Não obstante, o fundamento da autuação também naquele caso foi o entendimento do Fisco de que a ausência de propósito negocial distinto da economia tributária, seria suficiente para que fossem desconsiderados os efeitos tributários dos negócios jurídicos levados a efeito entre as partes. Isso é claro no voto condutor (e-fl. 6188):

Isto porque entendeu o fiscal que houve um deslocamento do ganho de capital para as pessoas físicas, em uma operação que defende ser abusiva e sem propósito negocial.

[...]

O lançamento está lastreado na conclusão de que não ficou devidamente caracterizada, portanto, a situação apresentada pela MCLG como justificativa para a sua cisão parcial realizada em 30/11/2009. Analisando-se individualmente a etapa da reorganização societária, resta evidenciada a artificialidade da operação de cisão parcial da MCLG. A cisão não serviu para transferir patrimônio para a incorporadora (Neo Química) e não ficou minimamente demonstrado o seu propósito negocial.

Na sequência, o voto condutor se posiciona expressamente no sentido de que a falta de propósito negocial, sob a ótica do Fisco (ou seja, negócios motivados apenas por economia tributária), é insuficiente para a desconsideração dos efeitos dos negócios jurídicos (e-fls. 6189/6193, grifos não constam do original):

É freqüente utilização pelo Fisco da teoria da ausência de propósito negociai por meio do qual defende que a simples inexistência sob sua ótica outros motivadores para a operação que não o alcance de uma redução da incidência tributária, tem sido usada como elemento suficiente para invalidar os atos do contribuinte ou o benefício fiscal almejado.

Tal lógica ao meu ver se afasta da necessária objetividade da lei tributária, fundada no princípio da tipicidade cerrada, além de afetar a segurança jurídica vez que diversas regras e estruturas criadas pelo legislador brasileiro oferecem um benefício fiscal aos contribuintes como parte integrante de uma política econômica.

[...]

Nesse sentido, **entendo que a busca da redução de incidência tributária por si só já se constitui em propósito negocial desde que não ocorra ao contrário de disposição expressa e objetiva da lei.** [...]

[...]

Desta feita, **entendo que a ausência de propósito negocial, sob a ótica do fisco, não pode ser suficiente para desconsiderar os efeitos dos negócios societários realizados**, até mesmo porque, a economia tributária pode ser considerada um propósito negocial.

De se observar que o raciocínio desenvolvido pelo voto condutor do primeiro paradigma, até esse ponto, é abrangente e independente das circunstâncias do caso concreto.

Somente a partir da e-fl. 6193 as circunstâncias do caso concreto passam a ser examinadas, e o relator conclui, como fundamento adicional de sua decisão, que naquele caso existe, também, razão extratributária a justificar os negócios jurídicos levados a efeito pelas partes. Confira-se (e-fls. 6193/6194):

Ademais, mesmo que a economia tributária por si só não fosse um propósito negocial justificado, no caso concreto entendo que a situação fática é absolutamente justificável.

[...]

Ainda, no caso concreto outras questões merecem ser ressaltadas.

[...]

Entretanto, [...], verifico que havia propósito negocial na operação.

Isto porque, como ressaltado pela contribuinte, havia interesse na associação pessoal com o Sr. Marcelo Limirio, o que é uma justificativa que se coaduna com a participação pessoal dele no Conselho de Administração e na gestão da Hypermarchas, posição que manteve até o ano de 2016.

[...]

Assim, verifico que restou comprovado claro propósito negocial na operação realizada pelo Recorrente, propósito esse que não se resume a mero interesse de redução de carga tributária.

O entendimento do Colegiado ficou expresso na ementa do primeiro paradigma, nos seguintes termos:

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. NEGÓCIOS JURÍDICOS. ATOS JURÍDICOS. LICITUDE.

O fato dos atos praticados visarem economia tributária não os torna ilícitos ou inválidos. Não tem amparo no sistema jurídico a tese de que negócios motivados por economia fiscal não teriam "conteúdo econômico" ou "propósito negocial" e poderiam ser desconsiderados pela fiscalização. O lançamento deve ser feito nos termos da lei, não havendo lei que vede tal prática.

Outrossim, no caso concreto, também foi demonstrada causa negocial decorrente do interesse na associação pessoal com o sócio pessoa física, o que é uma justificativa extra-tributária que se coaduna com a sua participação pessoal no Conselho de Administração e na gestão da empresa, posição que manteve até o ano de 2016.

A efemeridade que se verifica no caso concreto é a titularidade das ações pela Holding, e não pelas pessoas físicas, que as detiveram ao longo de 30 anos.

O segundo paradigma trazido pela interessada é o acórdão n.º 1301-002.761 (e-fls. 6063/6102). A exemplo do que ocorreu com o primeiro paradigma, os fatos ali enfrentados têm natureza bastante distinta, e também isso não se discute.

Também aqui, a autuação se deveu ao entendimento do Fisco sobre inexistência de motivação extratributária (ou, em outras palavras, ausência de propósito negocial), o que é ressaltado pelo Relator já no início de seu voto (e-fl. 6082):

Assim, ao desconsiderar a venda da ZAR pelas pessoas físicas, a fiscalização atribuiu ganho artificialmente à FMA, com base na alegação de que não teria havido "motivação extratributária" para redução de capital da FMA. Veja-se trecho do Termo de Verificação Fiscal (TVF) neste sentido:

Na sequência de seu voto, o relator deixa claro seu entendimento de que a falta de propósito negocial, por si só, não poderia servir como fundamento para a desconsideração de negócio jurídico. E esse entendimento é manifestado de modo genérico, independentemente do caso concreto. Os seguintes excertos bem o demonstram (e-fls. 6086/:

Por outro lado, compartilho o entendimento de que os contribuintes possuem o direito de organizar os seus negócios com o objetivo de diminuir a sua carga tributária (elisão fiscal). O que não se tolera é unicamente a realização de negócios simulados ou fraudulentos (evasão fiscal). [...]

[...]

Com efeito, a elisão fiscal encontra fundamento em diversos princípios e garantias constitucionais, explícitos ou implícitos, entre eles, os princípios constitucionais da autonomia da vontade, livre iniciativa e liberdade contratual (art. 5º, caput, e art. 170), os quais pressupõem não apenas a liberdade de celebração, mas igualmente a liberdade de escolha do tipo contratual mais adequado, inclusive tendo em vista a redução da carga tributária.

Desta forma, a alegação de que a redução de capital da FMA foi motivada por razões exclusivamente tributárias, ainda que fosse verdadeira, jamais poderia servir como fundamento válido para a desconsideração da venda da ZAR pelas pessoas físicas, como pretendem os agentes fiscais. [...]

[...]

Desta forma, ao desconsiderar os negócios jurídicos celebrados, com base na alegação de que as partes envolvidas foram motivadas exclusivamente pela economia de tributos, entendo que tal atitude significa anular a liberdade de auto-organização dos contribuintes, ou seja, a própria possibilidade de elisão fiscal, obrigando-os a executar os seus negócios da maneira mais onerosa do ponto de vista fiscal.

A ementa do segundo paradigma bem sintetiza o quanto ali decidido (grifos não constam do original):

REDUÇÃO DE CAPITAL. ENTREGA DE BENS E DIREITOS DO ATIVO AOS SÓCIOS E ACIONISTAS PELO VALOR CONTÁBIL. SITUAÇÃO AUTORIZADA PELO ARTIGO 22 DA LEI Nº 9.249 DE 1995. PROCEDIMENTO LÍCITO. AUSÊNCIA DE FRAUDE OU SIMULAÇÃO

A redução do capital social deve ser de competência exclusiva da Assembléia Geral, desde que não haja prejuízos a credores, e não seja hipótese de fraude ou simulação. Assim, apenas os acionistas, que assumem o risco do negócio, possuem legitimidade para definir o montante necessário para continuar as atividades de sua empresa.

Aprovada a deliberação pela redução do capital social, a entrega de bens e direitos a acionistas, em devolução de capital, pode ocorrer em conformidade com o que dispõe o artigo 22 da Lei nº 9.249, de 1995.

A alegada "motivação exclusivamente tributária" não pode ser equiparada à falta de "propósito negocial" (i.e ausência de causa), não servindo como fundamento jurídico para desconsideração dos negócios jurídicos efetivamente praticados entre as partes. Nessa linha, é importante destacar que o direito positivo brasileiro somente autoriza a desconsideração de atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de economia tributária nas hipóteses de fraude ou simulação (CTN, art. 149).

O entendimento dos paradigmas se demonstra, assim, contrário àquele esposado pelo acórdão recorrido. Este último decidiu que a falta de propósito negocial justifica e legitima a autuação, enquanto que o primeiro paradigma afirmou que a ausência de propósito negocial, sob a ótica do fisco, não pode ser suficiente para desconsiderar os efeitos dos negócios societários realizados, conclusão muito semelhante à do segundo paradigma. Ambos os paradigmas manifestaram seu entendimento de forma abrangente e, nesse aspecto, independentemente dos casos concretos por eles examinados. Nessa linha, tem-se por caracterizada divergência jurisprudencial, no que se refere a ambos os paradigmas.

O agravo merece provimento quanto a este ponto, devendo ser reformado o despacho agravado e dado seguimento ao recurso especial quanto a esta matéria "**(d) Planejamento tributário - legalidade, ainda que se considere inexistente o propósito negocial**". (*destaques do original*)

O acolhimento parcial do agravo foi cientificado à Contribuinte em 28/02/2019 (e-fl. 6333).

Em seu recurso especial, depois de descrever as ocorrências destes autos, a Contribuinte assim resume o contexto da infração correspondente à amortização do ágio:

9. Antes de adentrarmos efetivamente no cumprimento dos requisitos para admissibilidade do recurso e no mérito das discussões, necessário se faz expor, de forma breve, o contexto das operações societárias que culminaram com constituição da Recorrente, resultado da associação entre dois grandes grupos varejistas do Brasil, a qual veio a se consumar no ano de 2004, de modo a demonstrar a necessidade de reforma da decisão recorrida.

III – RESUMO DAS OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS QUE ENSEJARAM A CONSTITUIÇÃO DA RECORRENTE

III.1 - Considerações gerais sobre a *joint venture* entre o Grupo Pão de Açúcar e o Grupo Sendas

10. A Recorrente foi - e continuou sendo durante sete anos, o que demonstra a nítida intenção de perenidade do negócio e o *affectio societatis* entre seus formadores - a sociedade resultante de uma associação (joint venture) entre dois grandes grupos varejistas do Brasil, a qual veio a se consumar no ano de 2004.

11. De um lado, encontrava-se o Grupo Pão de Açúcar, e, de outro, o Grupo Sendas, cada um comandado por figuras amplamente conhecidas (e reconhecidas) em todo o mercado.

12. Dada a relevância de ambos os grupos para o mercado em geral, mesmo antes da divulgação do fato relevante acerca da associação, que ocorreu em 08 de dezembro de 2003, já havia repercussão na mídia acerca da operação.

13. Conforme devidamente informado no referido fato relevante, o Grupo Sendas, então líder de vendas no varejo do Rio de Janeiro, operava no varejo havia mais de 43 anos, exclusivamente no Estado do Rio de Janeiro, através de uma rede multi-formato com 68 lojas, das quais 6 eram hipermercados e 62 eram supermercados, totalizando uma área de vendas de 229.000m² e faturamento bruto anualizado superior a R\$ 2 bilhões.

14. Por sua vez, o Grupo Pão de Açúcar, maior rede de supermercados do país, contava com 496 lojas em 12 Estados brasileiros, sendo que, no Estado do Rio de Janeiro - território em que a operação seria implementada -, operava 38 lojas, sendo 9 hipermercados e 29 supermercados, em uma área de vendas de 95.000m², com faturamento anualizado da ordem de R\$ 1,5 bilhão em 2003.

15. Note-se que os dados acima indicados evidenciam, nitidamente, que a participação do Grupo Sendas no *market share* do Estado do Rio de Janeiro era superior à do Grupo Pão de Açúcar, o que corrobora o efetivo interesse comercial do Grupo Pão de Açúcar na associação com o Grupo Sendas, a fim de ampliar sua área de atuação neste território.

16. De outra parte, o Grupo Sendas tinha efetivo interesse na associação em razão de que, na época, vinha apresentando prejuízos, bem como um alto grau de endividamento. Com efeito, o Sendas havia obtido financiamento junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social ("BNDES"), o que acabou sendo assumido pela Sendas Distribuidora, ora Recorrente.

17. É importante lembrar que a criação da *joint venture* ocorreu em um momento em que as empresas varejistas estrangeiras estavam ingressando de forma agressiva no mercado brasileiro, razão pela qual a associação entre o Grupo Sendas e o Grupo Pão de Açúcar, dois fortes grupos brasileiros, contribuiria para manter o fortalecimento de ambos.

18. Conforme amplamente noticiado pela imprensa, bem como divulgado nos fatos relevantes e comunicado ao mercado, com a associação entre o Grupo Sendas e o Grupo Pão de Açúcar esperava-se obter um ganho de eficiência com o aumento da escala e a diluição dos custos no Estado do Rio de Janeiro.

19. Ainda, não se pode perder de vista que foi amplamente noticiado que a expectativa de faturamento da Sendas Distribuidora, ora Recorrente, no ano de 2004, era de R\$ 3,5 bilhões, sendo que o Grupo Pão de Açúcar e o Grupo Sendas acreditavam que com a união seria possível ampliar as vendas da rede Sendas, bem como a quantidade de lojas, o que, de fato revelou-se verdadeiro.

20. Além disso, as redes do Grupo Sendas e do Grupo Pão de Açúcar eram consideradas complementares, o que justificava ainda mais sua união.

21. Embora fosse esperado prejuízo da rede Sendas no fechamento de 2003, o objetivo era que a Sendas Distribuidora, ora Recorrente, chegasse aos patamares de rentabilidade do Grupo Pão de Açúcar.

22. De se mencionar que, não obstante todas as melhoras na gestão e no grau de eficiência operacional da rede Sendas implementada pelo Grupo Pão de Açúcar, a Sendas Distribuidora, ora Recorrente, continuava com um alto grau de endividamento, razão pela qual o Grupo Sendas e o Grupo Pão de Açúcar celebraram um contrato junto ao AIG, por meio do qual este investiria o equivalente a US\$ 50 milhões em reais na Sendas Distribuidora, mediante subscrição e integralização de 157.082.802 ações preferenciais classe B da Sendas Distribuidora, passando a deter 14,86% de seu capital social.

23. Com isso, a participação do Grupo Pão de Açúcar e do Grupo Sendas foi reduzida para 42,57% cada, mantendo-se, todavia, o mesmo percentual de participação para ambos.

24. Mesmo com todos os esforços efetivamente envidados pelo Grupo Pão de Açúcar em relação à melhora da gestão da rede Sendas, não foi possível melhorar o grau de endividamento da Sendas Distribuidora, além de que a rede Sendas vinha acumulando prejuízos trimestre após trimestre. Por esta razão, a associação do Grupo Pão de Açúcar com o Grupo Sendas passou a ser considerada pelo mercado como problemática.

25. Conforme amplamente noticiado, o endividamento do Grupo Pão de Açúcar - grupo composto por diversas empresas e marcas atuantes em diversos setores - estava em R\$ 1,9 bilhão, sendo que, deste total, a participação na Sendas Distribuidora - que se restringia a apenas parte do mercado do Rio de Janeiro -, sozinha, respondia por R\$ 1 bilhão, ou seja, mais da metade do endividamento total do Grupo Pão de Açúcar.

26. Além disso, a rede Sendas passou a apresentar problemas de competitividade, vez que no Rio de Janeiro havia uma competição mais acirrada entre os players atuantes no varejo, ensejando que os supermercados fossem mais agressivos em termos de preço e de gastos com propaganda.

27. Ainda assim, o Grupo Pão de Açúcar continuava acreditando no alto valor estratégico decorrente da associação com o Grupo Sendas, em razão da liderança da rede Sendas no Rio de Janeiro, considerado o segundo maior mercado brasileiro.

28. Todavia, com as dificuldades encontradas no Rio de Janeiro, bem como com o enfraquecimento da marca Sendas, o Grupo Pão de Açúcar acabou interrompendo os investimentos na expansão da rede Sendas, no mesmo momento em que foram retomadas as negociações para a aquisição da participação detida pela família Sendas pelo Grupo Pão de Açúcar.

29. É importante considerar que, de acordo com os termos da joint venture, a família Sendas poderia exercer, desde fevereiro de 2007, sua opção de venda do restante de sua participação no capital social da Sendas Distribuidora. Porém, as partes não chegavam em um acordo sobre a forma como a transferência do controle acionário da Sendas Distribuidora seria efetivada.

30. Inclusive, convém notar que, em 2006, o Sr. Arthur Sendas instaurou procedimento arbitral em face do Grupo Pão de Açúcar por entender que teria havido mudança de controle acionário do CBD em maio de 2005, quando o Sr. Abílio Diniz e o grupo francês Casino criaram uma nova *holding* com 65,5% das ações com direito a voto na CBD, na qual, por sua vez, metade do controle era detido por Abílio Diniz e a outra metade pelo Casino, sendo certo que, nos termos do acordo de acionistas assinado na criação da Sendas Distribuidora, eventual mudança de controle acionário do CBD dispararia o direito de venda da participação do Grupo Sendas na Sendas Distribuidora, ora Recorrente. Por sua vez, o Grupo Pão de Açúcar discordava de tal entendimento, por acreditar que o que teria havido era um compartilhamento de controle, não transferência de controle.

31. Note-se, ainda, que nesta mesma ocasião, a família Sendas pretendia trocar suas ações integralizadas na Sendas Distribuidora por ações preferenciais da CBD, conforme lhe autorizava o acordo de acionistas. Esta questão também passou a ser objeto de discussão entre o Grupo Pão de Açúcar e o Grupo Sendas.

32. Apenas em fevereiro de 2011 - portanto, após mais de 7 anos do início da Joint Venture é que ficou acordado que o Grupo Pão de Açúcar adquirisse a totalidade da participação detida pela família Sendas, passando a deter a totalidade das ações da Sendas Distribuidora. Para a referida aquisição, o Grupo Pão de Açúcar se comprometeu a efetuar o pagamento de R\$ 377 milhões, em sete parcelas, ao longo de seis anos, dando fim ao conturbado "casamento" de sete anos ocorrido entre o Grupo Pão de Açúcar e o Grupo Sendas.

33. Como se vê, não há dúvidas de que a associação entre o Grupo Pão de Açúcar e o Grupo Sendas constituiu genuíno negócio, subordinado à realidade econômica que lhe era subjacente.

111.2 - Das operações societárias das quais resultaram a Recorrente

34. Neste ponto, cumpre ressaltar que desde o início das conversações entre os Grupos Pão de Açúcar e Sendas foi fixada uma premissa negocial para implementação da *joint venture*, qual seja: que ambos os lados contribuíssem a valor de mercado os respectivos negócios [nos quais obviamente incluíam-se os pontos comerciais e respectivos contratos de locação de suas lojas, dentre outros].

35. Com efeito, a atribuição de valor de mercado às participações aportadas na Associação foi uma medida tomada com o fim de conferir a adequada transparência à transação, haja vista que o valor da nova companhia (a Recorrente) passou a ser representado nas demonstrações financeiras com base em seu justo valor de mercado, de modo que ficasse claro para os investidores de cada uma das companhias participantes do negócio a relação entre os ativos e passivos aportados e a correspondente participação societária de cada um no capital da Recorrente.

36. Ou seja, a combinação de negócios a valor de mercado era condição absolutamente necessária para duas partes independentes e com acionistas minoritários, cada uma.

37. De toda forma, dentre os vários caminhos jurídicos existentes para que a associação fosse implementada, o Grupo Pão de Açúcar e o Grupo Sendas optaram pela constituição de sociedades de propósito específico (Rio Patea e Serra do Andaraí) que reunissem, em princípio, o patrimônio que seria aportado na associação (a valor

contábil), para posterior conferência a mercado das participações societárias de tais sociedades (conferência esta sujeita ao disposto no art. 36 da Lei nº 10.637/02).

38. A Recorrente assim procedeu porque o citado o art. 36 possibilitava a avaliação a mercado de participação societária, o que, no seu caso específico ajudou - e muito - a equalização das participações dos dois grupos que as constituiu. Mais do que isto: graças à existência de tal dispositivo é que foi possível, em tempo curtíssimo, implementar a Associação, tal como se estabeleceu no Memorando de Entendimentos e no respectivo Acordo de Acionistas (que, apesar de mencionado e acostado aos presentes autos, não foram lidos de maneira cuidadosa pela fiscalização).

39. Assim, no contexto da operação efetivamente levada a efeito, coube à Recorrente recepcionar as participações em Rio Patea e Serra do Andaraí já avaliadas pelos valores de mercado e, em seguida, absorver os respectivos acervos patrimoniais para consolidar a joint venture com patrimônio líquido valorado a preço de mercado.

40. Pode-se agora perguntar: por que, então, Grupo Pão de Açúcar e de Grupo Sendas não efetuaram aumento de capital diretamente com os ativos e passivos na Recorrente?

41. A resposta a tal indagação, sem considerar qualquer impacto de ordem tributária: o aumento direto na Recorrente pelas partes envolveria a necessidade de entrega de diversos ativos em integralização, destacando-se os estoques de cada um dos inúmeros estabelecimentos e os respectivos pontos comerciais, além de inúmeras obrigações correlatas em lugar de dois - e somente dois! - ativos na forma de participações societárias.

42. Assim, a transmissão desses ativos e passivos, a valor de mercado, seria extremamente onerosa - e aqui, Srs. Conselheiros, nos mais diversos sentidos e aspectos (tais como o financeiro, temporal, de disclosure etc.), por conta da necessidade de contratação de laudos de avaliação a mercado com individualização para cada tipo ativo e passivo aportados!

43. A forma eleita pelas partes para efetuar a segregação dos ativos e passivos que cada uma delas aportaria foi, em um primeiro momento, adquirir as sociedades com propósito específico Rio Patea e Serra do Andaraí, mediante transferência não onerosa e aumento de capital dessas empresas com a conferência de bens, direitos e obrigações a valor contábil.

44. Os custos operacionais envolvidos nesta primeira etapa foram definidos sobre o valor contábil dos ativos conferidos, de modo que a auditoria teve por base, também, atestar esse valor patrimonial do acervo transferido.

45. Obviamente que, nesta etapa, as operações de aumento de capital foram feitas entre partes ligadas, pois se tratava de destacar, nessas novas empresas, os negócios que, individualmente, Grupo Pão de Açúcar e Grupo Sendas tinham no Rio de Janeiro.

46. Uma vez destacado esse patrimônio e os negócios correspondentes, as partes puderam valorizar o negócio e aumentar o capital da Recorrente com a entrega das participações acionárias, aí sim, a valor de mercado.

47. Ora, tendo os patrimônios já segregados, todo o processo de avaliação, precificação, auditoria e aumento de capital foi simplificado. Convenhamos, é muito mais fácil, sob o ponto de vista operacional, avaliar economicamente participações societárias que representam uma universalidade de bens (diga-se, um negócio), do que avaliá-los individualmente!

48. Além disso, como esta nova etapa envolvia partes não relacionadas (com acionistas minoritários) fez-se, tal como expressamente autorizava o já citado art. 36 da Lei nº 10.637/02, a conferência de Rio Patea e Serra do Andaraí a valor de mercado. Cumpre-se aqui ressaltar que esta era justamente a finalidade de tal dispositivo.

49. Todas as operações societárias em tela foram efetuadas sequencialmente, pois, efetivamente, as partes tinham o objetivo final declarado de combinar seus negócios no Rio de Janeiro. Por outro lado, para que isso fosse possível, a segregação do negócio a

combinar era condição precedente. Trata-se, portanto, de negócio complexo, composto por mais de um ato jurídico individual coligado.

50. Cada ato jurídico, contudo, teve um papel na estrutura. Esse papel foi atingido por cada ato jurídico individualmente analisado, em estrita consonância com o interesse declarado das partes e a divisão dos negócios no Rio de Janeiro foi de essencial importância para a combinação posterior desses negócios, ao contrário do que quer fazer crer a fiscalização.

Na sequência, a Contribuinte expõe as divergências que não tiveram seguimento sob os tópicos *Decadência: formação ocorrida há mais de cinco anos da data da lavratura do auto de infração, Da improcedência da decisão recorrida, ainda que se considere o ágio como Interno e Da utilização de empresa veículo e a alegada impossibilidade de amortização do Ágio*. E, com respeito à matéria *Da legalidade do planejamento tributário ainda que se considere inexistente propósito negocial* assevera que o acórdão recorrido *concluiu que os efeitos de negócio jurídico indireto não são oponíveis ao fisco, haja vista a ausência de propósito negocial e afirma que essa decisão deu à legislação tributária (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, arts. 386 e seguintes do RIR/99, arts. 20 e seguintes do Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 116, do CTN e art. 187, do CC/02) interpretação diversa daquela que foi dada por outras turmas do CARF*.

Aduz que *a despeito das etapas explicadas no início deste REsp. corresponderem a atos necessários na complexa reorganização da qual resultou a Recorrente, o Colegiado a quo entendeu pela impossibilidade da amortização do ágio, posto que ausente o propósito negocial. Todavia, ainda que essa interpretação do fisco encontrasse respaldo fático, esse entendimento diverge daquele proferido por outras turmas do CARF, no sentido de que a economia tributária pode ser considerada um propósito negocial*. Indica os paradigmas nº 1401-002.644 1301-002.761, restando evidenciada a divergência entre o r. Acórdão recorrido e os acórdãos acima transcritos, *haja vista que a decisão recorrida concluiu que a ausência de propósito negocial “macula” a amortização do ágio, enquanto que nas decisões paradigmas apresentam entendimento diverso*.

Prossegue expondo as demais matérias que não tiveram seguimento - *Ausência de propósito negocial: nulidade da decisão recorrida por falta de apreciação dos argumentos e das provas trazidas aos autos; Da legalidade da operação realizada nos termos do art. 36, da Lei nº 10.637/2002; e Improcedência da decisão recorrida quanto à manutenção da aplicação de juros sobre a multa de ofício* -, e finaliza com o pedido:

78. Ante o exposto, pede e espera a ora Recorrente, seja conhecido e provido o presente recurso, para ser reformado o r. Acórdão recorrido e, por consequência, determinar o cancelamento da exigência fiscal na sua totalidade, a título de IRPJ e CSLL, e, ao final, o arquivamento do processo administrativo instaurado.

Os autos foram remetidos à PGFN em 22/03/2019 (e-fls. 6336), e retornaram em 04/04/2019 com contrarrazões (e-fls. 6337/6351) nas quais a PGFN inicialmente contesta a admissibilidade do recurso especial nos seguintes termos:

Isso porque observando-se o recurso, nota-se que em relação a todos os pontos objetos de insurgência, o recorrente limita-se a contrapor ideias, teses, mas não demonstra que esse dissídio ocorreu entre casos com molduras fáticas semelhantes.

Assim, muito embora o r. despacho tenha entendido que a divergência jurisprudencial foi demonstrada, verifica-se que na realidade o recorrente não demonstrou a similitude dos casos concretos cotejados de forma a provar que, embora pudessem ter entendido no mesmo sentido, os Colegiados divergiram quanto às teses jurídicas adotadas.

Para que o recurso especial seja admitido, não basta que as ideias, teses ou fundamentos estampados num e noutra julgados sejam inteiramente diversos ou mesmo contrapostos.

É preciso comprovar que os casos concretos nos quais foram aplicados são semelhantes. Tal demonstração não ocorreu em relação a nenhuma das matérias objetos de insurgência.

Oportuno trazer aqui as razões que fundamentaram o juízo negativo de admissibilidade do recurso especial do contribuinte.

[...]

Não suficiente, cabe atentar para a ausência de interesse de agir do recorrente, uma vez que a decisão recorrida está amparada em diversos fundamentos, sendo cada um deles, suficiente por si só, para manter o resultado do julgamento. Assim, não admitido o recurso em relação a um deles, ou não impugnado determinado ponto da decisão recorrida, não cabe admitir o recurso especial em sua totalidade, uma vez considerada a ausência de utilidade do recurso para reverter o resultado do julgamento.

Nesse sentido, o recurso especial manejado pelo contribuinte não merece sequer ser conhecido, razão pela qual a Fazenda Nacional pugna para que lhe seja negado seguimento.

No mérito, aduz que:

Serão tecidas breves considerações sobre o ágio (ou deságio) na aquisição de participação societária e a sua dedutibilidade (ou tributação) na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Em apertada síntese, entende-se por ágio ou deságio a diferença entre o valor de patrimônio líquido de uma participação societária (proporcional à participação do sócio no capital social da empresa) e o seu custo de aquisição (montante pelo qual ela é negociada entre as partes contratantes). Se o valor de aquisição for maior que o patrimonial, o adquirente terá pago um ágio, se for menor, deságio.

No que tange aos investimentos realizados em sociedade coligada ou controlada, de acordo com o artigo 385 do RIR/99, em função do método de avaliação com base na equivalência patrimonial, o correspondente preço do ágio ou deságio deverá ser registrado pela parte que o suporta em conta distinta daquela onde é escriturado o valor patrimonial do investimento adquirido (desdobramento do custo de aquisição).

Quanto à apuração do lucro real e do resultado do exercício ajustado para fins de incidência da CSLL, usualmente, a amortização do ágio ou deságio não é deduzida ou tributada. Via de regra, a dedução ou tributação dessa amortização no âmbito do IRPJ e da CSLL somente ocorrerá quando o investimento que lhe deu origem for alienado ou liquidado (arts. 391 e 426 do RIR/99), na apuração de eventual ganho ou perda de capital, quando então o ágio ou deságio é incluído (somado ou diminuído) no preço de aquisição do investimento que está sendo extinto.

Sobre esse ponto, vale transcrever o seguinte trecho da obra de EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO¹:

“De fato, na forma do art. 391 do RIR/99, as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não serão computadas na determinação do lucro real, salvo quando ocorrer a alienação ou baixa do investimento. Assim sendo, o valor do ágio ou deságio amortizado e que afetar o resultado do período deverá ser adicionado ou excluído do valor do resultado do período para fins de determinação do lucro real. Esse mesmo valor será controlado na Parte B do LALUR para futura exclusão ou adição, que deverá acontecer no período em que ocorrer a alienação ou baixa do valor do investimento. A exclusão, correspondente ao valor do ágio amortizado, só não será automática se a alienação ou liquidação do investimento ocorrer em situação na qual o valor da eventual perda não pudesse ser considerado dedutível.”

¹ In.: _____. Imposto de renda das empresas. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 434.

Tal regra, todavia, não se aplica em certas hipóteses de incorporação, fusão ou cisão societária, quando a dedução da despesa com amortização do ágio na base de cálculo do IRPJ e da CSLL será admitida independentemente da alienação ou liquidação do investimento. Esse benefício fiscal é concedido expressamente pelo artigo 386 do RIR/99, o qual repete o conteúdo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

De acordo com o citado artigo 386, quando uma pessoa jurídica absorve patrimônio de outra em consequência de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, apurado segundo o artigo 385 do RIR/99, e o fundamento econômico desse ágio for a previsão dos resultados de exercícios futuros da sociedade adquirida, é possível desde já a dedução da despesa com amortização da correspondente mais valia na apuração do IRPJ e da CSLL.

Por meio dessa exceção, a legislação tributária concede um benefício fiscal por meio de uma “ficção fiscal”. A Lei nº 9.532/1997 autoriza a redução dos tributos a serem recolhidos uma vez que considera que o investimento antes realizado pela pessoa jurídica foi extinto com a incorporação, fusão ou cisão patrimonial realizada com a sua controlada (o próprio investimento).

Acerca dessa “ficção fiscal”, transcreve-se novamente os ensinamentos do autor EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO²:

“Ocorre extinção de participação societária nos casos de fusão, cisão ou incorporação em que as ações ou quotas detidas não são trocadas por outras, ou seja, nos casos em que a sociedade que absorve o patrimônio destacado ou movido é também sócia naquela sociedade em que houve o destaque patrimonial ou o seu inteiro trespasse. Em lugar de novas ações ou quotas, a sociedade que recebe a parcela patrimonial recebe bens, direitos ou obrigações, que compõem o “acervo líquido”.

(...)

A neutralidade do ágio ou deságio amortizado não existe em casos de incorporação, fusão ou cisão. De fato, de acordo com o art. 386 do RIR/99, que tem por matriz legal o art. 7º da Lei nº 9.532/97, e também o art. 10 da Lei nº 9.718/98, 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:

--- omissis ---

Sob o aspecto funcional, tais regras estabelecem procedimentos que devem ser adotados para as aquisições em que a sociedade investidora mantenha em sua escrituração contábil, ágio ou deságio na aquisição de investimentos em empresa que venha incorporar total ou parcialmente (caso de cisão parcial seguida de incorporação). Com isso, não mais é permitido que o valor de um ágio pago na aquisição de investimento possa ser totalmente amortizado, quando da aquisição se segue a fusão, ou incorporação pela investidora, da sociedade investida. Na verdade, nessas hipóteses, não havia simples amortização de ágio, mas efetiva baixa do valor, como ganho ou perda de capital.

(...)

As referidas normas regulam, grosso modo, o encontro – num mesmo patrimônio – do ágio ou deságio com os bens que lhes serviram de origem e que estavam originalmente em sociedades distintas.”

Tal dedução, contudo, na qualidade de benesse tributária, para ser autorizada deverá envolver a situação literalmente prevista no artigo 386 do RIR/99, assim como observar estritamente as condições estipuladas, sob pena de ser considerada indevida.

² In.: Op. Cit., pp. 473/480.

Esse pressuposto de observância estrita dos requisitos legais, típica das situações onde há qualquer espécie de renúncia fiscal, se encontra expressamente previsto no artigo 111 do CTN, senão vejamos:

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

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.”

Assim, para gozar da dedutibilidade preconizada no artigo 386 do RIR/99, não basta a pessoa jurídica, por exemplo, simplesmente incorporar uma controlada na qual detenha participação societária com ágio. Entre as condições e requisitos previstos, deve essa pessoa jurídica ter efetivamente suportado o ágio por ele registrado, ou seja, o ágio deve existir, deve ter propósito negocial e substrato econômico a justificar a sua origem; deve também esse ágio ter como fundamento econômico a rentabilidade futura da controlada; o laudo que atesta esse fundamento econômico deve estar arquivado como comprovante da escrituração do ágio; por fim, a sua amortização deverá obedecer o mínimo de 1/60 para cada mês do período de apuração.

Partindo para o caso dos autos, verifica-se que a “reorganização societária” levada a efeito representa a realização de uma operação societária com o único objetivo de reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, por meio da criação de um **ágio fictício**, que não apresenta qualquer propósito negocial e substrato econômico a justificar a sua existência real, **não se permitindo, portanto, a dedução da despesa com sua amortização.**

Vale destacar que, **para existir**, o ágio ou deságio deve sempre ter como origem um **propósito negocial** (aquisição de um investimento) e, assim, um **substrato econômico** (transação comercial). Somente registros escriturais, por exemplo, não podem ensejar o nascimento dessa figura econômica e contábil.

Por **propósito negocial**, entende-se a lógica econômica que levou ao surgimento do ágio ou deságio, ou seja, a **razão negocial** que ensejou a aquisição de um investimento por valor superior ou inferior àquele que custou originalmente ao alienante.

Há esse propósito quando, por exemplo, uma empresa adquire participação societária de outra com ágio com o intuito de auferir os prováveis resultados positivos que esta última terá no futuro; ou, quando uma empresa adquire participação societária de outra com deságio porque a alienante precisava aumentar emergencialmente a liquidez de seu ativo.

O ágio ou deságio, dessa forma, deve sempre decorrer da efetiva aquisição de um investimento oriundo de um **negócio comutativo**, onde as **partes contratantes, independentes entre si e ocupando posições opostas**, tenham interesse em assumir direitos e deveres correspondentes e proporcionais.

Resta evidente, nos autos, no entanto, o desvirtuamento das operações que normalmente conduzem a um custo amortizável, tendo em vista terem sido elas realizadas **por pessoas interligadas, em desacordo com a necessária autonomia entre as partes envolvidas.**

Nos presentes autos não se vislumbra a imprescindível razão lógico-econômica das operações realizadas. A suposta reorganização societária a que se refere a recorrente não teve o propósito negocial necessário, ou seja, **não demonstrou qualquer intenção que fosse, realmente, negocial/societária.** Com isso, pode-se reafirmar que **a finalidade do ágio foi estritamente tributária: reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL a ser paga.**

Assim, evidencia-se que a **constituição da Rio Patea e da Serra serviu tão somente para criar um ágio fictício, caracterizando, assim, ditas sociedades como verdadeiras “empresas veículo”.**

Nesse esteio, o artigo 385, parágrafo 2º, do RIR/99, o qual repete o conteúdo do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, determina que o lançamento do ágio ou deságio deve indicar como seu **fundamento econômico** uma das seguintes hipóteses:

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.

Sobre a causa material que dá ensejo ao ágio ou deságio (propósito negocial), especialmente na aquisição de participações societárias, EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO³ tece os seguintes comentários:

*O ágio ou deságio tem uma causa. A rigor, esta causa é o pagamento do preço que alguém faz pela aquisição de uma participação societária que seja portadora dos atributos da relevância e influência e, portanto, suscetível de ser obrigatoriamente avaliada com base no método da equivalência patrimonial. Quando a lei impõe o desdobramento do custo de aquisição entre valor patrimonial e ágio ou deságio, ela estabelece que o sujeito passivo atribua um **fundamento econômico** ao ágio ou deságio.*

A atribuição do fundamento econômico é ato de valoração e conseqüente qualificação jurídica; ao sujeito passivo é facultado escolher um dentre os vários que tenham contribuído como motivo determinante da aquisição. Por vezes, o fundamento econômico consta do próprio contrato de aquisição da participação societária; isto ocorre quando as partes atribuem valores separados para certos bens.

*O fato de o sujeito passivo ter certa liberdade para eleger um critério de qualificação não significa que o ato possa ser absolutamente discricionário ou arbitrário: **ao adquirente da participação societária com ágio ou deságio cumpre o dever de provar que o ágio ou deságio existiu e que o fundamento econômico atribuído tem correspondência com a realidade.** (grifo nosso)*

A despeito desta exigência, no presente processo verifica-se que, além de não ter qualquer propósito negocial e ter sido gerado em operações levadas a efeito dentro do mesmo grupo econômico, o ágio foi criado pela recorrente sem apresentar substrato econômico que justificasse o seu surgimento.

Outrossim, para que ocorra a efetiva aquisição de um investimento, com o correspondente surgimento do ágio ou deságio, é imprescindível a existência de substrato econômico à sua realização, ou seja, de transação econômica que materialize o valor de aquisição ao mesmo tempo pago pelo adquirente e recebido pelo alienante.

A aquisição de um investimento, assim como de qualquer bem ou direito, deve sempre importar o dispêndio de um gasto (econômico ou patrimonial) pelo adquirente e o respectivo ganho (também econômico ou patrimonial) auferido pelo alienante. Sem essa troca de riquezas e da titularidade do investimento, não há que se falar em aquisição, e, como conseqüência, no surgimento de ágio ou deságio.

Mostra-se, com as premissas aqui expostas, a necessidade de o ágio suportado por uma empresa com a aquisição de uma participação societária ter como origem um propósito econômico real, um efetivo substrato econômico, assim como cumprir incondicionalmente todos os requisitos impostos pela legislação aplicável (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e 385 e 386 do RIR/99) para ter reconhecida como dedutível a despesa com a sua amortização. A presença concomitante de todos esses aspectos é imprescindível ao reconhecimento da existência dessa figura econômica e contábil, assim como para a sua dedutibilidade na apuração do IRPJ e da CSLL.

A aquisição de um investimento por meio de mera escrituração artificial, sem a sua real materialização no mundo econômico, e sem observar os requisitos impostos pela lei que

³ In.: Op. Cit., p. 422.

concede o benefício fiscal, não é hábil a gerar um ágio cuja despesa de amortização será dedutível na apuração do IRPJ e da CSLL.

Corroborando com esse entendimento, a **Comissão de Valores Mobiliários – CVM – emitiu o Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007**, *in fine*. Nesse documento, a CVM, ao esclarecer dúvidas sobre a aplicação das Normas Gerais de Contabilidade, chama atenção para os casos onde o ágio é criado artificialmente; onde, indevidamente, empresas **de um mesmo grupo econômico** geram ágio sem que haja o dispêndio de efetiva despesa (financeira ou patrimonial).

“OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP nº 01/2007

Rio de Janeiro, 14 de fevereiro de 2007

Aos Senhores

Diretores de Relações com Investidores e

Auditores Independentes

ASSUNTO: Orientação sobre Normas Contábeis pelas Companhias Abertas

Prezados Senhores,

Os Ofícios-Circulares emitidos pela área técnica da CVM têm como objetivo principal divulgar os problemas centrais e esclarecer dúvidas sobre a aplicação das Normas de Contabilidade pelas Companhias Abertas e das normas relativas aos Auditores Independentes. Esse ofício-circular também procura incentivar a adoção de novos procedimentos e divulgações, bem como antecipar futura regulamentação por parte da CVM e, em alguns casos, esclarecer questões relacionadas às normas internacionais emitidas pelo IASB.

A CVM vem, ao longo dos anos da sua atuação, buscando aperfeiçoar e manter atualizado o seu arcabouço normativo contábil, sempre com a participação de segmentos interessados do mercado ou da profissão contábil. Cumpre destacar a importante colaboração recebida da Comissão Consultiva de Normas Contábeis da CVM, que conta com representantes da ABRASCA, APIMEC, CFC, IBRACON, FIPECAFI/USP e colaboradores especialmente nomeados pela CVM, além dos professores Ariovaldo dos Santos (USP), José Augusto Marques (UFRJ) e Natan Szuster (UFRJ) e, agora, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis - CPC, recentemente instalado.

--- omissis ---

20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas

A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de “ágio”.

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.

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

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

Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.

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”.

Portanto, é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade.”
(grifo nosso)

Ainda nesse sentido, registra-se o item 50 da Orientação Técnica OCPC 02/2008 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis:

“É importante lembrar que só pode ser reconhecido o ativo intangível ágio por expectativa de rentabilidade futura se adquirido de terceiros, nunca o gerado pela própria entidade (ou mesmo conjunto de empresas sob controle comum). E o adquirido de terceiros só pode ser reconhecido, no Brasil, pelo custo, vedada completamente sua reavaliação.” (grifo nosso)

Mostra-se, com as premissas aqui expostas, a necessidade de o ágio suportado por uma empresa com a aquisição de uma participação societária ter como origem um propósito econômico real, um efetivo substrato econômico, assim como cumprir incondicionalmente todos os requisitos impostos pela legislação aplicável (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e 385 e 386 do RIR/99) para ter reconhecida como dedutível a despesa com a sua amortização. **A presença concomitante de todos esses aspectos é imprescindível ao reconhecimento da existência dessa figura econômica e contábil, assim como para a sua dedutibilidade na apuração do IRPJ e da CSLL.**

A aquisição de um investimento por meio de mera escrituração artificial, sem a sua real materialização no mundo econômico, e sem observar os requisitos impostos pela lei que concede o benefício fiscal, não é hábil a gerar um ágio cuja despesa de amortização será dedutível na apuração do IRPJ e da CSLL.

Analisando a situação fática da recorrente antes e depois da incorporação, verifica-se que continua submetida ao mesmo controle acionário, tendo apenas feito uma reavaliação com base em rentabilidade futura dela mesma e, se aceita a operação, poderá usufruir de um benefício fiscal previsto apenas para as hipóteses em que, efetivamente, haja pagamento de ágio, o que, no entanto, não se deu nos autos, **pois sequer houve aplicação de recursos na aquisição de um patrimônio.**

Tal como reconhecido pelo próprio contribuinte, não houve qualquer circulação de riquezas entre as partes.

Tendo em vista, então, que **o investimento que deu origem ao ágio não refletiu nenhum gasto efetuado pelo adquirente do investimento e nenhum ganho auferido pela cedente das quotas,** não houve circulação de nenhuma espécie de riqueza que justificasse a existência do ágio, razão pela qual também deve ser afastada a aplicação do artigo 36 da Lei 10.637/02, pretendida pela recorrente, já que a aplicação daquele dispositivo legal pressupõe a existência de verdadeiro ágio, não sendo fundamento para ágio artificialmente gerado, como no caso dos autos.

Ora d. Conselheiros, **o fundamento de um ágio deve ser eminentemente econômico**, pois essa *mais valia* paga pelo adquirente de um investimento **decorre de alguma expectativa de auferir resultados futuros** (seja com a venda do investimento, percepção de frutos futuros, etc.). Não há como embasar o registro de um ágio na aquisição de um investimento em meras estratégias societárias, empresarias, contábeis e

fiscais. **O ágio deve implicar a expectativa de retorno econômico. Insistir em sentido contrário implica o surgimento de um ágio meramente artificial, irreal.**

Diante de tudo o que restou demonstrado, repita-se, **o único propósito existente nas operações societárias fiscalizadas é aquele oriundo da amortização do ágio.** Em outros termos, após a incorporação, a única transferência de riquezas é aquela que se dá entre o Estado, o qual concede um benefício indevido, e a recorrente, que reduz sua tributação de forma fraudulenta, *data venia*.

Assim, por não apresentar propósito negocial e substrato econômico a justificar o seu surgimento, conclui-se que **o ágio ora em discussão não existiu**, tendo sido criado somente *no papel*. **Não existindo de fato, tal ágio, portanto, não é válido e não é eficaz para ser amortizado na conta de resultado da recorrente**, seja pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (385 e 386 do RIR/99), seja por qualquer outra norma que autoriza tal dedutibilidade.

Por todo o acima exposto, conclui-se então.

Nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, somente é amortizável na apuração da conta de resultado de uma empresa o ágio efetivamente decorrente da aquisição de uma pessoa jurídica por outra, por incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio.

O caso dos presentes autos não se submete a essa norma uma vez que **o ágio absorvido pela incorporadora fora criado somente de forma artificial**. Materialmente ele nunca existiu.

Ora, se nunca houve ágio decorrente da aquisição de investimento (segundo o artigo 385 do RIR/99), não há que se falar em sua amortização no resultado da empresa que o absorveu por incorporação.

Se ele nunca existiu, ele não pode ser utilizado. Com isso, **o ágio ou deságio criado dentro do mesmo Grupo Econômico, por meio de negócios sem fins societários, sem qualquer substrato econômico e onde não houve o efetivo dispêndio do preço de aquisição do investimento não deve dar ensejo ao benefício previsto na legislação aplicável.**

Outrossim, compulsando a Exposição de Motivos da Lei nº 9.532/1997, observa-se que a elaboração dos artigos 7º e 8º procurou justamente impedir a criação do ágio artificial, ou seja, a realização de um negócio fictício exclusivamente para fazer surgir um benefício fiscal, senão vejamos:

O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas utilizando dos já referidos “planejamentos tributários”, vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo. (grifo nosso)

Vê-se, assim, que a *mens legis* dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foi de repudiar ações como a praticada pelo recorrente junto com o seu grupo econômico.

O artigo 386 do RIR/99, o qual repete o conteúdo das referidas disposições legais, autoriza a concessão do benefício fiscal de amortização do ágio na conta de resultados nos casos em que **essa diferença econômica realmente exista**.

O ágio ou deságio criado por meio de negócios sem fins econômicos e/ou onde não houve o efetivo dispêndio do preço de aquisição do investimento não deve dar ensejo ao benefício previsto nos multicitados artigos.

Por fim, vale destacar que, além de não ser dedutível nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, o ágio utilizado pelo recorrente não é passível de integrar a conta de resultado por nenhum outro dispositivo que autoriza a dedutibilidade de despesas na base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Assim, **a despesa amortizada pelo sujeito passivo na apuração de seu lucro não se enquadra em nenhuma das hipóteses de dedutibilidade previstas pelos artigos 324 a 327 do RIR/99.** (*destaques do original*)

Requer, assim, que *seja negado seguimento ao recurso especial interposto pelo contribuinte*, ou, então que seja mantido *o acórdão proferido pela e. Turma a quo por seus próprios e jurídicos fundamentos*.

Os autos foram sorteados para relatoria dos Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Andrea Duek Simantob e Alexandre Evaristo Pinto, mas com a dispensa destes promoveu-se novo sorteio.

Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA, Relatora.

Recurso especial da Contribuinte - Admissibilidade

A PGFN contesta a admissibilidade do recurso especial, afirmando que a Contribuinte *não se desincumbiu, com êxito, do ônus de demonstrar de modo analítico a divergência de teses entre órgãos julgadores diversos sobre a mesma matéria, pois, em relação a todos os pontos objetos de insurgência, o recorrente limita-se a contrapor ideias, teses, mas não demonstra que esse dissídio ocorreu entre casos com molduras fáticas semelhantes*. E, referindo os fundamentos para negativa de seguimento do recurso especial da Contribuinte nas outras matérias deduzidas, afirma *a ausência de interesse de agir do recorrente, uma vez que a decisão recorrida está amparada em diversos fundamentos, sendo cada um deles, suficiente por si só, para manter o resultado do julgamento*.

Com respeito à primeira objeção, vê-se que a recorrente traz o destaque dos acórdãos recorrido e paradigmas nos pontos em que, em seu entendimento, adotaram distintas interpretações da legislação tributária. Já com respeito à arguição de fundamento inatado, de fato, é aspecto que não foi enfrentado no exame de admissibilidade, especialmente porque o seguimento parcial se deu em sede de agravo, revertendo apenas uma das negativas de seguimento antes expressas.

Contudo, antes de adentrar a estes aspectos, cabe circunstanciar que foram atribuídos para relatoria desta Conselheira recursos especiais semelhantes, interpostos pela Contribuinte contra outras duas decisões que mantiveram as glosas de amortização do mesmo

ágio aqui tratado, e o exame de admissibilidade lhes conferiu seguimento diferenciado, como a seguir demonstrado:

| Matérias | Paradigmas | Acórdão n.º 1401-001.624 | Acórdão n.º 1302-002.694 | Acórdão n.º 1201-002.104 |
|---|--------------|-----------------------------|-----------------------------|-----------------------------|
| | | PA n.º 15563.720259/2011-33 | PA n.º 15563.720356/2013-98 | PA n.º 15563.720274/2015-13 |
| Da Improcedência da decisão recorrida, ainda que se considere o ágio como interno | 1302-001.978 | Admitido | | |
| | 1301-001.297 | | Rejeitado | |
| Da utilização de empresa veículo e a alegada impossibilidade de amortização do Ágio. | 1201-001.438 | Admitido | | Rejeitado |
| | 1402-001.077 | Admitido | | Rejeitado |
| | 9101-003.610 | | | Rejeitado |
| | 1301-003.284 | | | Rejeitado |
| Da legalidade do Negócio Jurídico Indireto para fins tributários e da ausência de abuso de direito | 1201-00.659 | Admitido | | |
| | 1302-001.977 | Admitido | | Admitido |
| Da legalidade da operação realizada nos termos do art. 36, da Lei n.º 10.637/2002. | 1301-001.297 | Admitido | Rejeitado | Admitido |
| | 1301-001.299 | Admitido | | |
| Da obrigatoriedade da aplicação de todos os efeitos tributários extrafiscais de Negócio Jurídico Indireto em razão da reclassificação fiscal. | 1102-001.228 | Rejeitado | | Rejeitado |
| | 107-09.587 | Rejeitado | | Rejeitado |
| Do reconhecimento da existência de propósito negocial, mas da manutenção da glosa da amortização do ágio. | 1201-001.554 | Rejeitado | | |
| | 1202-001.060 | Rejeitado | | Rejeitado |
| Da legalidade do planejamento tributário ainda que se considere inexistente propósito negocial | 1401-002.644 | | Admitido | |
| | 1301-002.761 | | Admitido | |

Além destes julgados, as amortizações do ágio aqui debatido também foram examinadas no Acórdão n.º 1401-001.623, objeto do processo administrativo n.º 15563.000871/2008-91, que tratou das glosas relativas ao primeiro período de apuração de aproveitamento, no ano-calendário 2004. O recurso especial lá interposto pela Contribuinte teve parcial seguimento e, na parte com seguimento, foi integralmente conhecido e improvido no Acórdão n.º 9101-004.289. Os Acórdãos n.º 1401-001.623 e 1401-001.624 apresentaram idênticos fundamentos, assim como infere-se, do exposto no Acórdão n.º 9101-004.289, que idênticas foram as matérias deduzidas em recurso especial, assim como o seguimento que lhes foi dado⁴.

O julgamento exarado no Acórdão n.º 1201-002.104 (processo administrativo n.º 15563.720274/2015-13) foi fundamentado na concordância com a conclusão dos Acórdãos n.º 1401-001.623 e 1401-001.624 de que o ágio seria interno. Já o julgamento proferido nestes autos adotou fundamentação diferenciada e, inclusive, foi decidido à unanimidade contrariamente à pretensão da Contribuinte, distintamente do Acórdão n.º 1201-002.104, decidido por voto de qualidade.

O relator do acórdão recorrido, ex-Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, registra inicialmente, na análise do mérito da glosa das amortização do ágio, que o parágrafo único do art. 116 do CTN se prestaria a atacar a prática de atos ilícitos evasivos, e que o inciso I do § 1º do art. 167 do Código Civil refere negócios nos quais, *em linhas gerais, a partes formalmente pactuantes não percebem, efetiva e concretamente, os efeitos do negócio que, outrossim, atingem, "sob os panos", terceiros não aventados no instrumento negocial*. Passando ao caso concreto, assim afirma:

Todos os atos acima geraram efeitos concretos às partes contratantes, inclusive patrimoniais, com a cessão de intangíveis das empresas NOVASOC, CDB, SE Supermercados e Sendas; não há, no caso, provas ou indícios de que tais atos ocultaram

⁴ Nos termos expressos no Acórdão n.º 9101-004.289, tiveram seguimento e foram conhecidas as matérias: (1) “improcedência da decisão recorrida, ainda que se considere o ágio como interno”; (2) “utilização de empresa veículo e a alegada impossibilidade de amortização do ágio”; (3) “legalidade do negócio jurídico indireto para fins tributários e ausência de abuso de direito” e (4) “legalidade da operação, nos termos do art. 36 da Lei n.º 10.637/2002”.

um negócio officioso, oculto, concedendo direitos à terceiros não indicados nos atos formalmente praticados; os efeitos pretendidos e declarados pelas partes efetivamente ocorreram (mediante transferência dos ativos ao recorrente).

Mesmo que incorrido entre partes relacionadas o ágio gerado (ágio interno) não encontrava, à época, vedações legais, razão pela qual o gozo dos benefícios daí advindos foi obstado, apenas, pela Lei 12.973/14, essa sim, norma antielisiva (se foi necessária a edição de norma específica para afastar a dedução da amortização do respectivo ágio é que, até então, o ordenamento vigente não a vedava legalidade estrita preconizada pelo art. 5º, II, da CF88 segundo a qual é franqueado fazer tudo o que a lei não proíbe).

O fato dos negócios terem sido pactuados, registrados e publicizados num curto espaço de tempo em nada contribui para a verificação de qualquer tipo de simulação, mormente quando, como já dito, tais operações geraram, e ainda geram, efeitos concretos para as partes contratantes.

Por fim, se a opção adotada pelas empresas gerou, de fato, uma economia tributária, tal consequência é indissociável das demais consequências patrimoniais também observadas; o planejamento tributário, insista-se, é franqueado e autorizado por lei, desde que praticado através de atos concretos (sem a interposição de negócios fictícios evasão, na acepção mais estrita da palavra). A escolha da estrutura operacional de determinada reorganização societária é direito e garantia constitucional do contribuinte e, sobre ela, não cabe ao fisco opinar para dizer que este ou aquele passo é mais ou menos complexo, pena de malferir o já citado princípio da legalidade e, mais, a própria garantia da livre iniciativa (art. 170 da CF88).

Sob esta ótica, portanto, a percepção foi de que as circunstâncias descritas não se prestariam a inviabilizar o ágio amortizado. Ainda que formado entre partes relacionadas, e mediante operações em curto espaço de tempo, ou objetivando economia tributária, tais argumentos não se prestariam a evidenciar simulação. Assim é que o fundamento para negar provimento ao recurso voluntário se concentraria no *valor atribuído pelas empresas CDB e SENDAS aos ditos ativos intangíveis utilizados para integralizar parte do capital majorado das empresas-veículo*.

De fato, ante a confirmação de que *os laudos de avaliação apontaram para valores muito superiores àqueles declinados nos atos de integralização de seus respectivos capitais sociais*, o relator analisa a alegação da Contribuinte de que o valor de R\$ 10.000,00 empregado na integralização dos "direitos de exploração de fundo de comércio do lojas" decorreria da natureza destes direitos (intangíveis) e do disposto no art. 36 da Lei nº 10.637/2002, que permitia a integralização mediante entrega de participações societárias a valor contábil, e conclui que:

O fato, todavia, que causa estranheza, é que o valor destes intangíveis foi fixado em montante absurdamente inferior àqueles verificados pela própria *PriceWaterHouseCoopers* no laudo de avaliação levantado para embasar a incorporação tratada nesta demanda.

Notem que os laudos lavrados em relação à CBD, NOVASOC e SENDAS, e concernentes à janeiro de 2004 (fls. 4032/4038 - anexos – descrição de ativos/acervo líquido), não descrevem tais ativos intangíveis (até porque, até o advento das leis 11.638/2007 e 11.941/2009, não se reconhecia nenhum tipo de ativo intangível no balanço patrimonial das empresas brasileiras)... ou seja, os preditos direitos não foram avaliados a partir da escrita contábil das empresas em testilha; estes valores não tiveram origem nos balanços, nem tampouco foram objeto de avaliação prévia que atestasse o valor que lhes foi atribuído.

Verdade seja dita, a luz do fato acima, as disposições do revogado art. 36 da Lei 10.637/02 **não aproveitam ao recorrente**, porque o próprio valor das participações

utilizadas para integralizar o capital da recorrente estava eivado por informações inverídicas.

Com efeito, o fato dos preditos "direitos de exploração de fundo de comércio" deterem natureza de ativos intangíveis, pela ausência de apontamento destes bens nos balanços das empresas, não autorizam, *in casu*, a eleição de um valor à esmo ou, pior, que atendessem à interesses aparentemente escusos. Havia critérios suficientes para se estipular um montante que refletisse, minimamente, a realidade!

Destacando a relevância dos frutos advindos dos direitos de exploração dos fundos de comércio cedidos, por contemplarem *os supermercados Pão de Açúcar, Extra e Sendas – comércios varejistas notoriamente grandes*, o relator assevera que o valor que lhes foi atribuído *não é, nem de longe, verdadeiro*, e que os laudos de avaliação lavrados em 26/02/2004 permitem concluir que os Grupos envolvidos na operação sabiam, em 19/04/2004, *que o valor de R\$ 10.000,00 atribuído aos “ativos intangíveis” ora tratados eram irreais*, bem como *que no ato incorporação das empresas PATEA e SERRA DO ANDARAÍ, verificaria-se o ágio abordado neste processo, fiando-se, na idéia (que ao final se revelou equivocada), de que poderiam afastar eventuais questionamentos sob a escusa de se tratarem de bens “intangíveis” e, também, com espeque na já tratada Lei 10.637/02 (art. 36).*

Observando que, apesar da dispensa de os ativos intangíveis constarem em balanço até 2007, o CPC 04/2010 indicava *que os direitos transmitidos não seriam, nem mesmo, classificáveis como intangíveis*, inclusive porque *os laudos da Deloitche e da Price, demonstram, a toda monta, que os elementos mais significativos eram os fundos de comércio que, ao fim, foram de fato avaliados, e, neste passo, pelo que dispôs o CPC 27, os preditos “direitos” não poderiam, como já antecipado, sequer ser classificados como “intangíveis”*. Ademais, minimamente a clientela cedida já representaria valores significativamente superiores ao adotado.

Neste contexto, o relator conclui que *não se está diante de simples hipótese de simulação (tratada no art. 116 do CTN e no art. 167 do Código Civil); houve, particularmente neste ponto, fraude fiscal, na acepção mais pura do art. 72 da Lei 4.502, porquanto escancarada a própria falsidade da informação constante dos atos societários especificamente realizados entre as empresas NOVASOC, CDB e Pátea, e Sendas e Serra do Andaraí. E, não bastasse isso, não seria pouco razoável a identificação, também, do conluio tratado no art. 73 do mesmo diploma legal.*

Assim é que finaliza seu voto, nos seguintes termos:

Notem, aqui, que o lançamento em análise, a partir dos fatos acima identificados, não só permitiria o uso do art. 116, parágrafo único, para desconsiderar a totalidade da reestruturação pactuada pelo vício identificado na mais importante etapa de toda a operação, como teria, também, fundamento nos preceitos do próprio art. 149, VII, do CTN.

A toda evidência, o ágio amortizado pelo contribuinte teve origem em ato ilícito e inválido para todos os fins, mormente a luz dos artigos 116 e 149 do CTN razão pela qual, ainda que não concorde com parte dos argumentos contidos no acórdão da DRJ, não tenho como dissentir de suas conclusões.

Nada obstante as minhas considerações, vale destacar, a maioria de meus pares diverge, apenas, quanto as premissas sustentadas em relação a ocorrência de simulação nas operações societárias propriamente (a despeito de concordarem com premissa aventada neste tópico).

A maioria do Colegiado considera, neste particular, que verificada a concretização de operações intragrupos, com etapas sucessivas, concatenadas em curto espaço de tempo

e, ainda, como uso de empresa-veículo, estaria suficientemente demonstrada a própria ausência de uma reestruturação calcada em intento negocial, revelando, outrossim, artificialidade que, quando menos, justifica e legitima, per se (e, portanto, a par dos argumentos por mim tratados neste tópico) as conclusões tanto da fiscalização, como da própria DRJ. Neste particular, prevaleceu o entendimento de que, a despeito de haver, de fato, vícios graves em relação à avaliação de ativos, tratada logo acima, a análise das operações, em si, já revelaria a impossibilidade de gozo dos benefícios do art. 386 do RIR, dada a inexistência de efeitos reais e concretos extraíveis da reestruturação pactuada, pelo que, cabível a glosa intentada neste feito.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário, neste ponto.

Como dito, o recurso voluntário da Contribuinte foi improvido à unanimidade⁵, mas votaram *pelas conclusões do relator os conselheiros Carlos César Candal Moreira Filho, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Lizandro Rodrigues de Sousa (Suplente Convocado) e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente)*. Ou seja, a maioria do Colegiado referida pelo relator é a maioria qualificada que **também** adotou, como fundamento para a negativa de provimento ao recurso voluntário, a artificialidade da operação *intra-grupos*, sem propósito negocial e com uso de empresa-veículo.

Em seu recurso especial, segundo o exame de admissibilidade, a Contribuinte não logrou êxito em demonstrar divergência jurisprudencial acerca da admissibilidade do ágio interno, bem como *da legalidade das operações realizadas nos termos do art. 36 da Lei nº 10.637/02*, vez que a artificialidade da operação em tela foi afirmada em razão de *operações intragrupos, com etapas sucessivas, concatenadas em curto espaço de tempo e, ainda, como uso de empresa-veículo*, para além da constatação de que *houve erro no valor dos direitos de exploração dos fundos de comércio de lojas, utilizados na integralização do capital de empresas veículo*, enquanto o paradigma nº 1301-001.297 apreciou apenas *a admissibilidade do ágio gerado intragrupo*. De forma semelhante, na divergência acerca da possibilidade de utilização de empresa veículo, os paradigmas nº 1201-001.438 e 1402-001.007 foram rejeitados porque apreciaram de forma isolada a questão relativa à utilização de empresa veículo, sem referir circunstâncias semelhantes às que indicaram a artificialidade das operações nestes autos.

Com respeito ao mérito das glosas de amortização de ágio restou, apenas, a matéria *Planejamento tributário – legalidade, ainda que se considere inexistente o propósito negocial*. Tal divergência jurisprudencial foi reconhecida em sede de agravo, mediante concordância com o entendimento da Contribuinte de que *o foco do exame deveria ser sobre negócios jurídicos realizados motivados pela economia de tributos, independentemente do negócio que se analise, inclusive porque nos paradigmas teria sido admitida a validade de negócios jurídicos em tais condições, enquanto que o recorrido teria decidido que a ausência de propósito negocial "macula" a amortização do ágio*.

É sob esta ótica que no exame de agravo, constatando que os paradigmas nº 1401-002.644 e 1301-002.761 decidiram a questão *independentemente dos casos concretos por eles examinados*, restaria caracterizada a divergência jurisprudencial porque *este último decidiu que a falta de propósito negocial justifica e legitima a autuação, enquanto que o primeiro paradigma afirmou que a ausência de propósito negocial, sob a ótica do fisco, não pode ser suficiente para desconsiderar os efeitos dos negócios societários realizados, conclusão muito semelhante à do segundo paradigma*.

⁵ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente), Rogério Aparecido Gil, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Lizandro Rodrigues de Sousa (Suplente Convocado), Carlos César Candal Moreira Filho, Flávio Machado Vilhena Dias e Gustavo Guimarães da Fonseca.

Contudo, a falta de propósito negocial foi, apenas, um motivo adicional adotado pela maioria qualificada do Colegiado, e ainda em face da artificialidade da operação intragrupo e com uso de empresa-veículo, para além de não desprezar o fundamento do relator, no sentido *de haver, de fato, vícios graves em relação à avaliação de ativos*. Evidente, assim, que o conhecimento do recurso especial é inútil para a reversão da negativa de provimento ao recurso voluntário.

A transcrição das razões de defesa expressas pela Contribuinte nesta instância especial deixam patente a insuficiência recursal:

63. O r. Acórdão concluiu que os efeitos de negócio jurídico indireto não são oponíveis ao fisco, haja vista a ausência de propósito negocial. Essa decisão deu à legislação tributária (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, arts. 386 e seguintes do RIR/99, arts. 20 e seguintes do Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 116, do CTN e art. 187, do CC/02) interpretação diversa daquela que foi dada por outras turmas do CARF. Vejamos a r. decisão recorrida:

"A maioria do Colegiado considera, neste particular, que verificada a concretização de operações intragrupos, com etapas sucessivas, concatenadas em curto espaço de tempo e, ainda, como uso de empresa veículo, estaria suficientemente demonstrada a própria ausência de uma reestruturação calcada em intento negocial, revelando, outrossim, artificialidade que, quando menos, justifica e legitima, per se (e, portanto, a par dos argumentos por mim tratados neste tópico) as conclusões tanto da fiscalização, como da própria DRJ. Neste particular, prevaleceu o entendimento de que, a despeito de haver, de fato, vícios graves em relação à avaliação de ativos, tratada logo acima, a análise das operações, em si, já revelaria a impossibilidade de gozo dos benefícios do art. 386 do RIR, dada a inexistência de efeitos reais e concretos extraíveis da reestruturação pactuada, pelo que, cabível a glosa intentada neste feito." Fl. 5876.

64. A despeito das etapas explicadas no início deste REsp. corresponderem a atos necessários na complexa reorganização da qual resultou a Recorrente, como visto, a d. Turma entendeu pela impossibilidade da amortização do ágio, posto que ausente o propósito negocial. Todavia, ainda que essa interpretação do fisco encontrasse respaldo fático, esse entendimento diverge daquele proferido por outras turmas do CARF, no sentido de que a economia tributária pode ser considerada um propósito negocial:

[...]

65. Pelo exposto, resta mais que evidente a divergência entre o r. Acórdão recorrido e os acórdãos acima transcritos, haja vista que a decisão recorrida concluiu que a ausência de propósito negocial "macula" a amortização do ágio, enquanto que nas decisões paradigmas apresentam entendimento diverso. (*destaques do original*)

Basta ver que, no voto condutor do acórdão recorrido, antes da transcrição acima destacada, está consignado que:

A toda evidência, **o ágio amortizado pelo contribuinte teve origem em ato ilícito e inválido para todos os fins, mormente a luz dos artigos 116 e 149 do CTN** razão pela qual, ainda que não concorde com parte dos argumentos contidos no acórdão da DRJ, não tenho como dissentir de suas conclusões.

Nada obstante as minhas considerações, vale destacar, a maioria de meus pares diverge, apenas, quanto as premissas sustentadas em relação a ocorrência de simulação nas operações societárias propriamente (**a despeito de concordarem com premissa aventada neste tópico**). (*destacou-se*)

O trecho transcrito pela Contribuinte em seu recurso especial, portanto, presta-se apenas a afirmar a discordância da maioria qualificada do Colegiado *a quo* com as premissas postas inicialmente no voto do relator, e que o conduziram a afirmar que as circunstâncias gerais

da operação não se prestariam a inviabilizar o ágio amortizado, ainda que formado entre partes relacionadas, e mediante operações em curto espaço de tempo, ou objetivando economia tributária.

Significa dizer que se o relator do caso fosse um dos Conselheiros integrantes da maioria qualificada antes mencionada, bastariam estas circunstâncias para negar-se o aproveitamento do ágio, à semelhança do que decidido pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara e pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara, como antes referido. Contudo, por rejeitar tais fundamentos, o relator do acórdão recorrido deduziu fundamento autônomo, e aportado apenas neste julgado, calcado na simulação presente no *valor atribuído pelas empresas CDB e SENDAS aos ditos ativos intangíveis utilizados para integralizar parte do capital majorado das empresas-veículo*. Para submeter este ponto à discussão nesta instância especial, a Contribuinte deveria, minimamente, apresentar outra interpretação da legislação tributária invocada pelo relator para a conclusão de que os ativos intangíveis não poderiam ter sido avaliados a R\$ 10.000,00 em sua integralização ao capital das empresas-veículo.

Evidente, assim, que a divergência jurisprudencial suscitada em torno do fundamento adicionado pela maioria qualificada do Colegiado *a quo* ao voto condutor do acórdão recorrido não se presta a reverter o fundamento afirmado pelo relator, e também acolhido, à unanimidade, pelo Colegiado *a quo*. Em tais circunstâncias, o recurso especial não pode ser conhecido.

Neste sentido, aliás, é a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores:

Súmula 283/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”

Súmula 126/STJ: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”

Adicione-se que este diferencial na fundamentação do acórdão recorrido confirma a dessemelhança fática assim apontada no exame inicial de admissibilidade do recurso especial:

No caso da decisão recorrida o colegiado apreciou lançamento de ofício decorrente da glosa de despesas com a amortização do ágio e decidiu por sua manutenção, fundada no entendimento de que foi artificial a operação examinada, uma vez que foi "*verificada a concretização de operações intragrupos, com etapas sucessivas, concatenadas em curto espaço de tempo e, ainda, como uso de empresa-veículo*".

Em relação ao primeiro paradigma, tem-se que foi examinada questão relativa a lançamento decorrente de ganho de capital, com base no entendimento de que o ganho de capital deveria ser oferecido à tributação pela contribuinte PJ e não por seus sócios PF, tendo sido os eventos societários apreciados caracterizados pela autoridade fiscal como planejamento tributário abusivo. Recebida a questão o colegiado decide pela improcedência do lançamento.

Da leitura dos votos condutores acima transcritos, verifica-se que **é distinta a situação examinada no acórdão recorrido da tratada no primeiro paradigma**. Embora os dois colegiados tenham examinado lançamentos decorrentes do entendimento acerca da artificialidade da operação examinada, em ambos os casos, a decisão resultou da análise dos fatos. No caso da decisão recorrida, a razão de decidir foi formada a partir da constatação de que houve "*operações intragrupos, com etapas sucessivas, concatenadas em curto espaço de tempo e, ainda, como uso de empresa-veículo*", enquanto a primeira decisão paradigma, em que pese constar do voto a afirmação de que "*a economia tributária pode ser considerada um propósito negocial*", examinou cada etapa da operação, que envolveu eventos distintos dos tratados no acórdão recorrido, e concluiu que "*restou comprovado claro propósito negocial na operação realizada pelo*

Recorrente, propósito esse que não se resume a mero interesse de redução de carga tributária".

Assim, verifica-se que não restou comprovado o dissenso jurisprudencial em relação ao primeiro paradigma.

No que se refere ao segundo paradigma, foi levada à apreciação do colegiado exigência de IRPJ e de CSLL, incidentes sobre a apuração de ganho de capital ocorrido na venda de participação societária, com fundamento no entendimento de que restou caracterizado o planejamento tributário abusivo que almejou transferir a grupo familiar de sócios da contribuinte, de maneira ilícita, o ônus fiscal sobre o ganho de capital que deveria ser suportado pela PJ autuada.

A partir da leitura das decisões, verifica-se **ausente a necessária similitude fática entre o acórdão recorrido e o segundo paradigma.**

Isso porque, enquanto no acórdão recorrido a decisão pela manutenção da glosa de despesas com amortização de ágio tem fundamento na artificialidade da operação que gerou o ágio, uma vez que houve "*operações intragrupos, com etapas sucessivas, concatenadas em curto espaço de tempo e, ainda, como uso de empresa-veículo*", no caso do segundo paradigma, o colegiado entendeu que a redução de capital da autuada, por meio da transferência de ações de outra empresa a sócios membros de uma única família, foi regular e a posterior alienação dessa empresa a outra PJ não caracterizou planejamento tributário abusivo.

Dessa forma, **evidencia-se que a recorrente não logrou demonstrar o dissenso jurisprudencial em relação ao segundo paradigma.** (*destaques do original*)

Substancialmente distinto é o contexto dos paradigmas, nos quais a demanda de propósito negocial é analisada sob a ótica de legislação distinta acerca da possibilidade de devolução, aos sócios pessoa física, de bens da pessoa jurídica que venham a ser por eles alienados sob menor carga tributária, a converter a economia tributária como a própria razão da operação questionada.

E, ainda que a interpretação, nos paradigmas, acerca da inexigibilidade de propósito negocial para validade das operações, tenha sido adotada de forma autônoma, sem vinculação ao contexto fático específico dos casos analisados, no recorrido o entendimento divergente foi afirmado em face do contexto específico de artificialidade da operação *intra-grupos* e com uso de empresa-veículo.

Em tais circunstâncias, o dissídio jurisprudencial não se estabelece.

De fato, nos termos do art. 67 do Anexo II do RICARF, o recurso especial somente tem cabimento se a *decisão der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado* outro Colegiado deste Conselho. Por sua vez, para comparação de interpretações e constatação de divergência é indispensável que situações fáticas semelhantes tenham sido decididas nos acórdãos confrontados. Se inexistir tal semelhança, a pretendida decisão se prestaria, apenas, a definir, no caso concreto, o alcance das normas tributárias, extrapolando a competência da CSRF, que não representa terceira instância administrativa, mas apenas órgão destinado a solucionar divergências jurisprudenciais. Neste sentido, aliás, é o entendimento firmado por todas as Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, como são exemplos os recentes Acórdãos n.º 9101-002.239, 9202-003.903 e 9303-004.148, reproduzindo entendimento há muito consolidado administrativamente, consoante Acórdão CSRF n.º 01-0.956, de 27/11/1989:

Caracteriza-se a divergência de julgados, e justifica-se o apelo extremo, quando o recorrente apresenta as circunstâncias que assemelhem ou identifiquem os casos confrontados. Se a circunstância, fundamental na apreciação da divergência a nível do juízo de admissibilidade do recurso, é "tudo que modifica um fato em seu conceito sem

lhe alterar a essência” ou que se “agrega a um fato sem alterá-lo substancialmente” (Magalhães Noronha, in Direito Penal, Saraiva, 1º vol., 1973, p. 248), não se toma conhecimento de recurso de divergência, quando no núcleo, a base, o centro nevrálgico da questão, dos acórdãos paradigmas, são díspares. Não se pode ter como acórdão paradigma enunciado geral, que somente confirma a legislação de regência, e assente em fatos que não coincidem com os do acórdão inquinado.

Por tais razões, deve ser **NEGADO CONHECIMENTO** ao recurso especial da Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa