



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

Processo n° 16561.720021/2016-03
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1201-002.085 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de março de 2018
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
ATACADÃO S/A

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012, 2013

DECADÊNCIA. FORMAÇÃO DE ÁGIO EM PERÍODOS ANTERIORES AO FATO GERADOR. INOCORRÊNCIA.

Pode a fiscalização verificar documentos e analisar fatos ocorridos há mais de cinco anos para deles extrair a repercussão tributária de exercícios futuros. A vedação contida no Código Tributário Nacional impossibilita apenas o lançamento de crédito tributário relativo a período já fulminado pela decadência.

REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. GLOSA DO ÁGIO PAGO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE NÃO DEMONSTRADO. INAPLICABILIDADE.

A infração decorrente da amortização do ágio pago em vista de investimento adquirido por valor superior ao patrimonial decorreu de uma reorganização societária que não pode ser tida como engendradora com evidente intuito de fraude, pois, como sabido, trata-se de questão polêmica, com decisões oscilantes nas instâncias julgadoras administrativas, o que desautoriza a manutenção da exasperação da penalidade aplicada pela Fazenda Nacional.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. APLICABILIDADE.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais (Súmula CARF nº 4). Além disso, o art. 161 do Código Tributário Nacional CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o “crédito” a que se refere o *caput* do artigo, o que torna legítima a incidência de juros sobre a multa de ofício.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012, 2013

ÁGIO FUNDAMENTADO EM EXPECTATIVA DE RESULTADOS FUTUROS - DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO.

A pessoa jurídica que absorver patrimônio de sua controladora, a qual tinha desdobrado o valor da participação em seu capital em valor patrimonial e em ágio, somente poderá deduzir a despesa com a amortização desse ágio se, além de cumprir as demais exigências legais, comprovar: que o ágio fora pago em virtude da expectativa de resultados futuros como exclusivo fundamento econômico do ágio; a existência de substância econômica e propósito negocial nas operações de reorganização societária; que houve a reunião numa só pessoa jurídica do patrimônio que tiver sofrido o encargo do ágio e o patrimônio que presumivelmente gerará os lucros que justificaram o seu pagamento, mediante efetiva incorporação, cisão ou fusão.

ENCARGOS FINANCEIROS DEDUTÍVEIS NA HOLDING. INCORPORAÇÃO REVERSA. IMPOSSIBILIDADE DE GLOSA DOS MESMOS ENCARGOS.

Se determinada despesa dedutível era dedutível do lucro real apurado pela holding, se esta vem a ser incorporada pela investida, a despesa antes dedutível assim permanecerá sendo na sucessora. Inteligência do disposto no caput do art. 227 da Lei nº 6.404/76.

JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. PAGAMENTO DESPROPORCIONAL À PARTICIPAÇÃO NO CAPITAL SOCIAL.

Os juros sobre capital próprio que são dedutíveis na apuração do resultado tributável são somente os que são pagos ou creditados individualizadamente a cada titular, sócio ou acionista a título de remuneração do capital. Não se enquadram como tal e são indedutíveis os juros pagos ou creditados que excederem ao que beneficiário teria direito, de acordo com sua participação no capital social da empresa.

APURAÇÃO ANUAL DO IRPJ/CSLL. ESTIMATIVAS MENSAS NÃO RECOLHIDAS. LANÇAMENTO MULTAS ISOLADAS.

No caso de lançamento efetivado após o encerramento do exercício, abrangerá a multa de ofício sobre os valores devidos por estimativa não recolhida (exigida isoladamente, no percentual de 50% do valor do pagamento mensal, art. 44, inc. II, b, da Lei nº 9.430, de 1996), como também o imposto devido com base no lucro real determinado em 31 de dezembro, a ser acrescido da multa de ofício e dos juros de mora que necessariamente acompanham o lançamento fiscal. Isso porque as duas penalidades pecuniárias (multa isolada e a multa de 75% sobre o valor do principal) possuem materialidades distintas, nada impedindo os respectivos lançamentos de maneira simultânea.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2012, 2013

LANÇAMENTO DA CSLL NA CONDIÇÃO DE LANÇAMENTO DECORRENTE OU REFLEXO DO IRPJ.

Tendo em vista a identidade verificada nos períodos fiscalizados e nas infrações apontadas pela autoridade lançadora, sabendo-se, ainda, serem as mesmas as objeções suscitadas pela pessoa jurídica impugnante, aplicam-se à CSLL as

mesmas razões de decidir que foram estabelecidas no presente julgado, referentemente ao IRPJ.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em dar parcial provimento ao recurso voluntário para cancelar a exigência referente à glosa de despesas financeiras e, por consequência, a exigência relativa às multas isoladas, proporcionalmente à exclusão da glosa dessas despesas. Vencidos os conselheiros: Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Barra Bossa e Luis Fabiano Alves Penteado que davam integral provimento ao recurso voluntário. E, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do voto do relator. Vencida a conselheira Ester Marques Lins de Sousa que dava provimento ao recurso de ofício para manter a multa qualificada.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente

(assinado digitalmente)

Paulo Cezar Fernandes de Aguiar - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, Eva Maria Los, Luis Fabiano Alves Penteado, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Luis Henrique Marotti Toselli e Gisele Barra Bossa. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros José Carlos de Assis Guimarães e Rafael Gasparello Lima.

Relatório

Adoto como relatório aquele do Acórdão nº 08-38.345 da 3ª Turma da DRJ/FOR, de 30 de março de 2017 (fls. 17.041 a 17.166), complementando-o a seguir:

A matéria a ser debatida no presente processo diz respeito a autos de infração do IRPJ e da CSLL, fls. 16.132/16.162, decorrentes de créditos tributários constituídos no âmbito da DEMAC/SP, totalizando os valores abaixo especificados, que se encontram valorados até o dia 30/06/2016:

- Imposto de Renda Pessoa Jurídica R\$ 480.422.549,49
- Contribuição Social sobre o Lucro Líquido R\$ 171.042.271,25
- Total do crédito tributário exigido R\$ 651.454.820,74

Nas descrições dos fatos que se fazem presentes nos autos de infração em tela a autoridade lançadora se reporta a Termo de Verificação Fiscal, fls. 16.164/16.212, adiante apresentado, documento em que apresenta as razões e os fundamentos que o levaram a considerar praticadas as infrações a seguir apresentadas.

AUTO DE INFRAÇÃO – IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

- *DESPESAS FINANCEIRAS NÃO DEDUTÍVEIS – decorrentes de empréstimo utilizado em sua própria aquisição, bem como dos pagamentos de juros sobre o capital próprio em desacordo com a participação societária; fatos geradores 31/12/2012 e 31/12/2013; enquadramento legal: artigo 3º, da Lei nº 9.249, de 1995; artigos 247 e 248, artigo 249, inciso I, e artigos 251, 277, 278, 299, 300, 347 e 374, todos do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 – Regulamento do Imposto de Renda - RIR 1999;*
- *ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL – CUSTO/DESPESA INDEDUTÍVEL – decorrentes da amortização de ágio não adicionado ao lucro líquido para a determinação do lucro real; fatos geradores 31/12/2012 e 31/12/2013; enquadramento legal: artigo 3º da Lei nº 9.249, de 1995; artigo 247, artigo 249, inciso I, artigo 251, § único, artigos 385 e 386, todos do RIR 1999;*
- *MULTA ISOLADA – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA – decorrente de falta de pagamento do IRPJ incidente sobre a base de cálculo estimada em função de balanço de suspensão ou redução, conforme demonstrativo anexo, períodos de apuração fevereiro/2011 a dezembro/2013; enquadramento legal: artigo 44, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11.488, de 2007; artigos 222 e 843 do RIR 1999.*

AUTO DE INFRAÇÃO – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL S/ LUCRO LÍQUIDO - CSLL

- *CUSTOS OU DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS NÃO DEDUTÍVEIS – despesas financeiras indedutíveis, decorrentes de empréstimo utilizado na sua própria aquisição (31/12/2012 e 31/12/2013), decorrentes do pagamento de juros sobre o capital próprio (31/12/2012); amortização de ágio não adicionado ao lucro líquido para a determinação do lucro real (31/12/2012 e 31/12/2013); enquadramento legal: artigo 2º da Lei nº 7.689, de 1988, com as alterações introduzidas pelo artigo 2º da Lei nº 8.034, de 1990; artigo 3º da Lei nº 7.689, de 15.12.1988, com a redação dada pelo artigo 17 da Lei nº 11.727, de 2008; artigo 57 da Lei nº 8.981, de 1995, com as alterações do artigo 1º da Lei nº 9.065, de 1995; artigo 2º da Lei nº 9.249, de 1995; artigo 1º da Lei nº 9.316, de 1996; artigo 37 da Lei nº 10.637, de 2002; e*
- *MULTA ISOLADA – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA – decorrente da falta de pagamento do CSLL incidente sobre a base de cálculo estimada em função de balanço*

de suspensão ou redução, conforme demonstrativo anexo; enquadramento legal: artigo 44, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11.488, de 2007.

TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL (FLS. 16.164/16.212)

I - Introdução

Trata-se de planejamento tributário em que negócios simples são revestidos de características complexas, algumas das quais surgem com o único propósito de justificar ganhos tributários indevidos. Houve uma simples operação de compra e venda de participação societária, tendo de um lado, como comprador, o Carrefour Nederland B.V. (Carrefour BV), sediado nos Países Baixos, e de outro, como vendedores, as pessoas físicas então controladoras do Atacadão.

A complexidade começa porque a relação Carrefour BV e pessoas físicas controladoras não aparece diretamente, mas é intermediada por empresas de que os interessados participam. Do lado do comprador, acham-se Carrefour BV, Korcula Participações Ltda (Korcula), Brepa Comércio e Participações Ltda (Brepa) e Carrefour Comércio e Indústria Ltda (Carrefour); do lado dos vendedores, a pessoa física Farid Curi e as pessoas jurídicas Primart Empreendimentos Participações e Administração Ltda (Primart), representando a família Lima; Loly Administração, Empreendimentos Agropecuários e Participações Ltda (Loly), controlada pela família Schmeil.

Outro complicador é que o pagamento da aquisição pelo Carrefour BV não aparece com esse nome, pois cerca da metade do valor ao final transferido aos vendedores chegou ao Brasil como se fosse aumento de capital; a outra metade, também ao fim e ao cabo paga aos vendedores, foi remetida pelo investidor estrangeiro sob a forma de empréstimo.

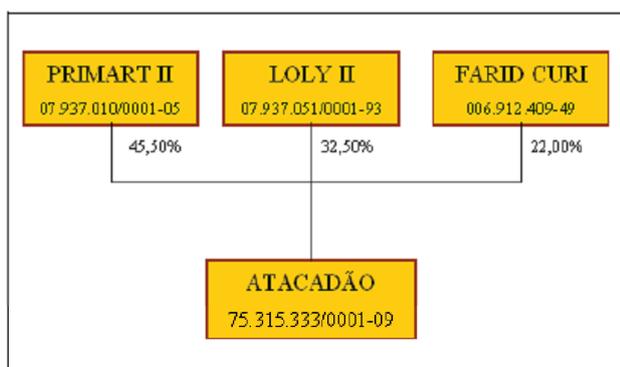
As formas assumidas pelo pagamento provocaram ganhos tributários indevidos: amortização pelo Atacadão do ágio apurado na sua própria aquisição pelo grupo Carrefour, que para isso internalizou o ágio desembolsado pelo Carrefour BV e se valeu de operações de reorganização societária em seqüência, sem nenhum interesse negocial, buscando pretensão enquadramento nos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97; despesas financeiras decorrentes do pagamento travestido de empréstimo; pagamento de juros sobre capital próprio em valores inflados por patrimônio líquido inexistente e pagos em desacordo com a participação societária.

A empresa Atacadão é atacadista do ramo de alimentação e integrante do grupo Carrefour. Em 31/01/2008, incorporou sua controladora Korcula.

O contrato de compra e venda de quotas do Atacadão foi assinado em 30 de março de 2007. O capital social totalmente integralizado estava assim dividido:

<u>Identificação dos Sócios</u>	<u>Quotas</u>	<u>Valor (RS)</u>	<u>Participação</u>
Primart Participações Ltda	215.946.411	215.946.411,00	45,50%
Loly Participações Ltda	154.247.436	154.247.436,00	32,50%
Farid Curi	104.413.649	104.413.649,00	22,00%
Total	474.607.496	474.607.496,00	100,00%

A figura a seguir disposta contém o organograma então vigente:



II – Estruturação do Grupo Carrefour para aquisição da empresa Atacadão

A empresa Korcula, *holding* de instituições não-financeiras, foi constituída em fevereiro de 2007 pelos sócios Onivaldo Antonio Chechetto e Ivo Pereira de Freitas Filho. Seu objeto social previa a participação em outras sociedades, a administração de bens próprios e a representação de sociedade nacional ou estrangeira. O capital da sociedade, totalmente subscrito, era de R\$ 100,00.

Os sócios resolveram, em 10 de abril de 2007, ceder e transferir a totalidade de suas quotas às empresas Brepa e Carrefour, ficando os novos sócios com 99% e 1% de participação, respectivamente.

A Brepa é uma *holding* de instituições não-financeiras que controla o Carrefour com 97,49% da participação. Por sua vez, é controlada pela empresa Carrefour BV, com 97,26 % de participação no capital.

A sede da Korcula passou para o mesmo prédio onde as novas sócias estavam instaladas.

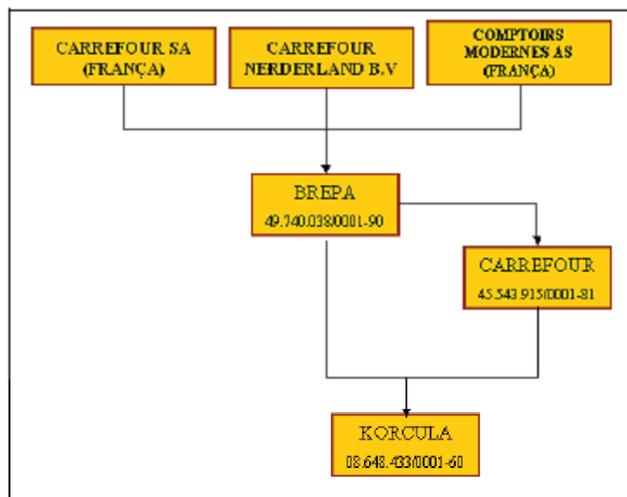
Nova alteração do contrato social foi efetuada ainda no mês de abril de 2007. Em 30/04/2007, a sócia Brepa, com o consentimento da sócia Carrefour, integralizou, em moeda corrente nacional, o aumento que promoveu no capital social da Korcula, que passou de R\$100,00 para R\$ 1.137.810.898,00, divididos em quotas no valor nominal de R\$1,00 cada, permanecendo a sócia Carrefour com uma quota.

Em 27/04/2007, três dias antes, os sócios da Brepa deliberaram pelo aumento de seu capital social de valor quase que exatamente o mesmo que do aumento de capital da Korcula. O valor de R\$ 1.137.810.798,17 foi integralizado pela sócia Carrefour BV, em moeda corrente nacional proveniente de ordem de pagamento do exterior.

Os percentuais de participação na Korcula ficaram assim:

<u>Sócios</u>	<u>Quotas</u>	<u>Valor (R\$)</u>	<u>Participação</u>
Brepa Com. Part. Ltda	1.137.810.897	1.137.810.897,00	99,9999999%
Carrefour Com. Ind. Ltda	1	1,00	0,0000001%
<u>Total</u>	<u>1.137.810.898</u>	<u>1.137.810.898,00</u>	<u>100,00%</u>

Nesses termos, em 30/04/2007 o organograma possuía a seguinte formatação:



Quinze dias após o aumento de capital promovido pela Brepa, em 15/05/2007, o Carrefour integralizou e aumentou o capital social da Korcula em mais R\$ 12.507.285,00, em moeda corrente, representando novas quotas no valor nominal de R\$ 1,00 cada.

III – Operação de aquisição da empresa Atacadão pelo Grupo Carrefour com uso da empresa Korcula

A aquisição da empresa Atacadão pelo grupo Carrefour teve início em 20/04/2007, com a assinatura do Contrato de Venda e Compra de Quotas do Atacadão. O contrato foi celebrado entre as pessoas físicas sócias da Primart II, referidas como família Lima, as pessoas físicas sócias da Loly II, referidas como família Schmeil, e Farid Curi - como vendedores, e como comprador a Korcula.

Apesar de a Korcula figurar como compradora, o contrato previa que as notificações decorrentes das obrigações aí assumidas deveriam ser enviadas à Brepa, como garantidora e principal pagadora das obrigações da compradora.

Note-se também que no momento da assinatura do Contrato de Venda e Compra de Quotas nem a Korcula nem a Brepa dispunham dos recursos necessários para efetivar a compra do Atacadão, e tampouco houve qualquer movimento dessas empresas para obter esses recursos. Os recursos para a compra vieram do exterior, da empresa Carrefour BV, na véspera do efetivo pagamento aos vendedores.

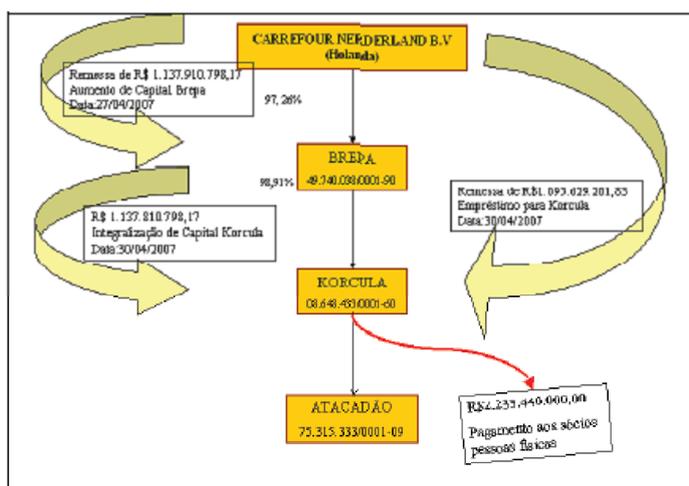
Com esses recursos a Korcula comprou as quotas da Primart II, da Loly II e de Farid Curi, passando a deter o controle total do Atacadão, direta ou indiretamente.

O preço de venda acertado entre as partes foi de R\$ 1.016.215.200,00 pelas quotas da Primart II, R\$ 725.868.000,00 pelas quotas da Loly II e R\$ 491.356.800,00 pelas quotas detidas por Farid Curi, totalizando R\$ 2.233.440.000,00.

O dia 30/04/2007 foi definido para o fechamento do negócio, com o pagamento do preço de aquisição combinado, e foram transferidos os valores mediante remessas do Banco ABN AMRO REAL S/A aos bancos Citibank S/A, BNP Paribas e Safra S/A.

Favorecido	CPF	Valor em RS TED01	Valor em RS TED02	Valor em RS TED 03
Maria Ivone Ricieri de Lima	125.696.068-39	61.204.609,07	128.388.430,93	13.650.000,00
Paulo de Tarso Ricieri de Lima	150.365.258-09	61.204.609,07	128.388.430,93	13.650.000,00
Carlos Alexandre de Lima	088.891.698-13	61.204.609,07	128.388.430,93	13.650.000,00
Marcelo Eduardo de Lima	089.102.098-05	61.204.609,07	128.388.430,93	13.650.000,00
Paula Raquel de Lima Goretti	151.570.858-69	61.204.609,07	128.388.430,93 ¹⁴	13.650.000,00
Herberto Uli Schmeil	206.785.258-20	212.030.252,83	444.774.207,17	47.287.500,00
Marlei de Almeida Schmeil	313.842.198-29	2.185.878,90	4.585.301,10	487.500,00
Paula Almeida Schmeil	280.394.668-81	2.185.878,90	4.585.301,10	437.500,00
Flávio Gustavo Almeida Schmeil	291.589.618-60	2.185.878,90	4.585.301,10	487.500,00
Farid Curi	006.912.409-49	147.967.186,75	310.389.613,25	33.000.000,00
Total		672.578.121,63	1.410.861.878,37	150.000.000,00
Total Geral				2.233.440.000,00

Foram pagos pelo controle de 100% da participação societária do Atacadão R\$ 2.233.440.000,00. Entretanto, a Korcula detinha apenas R\$ 1.137.810.898,00, provenientes do aumento de capital promovido pela Brepa. O restante foi obtido mediante empréstimo direto do Carrefour BV à Korcula, no montante de R\$ 1.095.629.201,83. Ou seja, o Carrefour BV foi a origem dos recursos para a compra do Atacadão, seja através de aumento de capital que passou pela Brepa, seja através de empréstimo direto para a Korcula.



IV – Operação de Incorporação da empresa Korcula pela empresa Atacadão

A incorporação da Korcula pelo Atacadão foi precedida pela incorporação da Primart II e Loly II pela Korcula.

Consta nas atas de reuniões de sócios ocorridas nas empresas Primart, Loly e Korcula no dia 17/09/2007, que as duas primeiras empresas seriam incorporadas pela Korcula e para isso seria celebrado Protocolo e Justificativa de Incorporação e seriam elaborados laudos de avaliação pela empresa de auditoria Deloitte Touche Tohmatsu Auditores Independentes.

Consta no referido Protocolo e Justificativa de Incorporação que era do real interesse de todas as sociedades as incorporações da Primart II e Loly II, pois isso proporcionaria uma maior sinergia com o desenvolvimento de outras atividades afins, além da economia operacional e administrativa com a concentração das atividades administrativas em uma única unidade. Foram estimados os valores de patrimônio líquido das empresas que seriam incorporadas, Primart II - R\$ 230 milhões e Loly II - R\$ 160 milhões.

As empresas Primart II e Loly II deixaram de figurar no organograma do grupo Carrefour em dezembro de 2007, aparecendo a Korcula como única acionista da fiscalizada, visto que a aquisição direta e indireta da totalidade das quotas já havia ocorrido em abril de 2007.

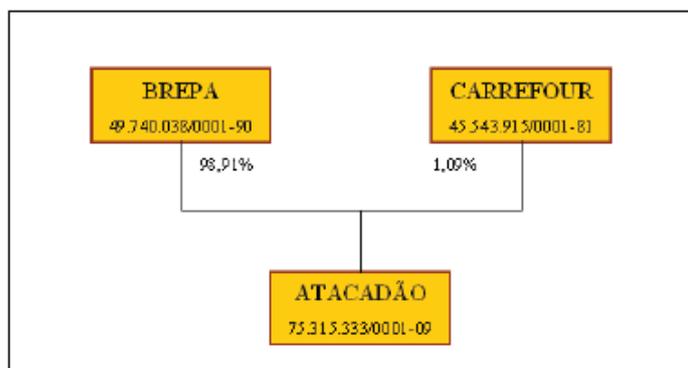
Na seqüência, como consta em Ata de Reunião de Sócios ocorrida em 30/01/2008, a Korcula, única sócia da fiscalizada, autorizou a sua própria incorporação e nomeou a empresa de auditoria Deloitte Touche Tohmatsu Auditores Independentes para avaliar o patrimônio líquido da sociedade a ser incorporada.

Reunião semelhante ocorreu na Korcula, em que os sócios Brepa e Carrefour aprovaram a incorporação da controladora Korcula pela controlada Atacadão. Nesta reunião foi aprovado o laudo de avaliação elaborado pela Deloitte que fixou o valor do patrimônio líquido da Korcula em R\$ 1.232.902.648,01, com data base de 31/12/2007. Também foi determinado que o capital da incorporadora seria aumentado em R\$ 675.238.682,84.

Nota-se divergência entre as datas do laudo e do protocolo de justificativa de incorporação, pois embora conste que o laudo foi elaborado conforme o definido no protocolo, o laudo tem data de 31/01/2008, e o protocolo de 15/02/2008. Então, o protocolo tratou de uma incorporação já ocorrida.

O trecho desse documento que contém a justificativa da incorporação é o mesmo encontrado nos protocolos de incorporação da Primart II e Loly II, ambas pela Korcula.

Foi promovida alteração no Contrato Social da Atacadão, em 31/01/2008, finalizando a incorporação da Korcula. O capital social passou de R\$ 474.607.496,00 para R\$1.149.846.178,84. Portanto, a empresa Atacadão passou a ser controlada direta da Brepa e do Carrefour.



Com a incorporação da Korcula pelo Atacadão, completa-se o planejamento tributário de aquisição do Atacadão pelo Carrefour BV, ao fazer com que o próprio adquirido suporte as despesas de sua aquisição. O ágio apurado e o empréstimo contraído passaram a ser de responsabilidade do Atacadão.

Como consta do Laudo de Avaliação a Valores Contábeis, em 31/12/2007, do acervo líquido da Korcula, os principais valores a serem incorporados eram o ágio decorrente do investimento no Atacadão, que estava registrado por R\$ 1.710.121.686,25, e no passivo a conta de empréstimos que registrava o valor de R\$ 1.085.266.000,00.

V – Registros contábeis e despesas de amortização de ágio

A aquisição do Atacadão pela Korcula em 30/04/2007 foi efetuada pelo valor total de R\$ 2.233.440.000,00. Desse total, R\$ 491.356.800,00 foi despendido na aquisição das quotas do Atacadão que estavam em poder de Farid Curi. O restante foi empregado na aquisição do controle indireto das demais quotas do Atacadão. Pelas quotas da empresa Primart II foi despendido o valor de R\$ 1.016.215.200,00, e pelas quotas da empresa Loly II foi despendido o valor de R\$ 725.868.000,00.

Esses valores pagos estavam acima dos respectivos valores patrimoniais de cada empresa adquirida.

O patrimônio líquido do Atacadão em 30/04/2007 era de R\$ 438.125.000,00. Assim, o ágio pago na aquisição das três participações chegou a R\$ 1.780.738.273,26. Após os ajustes no valor da aquisição, decorrentes de compromissos existentes no Atacadão anteriores à data de fechamento e de responsabilidade dos vendedores conforme o Contrato de Venda e Compra de Quotas, o valor efetivo do ágio apurado na operação atinge R\$ 1.702.116.571,3642.

A partir de fevereiro de 2008, após a incorporação reversa da Korcula pelo Atacadão, a fiscalizada iniciou a contabilização da despesa com amortização do ágio surgido por ocasião de sua aquisição pelo Grupo Carrefour, a razão de um sessenta avos por mês, no valor mensal de R\$ 28.368.609,52. Este ágio foi totalmente amortizado em janeiro de 2013.

No Livro de Apuração do Lucro Real - Lalur de 2008, não consta o valor da amortização de ágio como adição ou como exclusão. Neste período, o contribuinte optou por deduzir tal valor diretamente como despesa (entre várias outras) na ficha 05A da DIPJ 2009⁴¹, ano-calendário 2008, na linha 32 a título de "outras despesas", de acordo com o demonstrativo apresentado.

A partir do ano-calendário 2009, o contribuinte não contabiliza mais a amortização do ágio gerado na aquisição de participações societárias, em vista da nova legislação contábil introduzida pela Lei nº 11.638/2007. Apesar disso, mantém o saldo da conta de ágio sob a alegação de que se trata de um "ativo intangível de vida útil indefinida", o que estaria em conformidade com os itens 88, 89 e 107 a 110 do CPC 04, segundo a fiscalizada.

A partir de 2009, passou a manter apenas a dedução da despesa de amortização do ágio para fins tributários, procedimento que entende estar amparado nos artigos 385 e 386 do RIR/99.

Esse assunto já foi objeto de autuação conforme se depreende do processo nº 16561.720053/2013-58. Neste procedimento foram glosadas as despesas de ágio no período de 2008 a 2011.

Conclui-se, portanto, que resta efetuar o lançamento relativo a glosa da despesa de ágio para o ano-calendário de 2012 e o saldo final no ano-calendário de 2013, observados os seguintes valores:

ANO	VALOR
2012	340.423.314,27
2013	28.368.609,52
Total	368.791.923,79

VI – Legislação referente ao ágio e sua amortização

O ágio surge na aquisição de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial e corresponde à diferença a maior entre o preço de aquisição e o valor do patrimônio líquido contábil da participação societária

adquirida. Integra o custo de aquisição da participação societária para fins de determinação de eventual ganho de capital quando da alienação do investimento. Cabe ao investidor segregar na contabilidade o preço total do custo em duas subcontas distintas, ou seja, o valor do patrimônio líquido da investida numa subconta e o valor do ágio (ou deságio) em outra subconta.

Assim, a aquisição de participação societária com ágio ou deságio é uma transação de capital, entre sócios, que não envolve as atividades normais da empresa e, portanto, não deve influenciar o seu resultado.

O resultado da adquirida, transmitido para a sua controladora pelo mecanismo da equivalência patrimonial, não é tributado nessa controladora. A equivalência patrimonial recebida pode ser excluída na apuração do lucro real dessa controladora. Da mesma forma, o ágio apurado e registrado pela controladora que for amortizado contabilmente deve ser adicionado na apuração do Lucro Real. Essas operações de capital não influenciam o resultado tributável.

Mesmo no caso de que a participação societária seja vendida posteriormente, a controladora pode adicionar o valor do ágio apurado quando da aquisição ao valor contábil da controlada que está sendo vendida para fins de apuração do ganho ou perda de capital.

A separação da transação societária das atividades normais da empresa só não se mantém se houver uma situação de extinção dessa participação societária. No caso de haver uma fusão, incorporação ou cisão dessa controlada com a controladora, os resultados das atividades da controlada e da controladora passam a ser apurados dentro da mesma empresa, não havendo mais transmissão de resultados de uma empresa para outra pelo mecanismo da equivalência patrimonial. Nesta situação, o patrimônio da controladora e o patrimônio da controlada tornam-se um só, havendo uma confusão patrimonial. Da mesma forma, os resultados das atividades normais e os resultados das atividades de capital estão no mesmo patrimônio.

Além disso, nesse caso também já não é mais haver a venda da participação societária como tal e, portanto, não é possível a adição do valor do ágio apurado quando da aquisição ao valor contábil de uma controlada que estivesse sendo vendida. Dessa forma, quando ocorre a situação de confusão patrimonial, o valor do ágio que for amortizado pode ser deduzido na apuração do lucro real, no prazo mínimo de 60 meses e desde que a sua constituição tenha se dado em função de rentabilidade de resultados futuros. É. o que determina a legislação a seguir, base legal de diversos artigos do RIR/99.

Embora o ágio deva ser segregado em uma subconta distinta, a contrapartida da sua amortização contábil não pode gerar efeitos no lucro real, de acordo com o parágrafo único do art. 23 do Decreto-lei nº 1.598/77.

O art. 33 do mesmo diploma legal dispõe que o ágio apurado na aquisição do investimento comporá o valor contábil para fins de determinar se houve ganho ou perda de capital na alienação desse mesmo investimento, ainda que o ágio tenha sido amortizado na escrituração do contribuinte.

Além da situação de alienação ou liquidação do investimento anteriormente adquirido com ágio, o Decreto-lei nº 1.598/77 também disciplinou a situação de fusão, incorporação ou cisão de participações societárias. De acordo com o art. 34, no caso de extinção da participação societária por fusão, incorporação ou cisão, o ganho de capital deveria ser computado na apuração do lucro real e somente poderia

ser diferida a parte do ganho de capital decorrente de bens do ativo permanente, ao passo que a perda de capital poderia ser deduzida para fins fiscais imediatamente ou diferida em até 10 anos.

Posteriormente, com o objetivo de estabelecer condições para a dedutibilidade dos encargos de amortização do ágio, de forma a coibir alguns abusos que eram cometidos em virtude desse tratamento dispensado pelo art. 34 do Decreto-lei nº 1.598/77, o legislador definiu as situações em que os encargos dessa amortização podem ser deduzidos para a apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Esse entendimento consta do parágrafo 11 da Exposição de Motivos nº 644/MF, relacionada à Medida Provisória nº 1.602, que por sua vez foi convertida na Lei nº 9.532/97 (o art. 8º citado no parágrafo 11 passou a ser o art. 7º quando da conversão da medida provisória em lei).

Os denominados ganhos de natureza tributária a que fez referência a exposição de motivos baseavam-se na baixa integral do ágio autorizada pelo art. 34 do Decreto-lei nº 1.598/77.

O ganho tributário visado pelos tais planejamentos estava centrado na comparação entre o valor contábil e o de mercado da participação societária extinta. O art. 34 fazia menção à extinção da participação societária pela qual se pagara um valor maior (valor contábil) do que o seu acervo líquido (valor de mercado) no momento em que desaparecia o investimento. O inciso I, que deve ser interpretado em consonância com o caput do art. 34, mencionava que a parte dedutível como perda era a diferença entre o valor contábil e o valor do PL extinto avaliado a valor de mercado. Portanto, a baixa do ágio só tinha sentido se extinta a participação paga com ágio. Esse artigo foi objeto do Parecer Normativo CST nº 51/79 que tratou de ganhos e perdas de capital em casos de incorporação, fusão e cisão de sociedades, quando esses eventos correspondem à extinção de ações ou quotas de capital da participação societária.

A Lei nº 9.532/97 veio estabelecer novo tratamento fiscal para o ágio ou deságio na aquisição de investimento em outras empresas, de forma a somente permitir a apuração da perda ou ganho de capital para os casos de extinção do investimento por incorporação, fusão ou cisão das sociedades, não no momento do evento, mas num prazo de amortização não inferior a 60 meses. A possibilidade de deduzir o ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL está restrita ao caso de rentabilidade futura, como previsto no inciso III, art. 386, do RIR/99.

A legislação tributária, especificamente no comando do art. 386 do RIR/99, para permitir a dedutibilidade da amortização do ágio, tem sua inteligência fundamentada na efetiva extinção do investimento através dos institutos da incorporação, fusão e cisão entre empresas (investidora e investida), ou seja, a legislação tributária instituiu uma disciplina para tributação do resultado (ganho/perda) de um negócio jurídico particular que culmina numa confusão patrimonial. Impõe-se, portanto, a absorção do patrimônio da incorporada, fusionada ou cindida, pois, de outra forma (permanecendo a existir o investimento) não se caracteriza a situação prevista na norma, que é exatamente o de estabelecer uma regra de tributação para quando acontece a confusão patrimonial do investimento.

De acordo com o artigo 426 do RIR/99, com base legal no art. 33 do Decreto-lei nº 1.598/77, se a participação societária for alienada, o ágio verificado na aquisição do investimento faz parte do valor contábil para a determinação do ganho (tributável) ou perda (dedutível) de capital. Esse artigo perderia o sentido se fosse admitida a amortização do ágio transferido sem a extinção do investimento.

Essa situação se dá nos casos em que o investimento é transferido para uma nova sociedade controladora (empresa veículo) que é incorporada, ou incorpora, o

investimento original. A antiga sociedade controladora permanece com o valor do investimento representado pela participação na empresa veículo. O valor do ágio é registrado na empresa veículo e permanece na antiga controladora, ou seja, o investimento não é extinto.

De acordo com os dispositivos legais citados, uma condição obrigatória para a garantia da dedutibilidade fiscal da amortização do ágio registrado em uma pessoa jurídica é o encontro da participação societária adquirida e do ágio pago por tal participação em um mesmo patrimônio (confusão patrimonial).

VII – Análise das operações efetuadas pelo Grupo Carrefour

No caso em análise, o ágio contabilizado foi baseado no valor da rentabilidade futura da empresa adquirida. Tal fundamento foi justificado por diversos demonstrativos e tabelas, várias em francês, sem nenhuma identificação, que foram apresentados à fiscalização como sendo a Avaliação Econômico-Financeira do Atacadão que teria sido feita pela Korcula. É de se notar a rapidez com que a Korcula conseguiu elaborar uma avaliação de rentabilidade futura, uma vez que passou a fazer parte do grupo Carrefour somente em 10/04/2007 e, em 30/04/2007, já estava adquirindo a empresa objeto da avaliação. E mais, sem ter despesa alguma seja com empregados ou com prestadores de serviço.

Em 20/09/2007 a empresa KPMG Corporate Finance apresentou o resultado da revisão da Avaliação Econômico-Financeira da empresa Atacadão que teria sido efetuada pela Korcula.

A data-base da avaliação foi 30/04/2007 e foram utilizadas informações gerenciais dos exercícios de 2005 e 2006, orçamento de 2007 e plano de longo prazo de 2008 a 2015. A empresa KPMG concluiu seu relatório informando "que o valor econômico-financeiro do Atacadão em 30 de abril de 2007 calculado pela Korcula de R\$ 3.739 milhões foi, em linhas gerais, calculado de forma coerente e dentro de práticas adotadas normalmente para a avaliação de empresas."

Questiona-se o cabimento da dedutibilidade, na apuração do IRPJ e da CSLL, da despesa de amortização de um ágio transferido entre entidades do mesmo grupo econômico, em que a empresa Korcula registrou o ágio gerado na aquisição da empresa Atacadão pelo Carrefour BV e, desta maneira, o ágio gerado nesta aquisição é um ativo do Carrefour BV.

O Carrefour BV foi a real adquirente do Atacadão, tendo não só fornecido a totalidade dos recursos financeiros (via aumento de capital social e empréstimo), que fizeram uma rápida passagem pela Brepa e pela Korcula antes de serem transferidos para os vendedores do Atacadão, como provavelmente foi o centro decisório da aquisição.

Embora questionados diversas vezes, desde julho de 2012, nem a fiscalizada (Atacadão) nem a sua suposta controladora (Brepa), lograram apresentar, até o presente momento, qualquer documento societário em que a decisão da aquisição do Atacadão foi tomada.

Em resposta protocolada em 29/11/201262, a Brepa parece confirmar que a decisão pela compra do Atacadão foi mesmo tomada no exterior:

A fiscalizada esclarece que até a presente data não foi possível localizar a documentação solicitada no prazo concedido. Não obstante, vale ressaltar que, conforme prática comum nas

companhias multinacionais, as decisões empresariais relacionadas à estratégia de crescimento da sua atividade são tomadas pelo grupo Carrefour como um todo, com a participação de todas as empresas envolvidas, levando em consideração os aspectos locais e internacionais das suas atividades.

A passagem desses recursos pela Brepa e pela Korcula foi de apenas algumas horas, visto que foram recebidos em 30/04/2007 e transferidos para os vendedores no mesmo dia 30/04/2007. Essa rápida passagem serviu apenas para dar a aparência formal ao negócio. E na seqüência, a subsidiária Atacadão incorporou sua controladora formal Korcula, em operação denominada de "incorporação às avessas", para dar aparência de extinção do investimento.

A incorporação às avessas está prevista no § 4º do art. 264 da Lei 6.404/1976, porém esta previsão não afasta a relevância das circunstâncias que podem cercar o caso concreto, visto que a operação reversa pode estar sendo realizada abusivamente ou como negócio indireto com o intuito de ludibriar a lei, não só a lei societária, mas também a lei tributária.

A empresa Carrefour BV, empresa sediada na Holanda, através da Brepa, controladora do grupo Carrefour no Brasil, adquiriu a empresa Atacadão com ágio de R\$ 1.702.116.571,36, utilizando a empresa Korcula, que foi inserida no grupo exclusivamente para aquisição do novo investimento, com expectativa de curta existência, funcionando apenas como *empresa veículo*. Como era previsível, logo foi extinta por incorporação, restando claro o objetivo de obter a redução de tributos pela amortização do ágio acima citado. Em síntese, a Korcula serviu unicamente para a passagem dos recursos financeiros, para o registro do ativo adquirido (especialmente o ágio), além do registro do empréstimo contraído.

Apesar dessa constatação, a fiscalizada foi intimada a justificar os motivos e fins da existência da sociedade Korcula, destacando os benefícios esperados. Em resposta foi informado que:

[...] Como se tratava de um novo negócio, sobre o qual o grupo Carrefour ainda não tinha certeza dos resultados que iria alcançar, foi feita a opção por desenvolver a nova atividade em empresa autônoma, desvinculada das empresas que já existiam e se dedicavam ao mercado varejista.

[...] após um período de adaptação, a existência da empresa Korcula Participações Ltda passou a ser desnecessária. Assim, foi feito um projeto de reestruturação societária do grupo Carrefour no Brasil, com o objetivo de integrar essa sociedade e as demais empresas antes pertencentes ao Atacadão, ao grupo Carrefour.

Com a reorganização das empresas, conseguiu-se reduzir os custos totais de manutenção das estruturas, bem como foram verificados ganhos de eficiência operacional, administrativa e financeira.

Confrontando-se a justificativa supra com a que foi dada para a incorporação da Korcula, observa-se que o que era um novo negócio sobre o qual não se tinha certeza dos resultados, tornou-se uma atividade afim, a qual é conveniente que seja concentrada em uma única unidade, acarretando considerável economia operacional e administrativa. Não se pode deixar de destacar que a atividade era "afim" desde a aquisição do Atacadão, e que a economia resultante da incorporação da Korcula não foi muito considerável, visto que não tinha custos, as despesas eram aquelas

decorrentes da operação com o Atacadão, assim como as receitas. Ainda de acordo com as informações da DIPJ 2008, ano-calendário 2007, era uma empresa sem empregados.

Tais alegações demonstram mais ainda a artificialidade das operações. Todos esses eventuais custos administrativos com diversas empresas que precisaram ser incorporadas teriam sido evitados se a operação real tivesse ocorrido, ou seja, a compra do Atacadão diretamente pelo Carrefour BV. Esse é o real negócio que foi realizado. No caso de haver o interesse em concentrar todos os negócios na *holding* brasileira, a Brepa compraria diretamente o Atacadão.

Na verdade, o real motivo para que a operação em análise se efetuassem com a utilização de uma empresa veículo foi informado na resposta transcrita a seguir, em que foram solicitados esclarecimentos detalhados de quais teriam sido as providências e os atos desenvolvidos pela Korcula e que não poderiam ter sido desenvolvidos pela Brepa sem afetar as atividades normais de varejo:

Além do intuito de desenvolver atividade no negócio de atacado por meio de uma empresa autônoma, a Fiscalizada esclarece que o pagamento do preço de aquisição das quotas das sociedades adquiridas, conforme acertado negocialmente pelas partes, só seria possível mediante a contratação de uma dívida em montante relevante, por conta da falta de caixa suficiente nas sociedades do grupo Carrefour no Brasil. Essa dívida foi tomada pela Korcula, no valor de R\$ 1.095.629.201,83 (um bilhão, noventa e cinco milhões, seiscentos e vinte e nove mil, duzentos e um reais e oitenta e três centavos), diretamente da sociedade Carrefour Nederland BV. Posteriormente, a Korcula tomou novo empréstimo para quitar a dívida original com o Carrefour Nederland BV, tendo a dívida migrado para o Atacadão no momento da incorporação da Korcula.

A Fiscalizada esclarece ainda que a intenção do grupo Carrefour sempre foi transferir a referida dívida para a própria sociedade operacional adquirida, ou seja, transferir a dívida para o Atacadão, de forma que a dívida fosse paga pelas próprias atividades econômicas daquela sociedade.

Assim, ao tempo da aquisição, seria inconveniente, do ponto de vista de uma administração societária eficiente, utilizar a Brepa para a aquisição do novo investimento, tendo em vista que essa sociedade sempre foi, e ainda é, utilizada como a sociedade holding centralizadora das atividades do grupo Carrefour no Brasil.

Isso significa que a utilização da Brepa como sociedade adquirente do investimento no Atacadão, ou qualquer outra sociedade do grupo Carrefour, não teria permitido o preenchimento de condicionantes fundamentais da aquisição, tais como: (i) o desenvolvimento do negócio de atacado por meio de uma sociedade autônoma; e (ii) a contratação da dívida no valor R\$ 1.095.629.201,83 a ser transferida para a sociedade operacional.

Nesta resposta fica claro o real motivo para a existência da empresa veículo Korcula, que não estava explicitado ainda: transferir a dívida da aquisição do

Atacadão para a própria sociedade operacional adquirida, de forma que a dívida fosse paga pelas próprias atividades econômicas do Atacadão

Embora não seja explicitamente mencionado nessa resposta, o mesmo se aplica ao ágio apurado nessa aquisição.

Para não deixar nenhuma dúvida quanto a esse propósito, na resposta apresentada ao item 9 do Termo de Intimação nº 20, em que foi solicitado ao contribuinte que demonstrasse e quantificasse claramente a redução dos custos de manutenção das estruturas e os ganhos de eficiência operacional, administrativa e financeira obtidos com a incorporação da Korcula, diz-se que o principal benefício gerado pela incorporação reversa da Korcula pelo Atacadão é a transferência do passivo relacionado com a aquisição do Atacadão para o próprio Atacadão.

Há um outro aspecto bastante engenhoso nesta operação, que é o pagamento de parte da aquisição com empréstimo. O empréstimo concedido pelo Carrefour BV à empresa Korcula representou 49% do pagamento aos vendedores, portanto, 49% do ágio apurado no negócio.

Da concessão do empréstimo, em 30/04/2007, até a incorporação pelo Atacadão, em janeiro de 2008, a Korcula não pagou juros nem nenhum valor do principal. Em 18/01/2008, pouco antes da sua incorporação, a Korcula tomou um novo empréstimo com o grupo BNP Paribas, através de venda de títulos de sua emissão, representativos de quotas de capital, com prazo para recompra. Com a incorporação reversa, esse empréstimo passou a ser encargo do próprio Atacadão.

O ágio é um ativo de quem paga o investimento. Neste caso, é o Carrefour BV, empresa sediada no exterior, o local de decisão da operação e a provedora dos recursos necessários para a sua execução, é a ela que pertencem o investimento e o ágio decorrente. E por estar no exterior a fonte dos recursos, por conseguinte, o ágio não tem como ser amortizado aqui no Brasil.

E ainda que se admita que o adquirente fosse a holding do grupo no Brasil, a Brepa, ou que o Carrefour BV transferisse o controle do Atacadão para a Brepa após a aquisição, também não haveria como amortizar o ágio. Nas próprias respostas apresentadas pela fiscalizada, admite-se que o grupo Carrefour nunca pretendeu, ou não podia, incorporar a Brepa ou o Atacadão. E sem a ocorrência dessa operação de incorporação não há como amortizar ágio, visto que a amortização prevista no art. 386 do RIR/99 requer a extinção do investimento, o que de fato não ocorreu no presente caso.

Para comprovar o fato de que o investimento não foi extinto, obteve-se o Razão contábil da Brepa que registra os seus investimentos em participações societárias. Constatou-se que a Brepa contabiliza o valor do investimento no Atacadão pelo mesmo valor que contabilizou o investimento na Korcula, simplesmente trocando o nome da empresa investida. Ou seja, a Brepa detém, atualmente, o investimento no Atacadão em seu ativo pelo equivalente ao valor do patrimônio líquido, à época da aquisição, mais ágio apurado com os recursos aportados (o aumento de capital na Korcula). Se o investimento no Atacadão permanece no ativo da Brepa é porque o investimento não foi extinto.

Não cabe aqui avaliar as razões empresariais apresentadas, porém nenhuma das razões exige a criação de uma terceira empresa, pois todas as alegações apresentadas poderiam ser atendidas perfeitamente se a empresa Atacadão permanecesse como controlada direta da Brepa e do Carrefour. Aliás, é essa a situação da empresa Atacadão hoje: controlada direta das citadas empresas e inserida no grupo Carrefour. Porém, amortizando despesas de ágio surgido por ocasião de sua própria aquisição e reduzindo o total de tributos a pagar.

O problema é que ao lado desse interesse empresarial de manter as empresas independentes, houve também o interesse em se beneficiar tributariamente, melhorando as condições financeiras da aquisição. Para isso foi criada a Korcula, para forjar um pretense enquadramento nas condições do art. 386 do RIR/99. Assim, o grupo Carrefour pretendeu atender o seu interesse empresarial e com a vantagem da dedução da despesa de amortização. Se a aquisição do Atacadão tivesse sido efetuada pela Brepa ou pelo Carrefour, ou outra empresa do grupo, e nela permanecesse, somente seria atendido um dos interesses: ou o empresarial de ficar com a *holding* e o Atacadão, tal como estão, ou a redução tributária.

VIII – Reorganização societária – demais aspectos legais a serem observados

Em reorganizações societárias que envolvam um conjunto de etapas sucessivas e que tenham como objetivo a redução da carga tributária há de se conhecer o todo, pois o fato a ser enquadrado é o conjunto e não apenas etapas isoladas.

O elemento relevante quando se analisa a existência de uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal, mas também a identificação do empreendimento que justifique a sua existência. A constituição de uma empresa só tem sentido na medida em que corresponda à vestimenta jurídica de determinado empreendimento econômico ou profissional.

É preciso levar em conta as definições legais trazidas pela Lei nº 10.406, de 2002, o Código Civil (CC), em seu artigo 44, inciso II, artigo 45, artigo 46, incisos I a VI, artigos 50, 966, 967, 968, 981 e 985.

Apesar de todos os atos de constituição da pessoa jurídica serem atos que requerem a adoção de formalidades específicas, o reconhecimento da autonomia pessoal e patrimonial da pessoa jurídica não se esgota na verificação da adoção das formalidades previstas em lei (registro dos atos constitutivos nos órgãos competentes).

Cumpra verificar se a pessoa jurídica foi de fato constituída para fins específicos (em regra, destinada à atividade empresarial especificamente definida no objeto do contrato social), ou se, ao contrário, apesar de contratualmente constituída para o desempenho de uma atividade empresarial, é utilizada apenas para abrigar determinadas operações e evitar a incidência de tributos.

Um pressuposto fático de existência da sociedade comercial é a *affectio societatis*, que diz respeito à disposição dos sócios de lucrar ou suportar prejuízos em decorrência da exploração do negócio comum. Sem essa disposição não haverá a conjugação de esforços necessária ao desenvolvimento da empresa, em conformidade com o art. 981 do Código Civil. Esse artigo dispõe que celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e para partilhar, entre si, os resultados obtidos, podendo realizar atividades de um ou mais negócios determinados. E o art. 982 do Código Civil dispõe que, salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro.

Assim, a finalidade precípua é a realização de negócios que caracterizam o exercício de atividade econômica. No caso específico da sociedade empresária, pelo teor do art. 966 do CC, é empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica visando a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Portanto, a

atividade econômica é materializada pela produção e circulação de bens e serviços mediante organização de fatores de produção (capital, trabalho, matéria-prima etc).

A formação de ambas as sociedades, empresária e simples, está adstrita ao ânimo do exercício de atividade econômica e se este não existir fica caracterizada a ausência de propósito societário, não originando, assim, a motivação para a própria celebração do contrato de sociedade. Subsidiariamente, neste caso, deve-se ponderar que não haveria nem mesmo quaisquer resultados a serem partilhados.

Neste contexto, pergunta-se qual é o papel da Korcula e qual atividade econômica ela exerceu durante o seu curto período de existência. Serviu apenas para transferência do ágio e do empréstimo para a fiscalizada.

Em estudos sobre planejamento tributário, são citadas situações que são perfeitamente aplicáveis ao caso sob exame. Uma delas é a que se chama de empresa veículo ou de passagem, que vem a ser uma pessoa jurídica criada apenas para servir de canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro, sem que tenha efetivamente outra função dentro do contexto. Trata-se de uma operação que serve apenas para transmitir um patrimônio ou um determinado recurso.

Outro exemplo de sociedade é a denominada sociedade efêmera ou empresa de curta duração que nasce para morrer ou para ser extinta tão logo cumpra seu papel em determinada operação.

Assim, algumas vezes, no planejamento, uma sociedade é criada para participar de determinado negócio ou receber determinado patrimônio em trânsito para outra pessoa jurídica eventualmente ligada à figura do ágio. Feito isto, a empresa pode desaparecer. Foi o que ocorreu com a empresa Korcula, desapareceu.

Sobre esse tipo de operação, incorporação reversa e sem propósito comercial, com utilização de empresa veículo, cita-se julgado no Conselho de Contribuintes, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Carf, em que as empresas Brepa e Carrefour foram partes em operação semelhante.

A operação em análise parece ser um aprimoramento daquela operação citada no acórdão referido. Aqui, em vez de a Brepa apurar o ágio para depois transferi-lo para uma empresa veículo, a empresa veículo já nasceu recebendo o capital que lhe permitiria registrar o ágio.

Além do acórdão mencionado, citam-se outros sobre esse tipo de operação, incorporação reversa e sem propósito comercial com a utilização de empresa veículo, resultados de julgamentos de processos no Conselho de Contribuintes, atual Carf.

O lucro real é o lucro contábil (apurado de acordo com as leis comerciais) ajustado por adições e exclusões, e se o lucro contábil está contaminado por uma despesa artificial, também o lucro real estará.

No tocante à CSLL, há de se analisar o que diz o art. 2º da Lei nº 7.689/88 (com as alterações promovidas pela Lei nº 8.034/90), que instituiu a CSLL e também o art. 57 da Lei nº 8.981/95, com redação dada pela Lei nº 9.065/95.

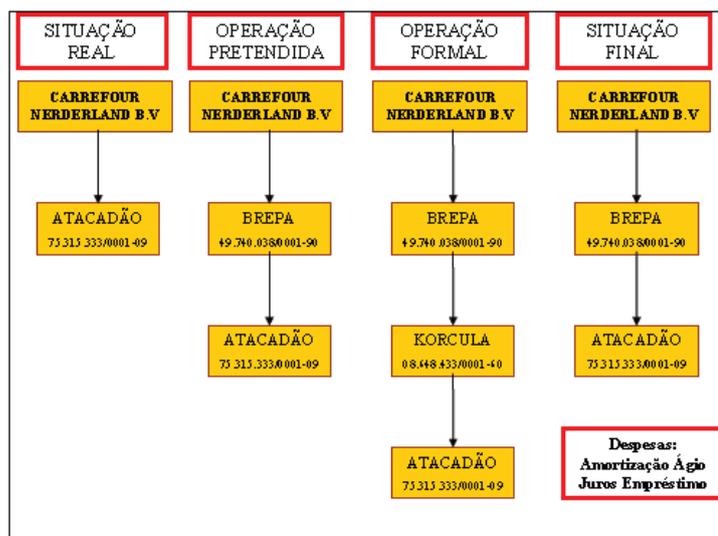
E, ao regulamentar as leis que disciplinaram a CSLL, a IN SRF nº 390/2004 consolidou a regra prevista no dispositivo mencionado. Seu artigo 75 tratou,

exclusivamente, do investimento em sociedades coligadas ou controladas avaliado pelo valor de patrimônio líquido, nos casos de incorporação, fusão ou cisão.

Assim, a determinação da base de cálculo da CSLL inicia-se no resultado apurado com base na legislação comercial, como já visto para o IRPJ.

Por todo o exposto, não cabe a redução da base de cálculo tributável pela despesa de amortização do ágio, visto que a utilização da via indireta (constituição de empresa veículo) teve como único objetivo contornar a restrição da legislação tributária para operacionalizar a amortização do ágio, buscando, assim, os benefícios de se pagar menos tributos.

Ademais, a suposta reestruturação societária não resultou em concentração das empresas envolvidas ou mesmo liquidação do investimento. Tudo continuou como o previsto e desejável e a empresa investidora (Carrefour BV) não deixou de existir, assim como a holding Brepa não deixou de existir, nem a empresa adquirida - Atacadão. As operações realizadas em seqüência revelaram-se meramente formais e desprovidas de finalidade econômica, tendo como objetivo a transferência do ágio da empresa veículo para dentro da própria adquirida com a finalidade de criar uma aparente absorção ou extinção do investimento (artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997), para na seqüência dar início à redução da carga tributária.

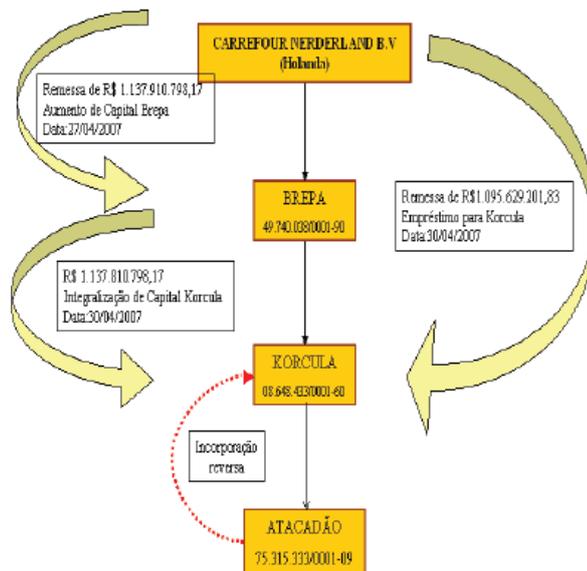


IX – Contratação de empréstimo com controladora financeira e despesa financeira

A aquisição do Atacadão foi efetuada com recursos provenientes da empresa Carrefour BV, situada na Holanda. A aquisição foi feita por R\$ 2.233.440.000,00, repassados pela empresa holandesa à empresa Korcula de duas formas, mediante aumento de capital e através da concessão de empréstimo. Até a sua quitação não houve pagamento de principal nem de encargos para o Carrefour BV.

Origem do Recurso	Recebedor do Recurso	Recebedor Final	Valor (RS)	Contrato de Câmbio	Forma Utilizada
Carrefour Nederland B.V	Brepa	Korcula	1.137.810.897,00	27/04/2007	Aumento de capital
Carrefour Nederland B.V	-	Korcula	1.095.629.201,83	26/04/2007	Empréstimo

A movimentação financeira pode ser assim esquematizada:



Em 18/01/2008, o empréstimo foi quitado pela Korcula, que tomou novo empréstimo para quitar a dívida original com a controladora holandesa Carrefour BV. A dívida migrou para a empresa adquirida Atacadão, no momento da incorporação reversa da Korcula.

Esse novo empréstimo está lastreado em um "Contrato de Agência para Pagamentos e Conversão", firmado entre a Korcula e o BNP Paribas Securities Services, em que a Korcula emitiu 400 títulos conversíveis em ações ou quotas no valor de 400 milhões de euros. Esses títulos são valores mobiliários que dão direito a subscrição de ações ou cotas do capital e são regidos pelo Código Comercial da França. Os documentos apresentados indicam apenas a instituição responsável pela guarda e controle dos títulos, o BNP Paribas Securities Services.

Com a incorporação reversa, em 30/01/2008, os 400 títulos de emissão Korcula foram substituídos por 400 títulos do Atacadão. O "Detentor dos Títulos", na denominação adotada nos "Termos e Condições dos Títulos", é uma empresa denominada FIDUPAR, sediada em Luxemburgo, conforme o Bond Certificate, e integrante do grupo BNP Paribas, de acordo com as informações da fiscalizada.

O primeiro questionamento que surge é se esses empréstimos (o original e o novo) eram realmente imprescindíveis para a condução das atividades da empresa Atacadão. Os valores para o empréstimo e para o aumento de capital foram disponibilizados pelo Carrefour BV praticamente na mesma data. Assim, não se pode dizer que o empréstimo era essencial para efetivação da aquisição do Atacadão, pois não houve outra fonte de recursos, ou seja, o adquirente do exterior possuía a totalidade dos recursos. A origem dos dois aportes foi a mesma: a controladora estrangeira Carrefour BV.

Da mesma forma que disponibilizou parte dos recursos por meio de aumento de capital poderia fazê-lo para a totalidade dos recursos. No entanto, a opção foi pelo empréstimo a ser suportado pela adquirida. Note-se que não houve pagamento algum, seja de principal seja de juros, enquanto o empréstimo estava nominalmente de responsabilidade da Korcula. Com a sua incorporação pelo Atacadão, os recursos foram ressarcidos ao Carrefour BV pela venda dos títulos citados anteriormente, e, então, o Atacadão passa a arcar com o pagamento de juros e do principal.

Esses encargos passaram a gerar despesas financeiras a serem deduzidas da base tributária pela fiscalizada desde a incorporação reversa da Korcula (além da dedução da despesa de amortização de ágio), reduzindo a base de cálculo do IRPJ e da CSLL mediante o endividamento realizado.

Frise-se que a pessoa jurídica domiciliada no exterior, ao adquirir subsidiária no País - Atacadão, subscreveu e integralizou apenas parte do capital social, visto que parte do capital foi substituída pelo empréstimo, que gera juros que reduzem os resultados da subsidiária brasileira.

O segundo questionamento que surge é se as despesas incorridas com o empréstimo (suportadas pelo Atacadão) são necessárias às atividades da empresa recém adquirida, visto que por liberalidade do controlador residente no exterior adotou-se a forma de empréstimo em detrimento da conversão deste recurso em capital social. Liberalidade não se confunde com necessidade.

Se não fosse a controladora no exterior a detentora da Brepa (98,29% de participação), que por sua vez era detentora da Korcula (98,91% de participação), certamente não haveria tal empréstimo, pois não haveria a garantia de que a dívida seria honrada. Ou seja, em qualquer outra situação no mundo dos negócios este empréstimo seria cercado de diversas garantias, se é que viesse a ser concedido, visto que a Korcula era, naquela época, uma empresa recém-constituída e desprovida de bens e com poucos reais registrado em seu capital social (R\$100,00).

Considera-se que a decisão entre contrair empréstimos ou capitalizar possa ser uma conveniência de contribuintes, mas não se pode afirmar que as despesas advindas do empréstimo em tela eram necessárias para que a fiscalizada operasse, pois o recurso foi utilizado integralmente para a aquisição da fiscalizada, ou seja, foi imediatamente repassado a terceiros (antigos donos do Atacadão).

Despesas operacionais dedutíveis na apuração do lucro real são aquelas que, pela previsão legal, enquadram-se na observância de que os gastos efetuados sejam estritamente necessários à atividade da pessoa jurídica, além de usuais, normais e compatíveis com o tipo de transação, operação, ou atividade produtora e geradora de receita. Para as despesas financeiras serem consideradas dedutíveis, devem ser necessárias para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

O conceito de despesas necessárias foi trazido pelo artigo 47, da Lei nº 4.506/64, e foi consolidado no artigo 299 do RIR 1999.

O art. 374 do RIR 1999 traz as condições para que os juros pagos possam ser considerados como despesa. Nele os juros e encargos pagos pelo Atacadão pelo empréstimo com o BNP Paribas não se enquadram.

O Atacadão é uma empresa constituída por quotas de responsabilidade limitada, portanto regida pela Lei nº 3.708/1919, e tem como objeto social: a) distribuição, comércio, atacado, indústria, importação e exportação de artigos, materiais, produtos e/ou mercadorias em geral, primários e industrializados; b) exploração de supermercados e lojas de departamentos, restaurantes e lanchonetes; c) prestação de serviços fitossanitários, de auxiliares do comércio e de transporte; e d) participação em outras empresas, no País ou no exterior, quer como acionista, quer como sócia quotista.

Não há relação entre a motivação do empréstimo e as atividades desenvolvidas pelo Atacadão. A atividade que mais se aproxima é a de participação em outras empresas, que, por evidente, não se confunde com a participação na própria empresa, e muito menos o que aconteceu no presente caso, financiamento de sua própria aquisição. Para o Atacadão esse empréstimo

não tem necessidade alguma, é um passivo que não representou a entrada de qualquer ativo em troca.

A empresa Atacadão não precisa dessa despesa financeira para continuar a gerar resultados. Pelo contrário, os seus resultados seriam melhores sem essa despesa.

Esse assunto já foi objeto de autuação, conforme se depreende do processo nº 16561.720053/2013-58. Naquele procedimento foram glosadas as despesas financeiras do período de 2008 a 2011. Neste, será efetuado o lançamento relativo à glosa da despesa financeira dos anos-calendário 2012 e 2013.

Em agosto de 2009, em análise de caso semelhante a Câmara Superior de Recursos Fiscais do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Carf considerou como desnecessárias as despesas de juros e variações cambiais relativas a empréstimo de sócia em detrimento à integralização de capital (Acórdão nº 9101-00.287, de 24 de agosto de 2009).

Portanto, os valores das despesas financeiras devem ser adicionados na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL por ser o empréstimo que lhe deu origem e as despesas financeiras decorrentes desnecessárias às atividades da empresa, nos termos dos artigos 299 e 374, do RIR 1999.

X – Pagamento de juros sobre o capital próprio

O pagamento de juros sobre o capital próprio foi feito em desacordo com a participação societária de cada um dos sócios e por um valor superior ao correto, em decorrência da aquisição do Atacadão ter passado por uma empresa veículo.

Em 2012, segundo informou, o Atacadão teve despesas no total de R\$ 120.452.340,88 a título de juros sobre o capital próprio. Em 2013 não houve pagamento de juros sobre capital próprio.

Consultando as DIPJ, na ficha 06A e na ficha 07A, dos anos-calendário de 2012 e 2013, os valores informados a título de despesas com juros sobre capital próprio foram os seguintes:

DIPJ / Ano-calendário	JCP (R\$)
2013/2012	120.452.340,88
2014/2013	0,00

Os pagamentos deveriam ter sido efetuados a seus sócios de acordo com o capital próprio empregado por cada um deles. Os sócios do Atacadão a partir de 2008 são a Brepa Comércio e Participação Ltda., com 98,91% de participação, e o Carrefour Comércio e Indústria Ltda, com 1,09% de participação. O percentual de participação societária de cada um dos sócios se manteve o mesmo ao longo do período de 2008 a 2011, com a mesma quantidade de capital e de quotas.

Porém, o pagamento de juros sobre capital próprio foi efetuado em percentuais invertidos em relação à participação societária e, portanto, em relação ao reconhecimento da equivalência patrimonial. A Brepa, que detém 98,91% do capital, recebeu 1,09% dos juros sobre o capital próprio, e o Carrefour, que detém 1,09% do capital, recebeu 98,91% dos juros sobre o capital próprio.

O fato de as sócias pertencerem ao mesmo grupo econômico, longe de justificar essa inversão nos percentuais de pagamento, é o que confirma o motivo para que os JCP tenham sido pagos dessa forma. A motivação é clara quando se

verificam os resultados das duas empresas sócias pelas suas DIPJ, na ficha 09A. Enquanto a Brepa teria um resultado tributável positivo com o recebimento de juros sobre o capital próprio no montante que lhe corresponde, o Carrefour pode absorver essa receita e permanecer com o resultado negativo. Veja-se o Lucro Real declarado pelas sócias, considerando a receita de JCP:

DIPJ / Ano-calendário	Lucro Real (R\$) BREPA	Lucro Real (R\$) CARREFOUR
2013/2012	-2.835.115,13	-23.980.153,43

Dessa forma, obtém-se uma economia tributária correspondente aos valores dos tributos que a Brepa deveria pagar em função dessa receita de JCP.

Ocorre que o valor de juros sobre o capital próprio pago em excesso à participação societária não se enquadra no conceito de juros sobre o capital próprio. O art. 347 do RIR/99 disciplina a matéria.

A lei fala em juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, ou seja, a limitação do pagamento de JCP à participação societária é intrínseca à definição do instituto. Se o que se paga aos sócios ou acionistas é a remuneração do capital por eles investido na empresa, é óbvio que a remuneração de cada um, a esse título, deve corresponder à aplicação da taxa sobre a sua respectiva parcela do capital, do contrário, haveria remuneração também pelo capital aplicado por terceiros.

Nada impede que a interessada, por força de convenção particular, lhes credite valor superior àquele que corresponderia à remuneração da sua parcela do capital. Porém, o excedente não pode ser caracterizado como juros sobre o capital próprio, nem aproveitar a dedutibilidade a eles concedida pela lei.

Esse é o entendimento também do Carf, expresso no Acórdão nº 1301-00.480, da 3ª Câmara, na sessão de 27 de janeiro de 2011.

Mas, ainda que os JCP tivessem sido pagos na proporção da participação societária, estariam sendo deduzidos em excesso, em virtude de a aquisição do Atacadão ter passado por uma empresa veículo.

Como consequência da incorporação da empresa veículo, o Atacadão teve um aumento do seu capital social, que passou a ser parte da base de cálculo para os juros sobre capital próprio. O aumento de capital social no Atacadão por ocasião da incorporação da Korcula foi de R\$ 675.238.682,84, correspondente ao seu ativo líquido.

Se a operação tivesse ocorrido diretamente, sem o uso de empresa veículo, o ágio não poderia estar sendo amortizado pelo Atacadão, e o seu capital social também não teria sido aumentado em R\$ 675.238.682,84.

Calculando-se os juros sobre o capital próprio sem o efeito da incorporação da Korcula, obtém-se:

	2012	
	Cálculo da fiscalizada	Cálculo sem Incorporação da Veículo
Capital Subscrito de Domiciliados e Residentes no País	1.149.846.178,84	474.607.496,00
Reservas de Lucros	27.459.713,23	27.459.713,23
Lucros Acum. e/ou Saldo à Dispos. Assembléia	917.590.293,53	917.590.293,53
PL	2.094.896.185,60	1.419.657.503,76
TJLP	5,75%	5,75%
JCP	120.452.340,88	31.627.467,11

Apesar dos valores calculados pela fiscalizada, o Atacadão teve, em 2012, despesas efetivas de R\$ 120.452.340,88.

Assim, mesmo que o pagamento dos JCP tivesse sido efetuado na proporção das participações societário, haveria uma glosa de despesa indedutível nos seguintes valores:

Ano-calendário	Valor JCP pago	Valor JCP dedutível	Valor que seria glosado
2012	120.452.340,88	81.627.467,11	38.824.873,77

Porém, como o pagamento de juros sobre o capital próprio foi feito em desacordo com a participação societária de cada um dos sócios e, assim, o excedente não pode ser caracterizado como juros sobre o capital próprio, nem aproveitar a dedutibilidade a ele concedida pela lei, sua dedução será glosada.

XI – Lançamento do crédito tributário devido

XI.1 – Glosa da amortização indevida do ágio – IRPJ e CSLL

Comprovada a falta de respaldo legal para a dedução das despesas de amortização do ágio na apuração do IRPJ e da CSLL, será efetuada a glosa dos valores da dedução das despesas de amortização no período de 2012 e 2013, como abaixo demonstrado:

DIPJ	VALOR
2014/2013	340.423.314,27
2014/2013	28.368.609,52
Total	368.791.923,79

XI.2 – Glosa da despesa financeira com empréstimo para a sua própria aquisição

Comprovada a falta de necessidade das despesas financeiras (por não serem usuais, normais e compatíveis com o tipo de transação, operação ou atividade produtora e geradora de receita, nos termos do artigo 299 combinado com artigo 374 do RIR/99) decorrentes do empréstimo tomado pela controladora, já incorporada, para pagar pela aquisição da própria fiscalizada, será efetuada a adição na apuração do IRPJ e da CSLL dos valores abaixo demonstrados:

DIPJ	VALOR
2014/2013	340.423.314,27
2014/2013	28.368.609,52
Total	368.791.923,79

XI.3 – Glosa do excesso de pagamento de juros sobre capital próprio

Comprovado que o pagamento de juros sobre o capital próprio foi feito em desacordo com a participação societária de cada um dos sócios, e que o excedente não pode ser aproveitado como despesa para dedução do lucro real e da base de cálculo da CSLL, foi glosado o seguinte valor, por ter sido pago em excesso:

DIPJ	VALOR
2013/2012	118.249.670,97

XI.4 – Multa isolada pela falta de recolhimento de estimativas

No período de 2012 a 2013, a fiscalizada apurou estimativa mensal de IRPJ e de CSLL com base em balanço ou balancete de suspensão ou redução.

A dedução de despesas de amortização de ágio e despesas financeiras relativas ao contrato com o BNP Paribas levou a fiscalizada a apurar uma receita mensal menor do que a real, calculando a estimativa de IRPJ e CSLL a menor em todo o período sob fiscalização. O mesmo efeito teve a dedução dos pagamentos de juros sobre o capital próprio no mês de dezembro do ano de 2012.

O art. 44 da Lei nº 9.430/95 dispõe claramente que deverá ser lançada multa de ofício isolada de 50% sobre o valor não recolhido da estimativa.

Nos cálculos das estimativas os valores apurados relativos à glosa das despesas deduzidas serão acrescidos às bases de cálculos mensais do IRPJ e da CSLL - das respectivas DIPJ. Assim, serão apuradas nesta fiscalização as multas isoladas pelo não recolhimento das estimativas devidas.

Verificou-se nos Lalur desses períodos exclusões indevidas na apuração da base de cálculo do IRPJ mensal, relativas às amortizações de ágio no valor mensal de R\$ 28.368.609,52, além de deduções de despesas financeiras não necessárias e de despesas de juros sobre o capital próprio indedutíveis na apuração do lucro líquido, os quais foram adicionadas na apuração do lucro real.

Para o IRPJ, nos anos-calendário de 2012 a 2013, o contribuinte apurou a estimativa com base em balanço de suspensão ou redução, calculando o IR à alíquota de 15% e adicional.

Assim, procedeu-se a apuração das estimativas devidas e apresentadas no Demonstrativo de Apuração de Estimativas de IRPJ. Serão lançadas multas isoladas pelo não recolhimento de estimativa de IRPJ em todo o período, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013.

No caso da CSLL, nos anos-calendário de 2012 a 2013, o contribuinte apurou a estimativa com base em balanço de suspensão ou redução, calculando a CSLL à alíquota de 9%.

Foram verificadas exclusões indevidas na apuração da base de cálculo da CSLL, relativas às amortizações de ágio no valor mensal de R\$ 28.368.609,52, além das deduções de despesas financeiras não necessárias e as despesas com juros sobre o capital próprio não dedutíveis na apuração do lucro líquido. Procedeu-se, então, a apuração das estimativas devidas e apresentadas no Demonstrativo de Apuração de Estimativas de CSLL.

Dessa forma, foram lançadas multas isoladas pelo não recolhimento de estimativa de CSLL nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013.

XII – Qualificação da multa de ofício decorrente da amortização indevida de ágio

O art. 72 da Lei nº 4.502/64 define fraude e é citado no artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996. Os procedimentos adotados pela fiscalizada estão compreendidos na hipótese prevista nessa norma.

Não cabe à empresa invocar desconhecimento ou prática de erro escusável. A reorganização societária não foi feita ao acaso. Toda a reestruturação societária promovida teve o objetivo de gerar despesas de amortização de ágio. Para isso, foram realizadas diversas operações que, analisadas isoladamente, não violavam nenhuma norma legal. Porém, o resultado da reorganização proporcionou ao sujeito passivo os melhores efeitos tributários que não seriam possíveis legalmente.

A Korcula foi inserida no grupo Carrefour com o objetivo certo de forçar uma situação formal para transferência do ágio ao Atacadão - empresa objeto da negociação. Assim, o real adquirente - Carrefour BV obteria vantagens fiscais pela dedução da amortização do ágio, reduzindo significativamente, então, a base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Se não houvesse toda a reorganização societária, o Carrefour BV seria a controladora do Atacadão, mas o ágio ficaria registrado na sua contabilidade, sem possibilidade de ser aproveitado na configuração atual das empresas. Não seria possível a dedução das despesas de amortização de ágio porque a lei não permite.

A situação permanece inalterada se o entendimento for pelo ágio no Brasil, visto que a Brepa seria e é, ainda, a controladora do Atacadão. E como o investimento não foi extinto pela simples reorganização societária (permanecendo na controladora Brepa), não se configura a situação prevista nos artigos 7º e 8º, da Lei 9.532/97.

A contribuinte estava perfeitamente consciente da falta de propósito comercial ou societário na incorporação realizada à luz do art. 966 do Código Civil, ficando caracterizada a utilização da incorporada como mera empresa veículo para transferência do ágio a incorporadora - Atacadão (momento da incorporação reversa), apenas com o fim almejado de redução do valor tributável pela amortização do ágio.

A Korcula em seu curto período ativo não incorreu em custos, despesas ou receitas, apresentando apenas a movimentação decorrente do pretense investimento no Atacadão e seu ágio e o empréstimo para aquisição do investimento. Ou seja, a sociedade formalizada produziu apenas documentos (atas, estatutos, livros contábeis, entre outros) utilizados para movimentar contabilmente recursos de outras empresas do grupo Carrefour. O planejamento tributário, a aparência de legalidade e a publicidade dessa aparente legalidade é um aspecto imprescindível de toda a operação.

Para buscar guarida e enquadramento na legislação que lhe permitisse obter a redução fiscal, com certeza não bastaria excluir um valor qualquer que lhe aproovesse na apuração das bases de cálculo dos tributos, sem justificativa. É imprescindível mascarar a origem dessa exclusão com a aparência da legalidade e da normalidade.

Assim, através de um processo de reorganização societária, com várias etapas artificiais, apesar de formalmente legais, quando vistas isoladamente, procurou-se esconder o objetivo de obter a redução dos tributos devidos, mesmo sabendo-se que

essa redução era ilegal. Admitir essa situação como válida seria admitir que a lei permite a sua própria burla.

Por todo o exposto, fica patente a caracterização do intuito fraudulento, justificando-se plenamente a aplicação da multa qualificada.

NOTIFICAÇÃO / IMPUGNAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO

A pessoa jurídica foi notificada dos créditos tributários em seu desfavor constituídos no dia 28/06/2016 e em 27/07/2016, de forma eletrônica, fl. 16.901, solicitou a juntada da sua peça contestatória, fls. 16.220/16.342.

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

Inicialmente, deve-se destacar que o Auto de Infração glosou despesas de amortização fiscal de ágio que foram deduzidas pela Requerente nos anos-calendários de 2012 e 2013. Essas despesas de amortização de ágio foram geradas por conta da aquisição da participação na própria Requerente pela sociedade Korcula, integrante do Grupo Carrefour.

Importante notar que o fato gerador da presente obrigação tributária ocorreu efetivamente no ano-calendário de 2007, período em que ocorreu a aquisição da participação societária na Requerente.

Acontece que a fiscalização pretende tomar como "fato gerador da obrigação tributária" os efeitos produzidos pelos atos praticados e devidamente contabilizados no ano-calendário de 2007, sob o argumento de que em casos de aquisição de participação societária com ágio o fato gerador ocorreria, na verdade, a cada período em que ocorre a amortização fiscal desse ágio. Tal entendimento, todavia, não deve prosperar.

O CARF possui entendimento restrito no que diz respeito ao prazo para as autoridades fiscais questionarem as operações dos contribuintes. Isso porque, o entendimento já proferido pelo CARF permite concluir que o prazo decadencial para as autoridades fiscais questionarem as operações dos contribuintes deve ser contado a partir do momento em que a adquirente registra o ágio na aquisição do investimento.

Por conta disso, devem-se respeitar os efeitos de tal operação, na medida em que correspondem à forma e à natureza com que os atos foram realizados e contabilizados. Apenas assim é possível respeitar os artigos 149 e 150 do CTN.

Caso as autoridades fiscais quisessem questionar a regularidade dos efeitos dessa operação, a única forma legal para tanto seria questionando os seus efeitos em tempo hábil (até cinco anos da sua ocorrência), tratando-se de entendimento que já foi adotado pelo CARF, conforme julgado pela defendente parcialmente transcrito.

Apesar de a dedutibilidade de valores suportados pela geração de ágio produzir efeitos futuros, em virtude de imposição legal, deve-se considerar, para fins de contagem do prazo decadencial, somente a data em que foi gerado tal ágio (momento anterior até à geração da perda, ocorrida no momento da incorporação da adquirida na adquirente, ou vice-versa). Nesse sentido, considerando que a aquisição da Requerente pela Korcula se deu em 30.4.2007, o fato é que a presente autuação só poderia ser efetuada até 31.12.2012.

Caso o entendimento acima não seja aplicado, o que se admite apenas para fins de argumentação, a Requerente esclarece que mesmo o entendimento mais

favorável às autoridades fiscais é no sentido de que o prazo decadencial deve ser contado a partir da data em que ocorre a conversão do ágio em ativo diferido (momento da incorporação da adquirente na adquirida, ou vice-versa).

Tanto isso é verdade que, anteriormente à edição da Lei nº 9.532, de 11.12.1997 (“Lei 9.532/97”), que regulava a amortização fiscal de ágio à época dos fatos sob análise nesse processo, o Decreto-Lei nº 1.598, de 26.12.1977 (“Decreto-Lei 1.598/77”) previa que a despesa correspondente ao ágio era integralmente dedutível no momento da incorporação societária. Somente com a Lei 9.532/97 é que essa despesa passou a ser obrigatoriamente diferida em no mínimo cinco anos.

O fato de essas operações produzirem efeitos futuros é irrelevante para fins de contagem de prazo decadencial, conforme já foi decidido pelo antigo Conselho de Contribuintes, atual CARF.

Apesar da produção de efeitos futuros da dedutibilidade de despesas de amortização de ágio, em virtude de imposição legal, o entendimento mais favorável às autoridades fiscais é no sentido de que se deve considerar, para fins de contagem do prazo decadencial, a data em que houve a formação do ativo diferido.

Essa conclusão é reforçada pelo entendimento de que, nos eventos de vendas a prazo, ocorre o fato gerador no momento da alienação, e não no recebimento das parcelas, tal como já reconhecido pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, tratando-se de entendimento que já foi adotado em outro julgado do CARF, parcialmente transcrito.

Mesmo considerando que o direito à amortização do ágio nasce no momento da incorporação, o entendimento mais favorável às autoridades fiscais estabelece que o prazo para questionar os efeitos fiscais relacionados ao ágio pago pela Korcula em razão da aquisição do controle da Requerente expirou em 31.12.2013, uma vez que a incorporação da Korcula pela Requerente se deu em 30.1.2008.

Apesar de a dedutibilidade de despesas de amortização de ágio produzir efeitos futuros, em virtude de imposição legal, deve-se considerar, para fins de contagem do prazo decadencial, a data em que foi gerado tal ágio. No caso em exame, seja esta data tomada como a data de registro do ágio (ano calendário de 2007), seja ela tomada como a data da incorporação da adquirente na adquirida (ano calendário de 2008), o fato é que a presente autuação (levada a efeito no ano calendário de 2016) não mais pode questionar tais operações, em função da ocorrência de decadência.

Admitir que o prazo decadencial para contestar despesas de amortização de ágio deva ser contado a partir de cada data em que o ágio é deduzido da base de cálculo do IRPJ e da CSL implicaria em grave ofensa aos institutos da prescrição e da decadência, bem como ao princípio da segurança jurídica, os quais existem para garantir estabilidade jurídica ao titular de determinado direito por um período de tempo pré-determinado. Após esse período determinado em lei, o ente que desfruta de um direito: (i) poderá incorporá-lo ao seu patrimônio (prescrição aquisitiva); ou (ii) não poderá ver o seu direito ser contestado (decadência).

Para exemplificar tal situação, imagine-se, por exemplo, que determinada pessoa jurídica adquira uma concessionária de serviço público. Segundo entendimento já manifestado pelo CARF, caso fosse apurado ágio nessa hipótese, as respectivas deduções das despesas de amortização deveriam ocorrer ao longo do prazo da concessão, podendo durar dez, vinte ou trinta anos. Caso se entendesse que o prazo decadencial para contestar a operação devesse ser contado a partir da efetiva amortização fiscal, seriam conferidos poderes para que as autoridades fiscais contestassem operações ocorridas após mais de duas décadas, o que claramente não poderia ser admitido!

Não se chega a outra conclusão senão a de que um negócio jurídico perfeito e acabado, que gera um possível crédito fiscal ao contribuinte, não pode ser contestado pelas autoridades fiscais após decorrido o prazo decadencial de cinco anos contado da constituição desse direito, ainda que gere reflexos tributários futuros, tal como reconhecido pela jurisprudência administrativa atual.

Nesse passo, todos os questionamentos da D. Fiscalização relativos à dedutibilidade de amortização de ágio no presente caso encontram-se fulminados pela decadência, visto que o Auto de Infração foi lavrado somente em 21.6.2016, quando só poderia ter sido lavrado até 31.12.2012 ou, no entendimento mais favorável à D. Fiscalização, em 31.12.2013, de modo que se mostra necessário o cancelamento da presente autuação no que se refere à glosa das despesas de amortização de ágio.

AUTOS DE INFRAÇÃO

a) As despesas de amortização fiscal do ágio pelo Grupo Carrefour

O argumento central trazido pela fiscalização é a de que a Korcula, adquirente da requerente, configuraria o que se chama de empresa veículo, que teria como único propósito transportar o ágio pago para torná-lo dedutível para fins fiscais. No equivocado entender da fiscalização, o ágio seria um ativo da Carrefour Nederland BV (Carrefour BV), sociedade holandesa controladora do grupo Carrefour no Brasil.

Por desconsiderar a Korcula como adquirente do investimento, a fiscalização considerou que o investimento (e o ágio) foi incorrido pela Carrefour BV, sociedade não residente no Brasil. Por consequência desse entendimento equivocado, as autoridades fiscais alegaram que o ágio não poderia ter sido amortizado após a incorporação da Korcula ao patrimônio da requerente, tendo em vista que, supostamente, o ágio pago por sociedade estrangeira não poderia ser amortizado no Brasil.

Tendo em vista que o ágio pago (registrado pela Korcula) e o investimento (a própria requerente) foram consolidados em uma única pessoa jurídica por meio da incorporação da investidora (a Korcula) na requerente (o investimento) - denominada no auto de infração como incorporação invertida -, a fiscalização considerou que a reorganização societária não resultou em concentração do ágio e do investimento em uma mesma pessoa jurídica ou mesmo na extinção do investimento adquirido pela compradora.

A fim de tentar fundamentar a sua alegação de que a Korcula teria servido como empresa-veículo, sem propósito comercial, a fiscalização cita ainda jurisprudência antiga do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes. Além de essa jurisprudência não ser aplicável aos fatos discutidos nesses autos, ela já foi completamente superada pela jurisprudência atual do Carf.

b) As despesas financeiras derivadas da contratação de empréstimo

A segunda infração supostamente cometida pela requerente está relacionada à contratação de dívida pela Korcula, que, por sucessão, foi transferida à requerente após a incorporação das sociedades.

A fiscalização alega, com base em meras presunções, que a dívida contraída pela Korcula não era imprescindível para tornar possível a aquisição do investimento

no capital da requerente. Isso porque, tanto o valor aportado via aumento de capital, quanto o valor aportado via empréstimo, tiveram a mesma origem: a controladora estrangeira do grupo Carrefour no Brasil, a Carrefour BV. No entendimento da fiscalização, o empréstimo teria servido apenas para gerar despesas financeiras na requerente, após a absorção do patrimônio da Korcula. Para a autoridade lançadora, o empréstimo teria servido apenas para gerar despesas financeiras na questionante, após a absorção do patrimônio da Korcula.

A fiscalização questiona a necessidade das despesas de juros para a atividade da requerente, pelo fato de que, além de considerar o empréstimo como um ato de liberalidade da Carrefour BV, considerou que a dívida foi tomada para financiar a sua própria aquisição.

c) Despesas de juros sobre o capital próprio distribuídos pela Requerente

As autoridades fiscais questionaram a dedutibilidade das despesas de JCP incorridas pela requerente pelo fato de que os JCP foram pagos ou creditados aos seus sócios de forma desproporcional à participação no seu capital social. Além disso, a fiscalização presumiu que a distribuição desproporcional de valores a título de JCP foi feita apenas para gerar economia tributária aos sócios da requerente.

A fiscalização equivocou-se claramente em sua análise dos fatos e todas as suas alegações são improcedentes, de forma que essa exigência fiscal deve ser integralmente cancelada, juntamente com as indevidas e excessivas penalidades.

OS FATOS

a) Histórico

A requerente é rede brasileira de supermercados do atacado e do varejo, atuante no comércio de mercadorias em geral e foi fundada na década de 1960. No desempenho de suas atividades, a requerente atua com dois tipos de lojas: as lojas denominadas de autosserviço, destinadas a consumidores em geral e pequenos e médios comerciantes; e as lojas denominadas central de distribuição, destinadas a grandes empresas, comerciantes e grandes lojistas.

Em momento imediatamente anterior aos fatos objeto do presente processo administrativo, o capital da requerente era detido diretamente por duas pessoas jurídicas brasileiras e uma pessoa física residente no Brasil: a Primart II Participações Ltda, que detinha 45,5% do seu capital social; a Loly II Participações Ltda, que detinha 32,5% do seu capital social; e, finalmente Farid Curi, que detinha os 22% remanescentes.

Embora tenha se iniciado como uma empresa de origem familiar, a fórmula de sucesso aplicada pelos administradores da requerente passou a atrair o interesse de diversos agentes atuantes no setor varejista do mercado brasileiro. Esse interesse pode ser justificado pelo valor do faturamento da requerente à época: aproximadamente R\$ 4 bilhões por ano.

Em 2007, o interesse dos concorrentes em adquirir a requerente estava em harmonia com o interesse dos seus sócios em aproveitar a oportunidade de negócio e, com isso, obter alta liquidez do investimento aportado nas atividades da sociedade durante anos.

Também naquele momento, o grupo Carrefour, de origem francesa, já tinha atingido consolidação de sua marca no mercado brasileiro. O grupo Carrefour atua em mais de 30 países nas Américas, na Europa e na Ásia, essencialmente no comércio varejista de supermercados e hipermercados e em atividades de apoio logístico às suas atividades principais.

A partir da década de 1990, parte da estratégia do grupo Carrefour passou a ser ampliar e incrementar as suas atividades no mercado brasileiro, apontado como uma de suas prioridades nos mercados emergentes.

A partir dos anos 2000, a disputa no mercado de supermercados do Brasil acirrou-se. Na época, em termos de faturamento, o grupo Carrefour já se encontrava em segundo lugar (a primeira posição passou a ser ocupada pelo grupo Pão de Açúcar). Em 2006, a rede norte-americana Wal-Mart ultrapassou o grupo Carrefour e assumiu a segunda colocação.

Foi nesse contexto que o grupo Carrefour implementou um plano de reestruturação de suas atividades no País, o qual resultou na oportunidade de aquisição da requerente. Pelas particularidades dos serviços oferecidos pela requerente, o grupo Carrefour não tinha dúvidas de que o novo investimento complementaria o seu portfólio de serviços, agregando às suas operações lojas de diferentes formatos e localizadas em regiões em que o grupo ainda não atuava.

A aquisição da requerente, além de garantir ao grupo Carrefour no Brasil a liderança no setor, serviria para diversificar as atividades do grupo no País, na medida em que o desempenho das atividades da requerente sempre foi baseado em princípios diversos daqueles aplicados pelo grupo Carrefour no Brasil: baixo custo nas suas operações e foco nas classes de baixa renda.

b) A aquisição do Atacadão pelo Grupo Carrefour

A Korcula foi constituída em 2.2.2007 e tinha como objeto social a participação em outras sociedades, administração de bens próprios e representação de sociedade nacional ou estrangeira. Em 10.4.2007, a Korcula passou a fazer parte do grupo Carrefour no Brasil, tendo como quotistas a Brepa Comércio e Participações Ltda (Brepa), que detinha 99% do seu capital, e a Carrefour Comércio e Indústria Ltda (Carrefour Brasil), que detinha 1% do seu capital.

A Brepa é sociedade holding que centraliza os investimentos do grupo Carrefour no Brasil e é controlada pela sociedade holandesa do grupo Carrefour, a Carrefour BV.

A aquisição da requerente pela Korcula era a estrutura mais conveniente do ponto de vista administrativo, gerencial e econômico. Como as atividades da requerente eram, de certa forma, diversas da atividade desenvolvida pelo grupo Carrefour no Brasil, o grupo investidor entendeu ser mais seguro e eficiente ter o desenvolvimento do novo investimento em uma sociedade autônoma, desvinculada das empresas que já existiam e se dedicavam puramente ao mercado varejista. Em razão das diferenças de atuação e dos princípios adotados, era necessário um tempo razoável de adaptação do novo investimento ao grupo Carrefour.

Além disso, a aquisição do novo investimento pelo grupo Carrefour no Brasil dependia da tomada de empréstimo para pagamento do preço total exigido pelos vendedores. O desejo da administração dos investidores era que essa dívida fosse transferida às próprias atividades desenvolvidas pela atividade adquirida.

Com base nessas premissas, no dia 20.4.2007, foi assinado o contrato de Venda e Compra de Quotas do Atacadão. O objeto do contrato era a totalidade das quotas detidas pela família Lima no capital da Primart II, a totalidade das quotas detidas pela família Schmeil no capital da Loly II e a totalidade das quotas detidas pelo Sr. Farid Curi no capital da requerente.

Como a Korcula não detinha os recursos necessários para efetuar a aquisição do novo investimento, a Brepa, com o consentimento da Carrefour Brasil, contribuiu para o aumento de seu capital com a quantia de R\$ 1.137.810.798,00. O valor aportado pela Brepa em aumento de capital da Korcula havia sido previamente aportado pela Carrefour BV, em aumento do seu capital.

Além disso, também em 30.4.2007, a Korcula tomou empréstimo do exterior, concedido pela Carrefour BV em seu favor, no valor de R\$ 1.095.629.201,83. A Carrefour BV é sociedade controladora do grupo Carrefour, de forma que faz parte das suas atividades a tomada de dívidas no exterior para financiar as atividades do grupo como um todo.

A requerente era detida por grupo completamente distinto do grupo a que pertencia a Korcula (adquirente do novo investimento). Os quotistas do seu capital, diretos e indiretos, não possuíam qualquer relação com a Korcula ou seus sócios, de forma que as partes não poderiam, em hipótese alguma, serem consideradas partes relacionadas ou integrantes de um mesmo grupo econômico.

Em 30.4.2007, a Korcula adquiriu efetivamente as participações societárias discriminadas no contrato de aquisição, pagando o preço total de R\$ 2.233.440.000. Para comprovar o efetivo pagamento do preço, junta-se à impugnação as cópias de solicitação de transferência de valores (TED), assinadas pela Korcula e cópia de extrato bancário do dia 30.4.2007.

Assim, o preço da aquisição do investimento foi efetivamente incorrido pela Korcula. Ao contrário do que alega a fiscalização, o preço não foi incorrido pela Carrefour BV, mas sim pela Korcula. A interpretação da fiscalização não pode ser aplicada, pois seria o mesmo que admitir que, quando uma pessoa jurídica toma um empréstimo bancário para adquirir determinado bem, o adquirente desse bem seria a instituição financeira que concedeu o empréstimo, e não o tomador dos recursos que efetivamente transferiu os recursos ao vendedor e passou a ter a propriedade do bem.

O preço efetivamente pago pela Korcula para adquirir, direta e indiretamente, a totalidade do capital da Requerente foi superior ao valor de patrimônio líquido das sociedades adquiridas. A Korcula passou a ser legalmente obrigada, nos termos do artigo 20 do Decreto-lei 1.598, de 1977, a avaliar seu investimento nas sociedades adquiridas segundo o método da equivalência patrimonial, isto é, desdobrando seu valor total em: valor de patrimônio líquido da Primart II, da Loly II e da Requerente; e ágio ou deságio.

Seguindo, portanto, a legislação fiscal e societária em vigor, a Korcula passou a registrar ágio no valor de R\$ 1.780.738.273,26. O valor efetivo do ágio apurado na aquisição efetuada pela Korcula foi de R\$ 1.702.116.571,36, após os ajustes decorrentes de compromissos existentes na requerente antes da data de fechamento e de responsabilidade dos vendedores. Esse ágio foi integralmente fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da participação societária adquirida pela Korcula.

Como contrapartida do reconhecimento do ágio pela Korcula, o ganho de capital apurado pelos vendedores pessoas físicas residentes no Brasil foi submetido à tributação pelo imposto sobre a renda das pessoas físicas (IRPF), conforme comprovam os respectivos documentos de arrecadação (Darf) anexos. A operação ensejou também o recolhimento de outros tributos aplicáveis.

O ágio resultou de operação efetiva de compra e venda entre empresas brasileiras, praticada entre partes independentes, e somente foi apurado em razão de o valor de mercado estimado para essas participações societárias, com base em suas projeções de fluxo de caixa descontado, resultarem em valores significativamente superiores ao seu patrimônio líquido à época. Não houve nada de artificial, simulado ou fraudulento.

É anexado aos autos o laudo de avaliação econômica elaborado pela KPMG, empresa independente e notoriamente especializada nesse tipo de avaliação, em favor da Korcula. O laudo confirma expressamente o fundamento econômico do ágio, com base em estimativas de rentabilidade futura, apuradas segundo o método de fluxo de caixa descontado.

Esse laudo, bem como o fundamento econômico do ágio, não foram, em nenhum momento, questionados pela fiscalização.

A operação de aquisição da requerente pela Korcula foi analisada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Na ocasião, o Cade aprovou a operação, apenas com a ressalva de que a restrição geográfica da cláusula de não concorrência fosse ajustada.

No âmbito da análise da operação pelo CADE, a transação sempre foi descrita como aquisição de todas as cotas representativas do capital social do Atacadão pela Korcula, no setor de supermercados e hipermercados. Ou seja, ao contrário do que alega a fiscalização, em nenhum momento o Cade considerou que o real adquirente do investimento teria sido a Carrefour BV.

Muito pelo contrário, a adquirente do novo investimento sempre foi considerada a Korcula, de maneira a enquadrar a transação como uma operação puramente brasileira. Parecer emitido pela Secretaria de Acompanhamento Econômico chega a afirmar que se trata de uma operação nacional, tendo sido notificada apenas às autoridades antitruste brasileiras.

c) A reorganização societária efetuada pelo Grupo Carrefour - transferência da dívida contraída para o investimento adquirido.

O grupo Carrefour não tinha nenhum interesse em manter as sociedades *holding* adquiridas (a Primart II e a Loly II). Essas *holdings* eram utilizadas apenas pelos antigos quotistas para centralizarem os investimentos de cada família na requerente. Assim, em 30.9.2007, ambas as sociedades foram incorporadas, a valor de livros, ao patrimônio da Korcula. Como consequência, o capital da requerente passou a ser detido única e exclusivamente pela Korcula.

Com este passo, o objetivo maior da operação - aquisição da requerente pelo grupo Carrefour no Brasil - estava concluído. Não obstante, ainda havia procedimentos a serem cumpridos, tendo em vista, principalmente, o fato de que grande parte do preço de aquisição pago pela Korcula havia sido financiada por meio da dívida tomada pela sociedade adquirente.

Ainda que a integralidade dos recursos tenha tido a mesma origem, ou seja, a Carrefour BV, no final da operação, a dívida tomada pela Korcula foi convertida em empréstimo com terceiro que não fazia parte do seu grupo econômico. Em 18.1.2008, o empréstimo tomado pela Korcula frente ao Carrefour BV foi quitado, mediante novo empréstimo tomado por meio de contrato firmado com o BNP Paribas Securities Services. A requerente anexa também o contrato de câmbio e o registro da operação financeira relacionada a essa operação.

Portanto, ao contrário do que foi alegado pela fiscalização, ao final das operações, a dívida foi efetivamente contraída pela adquirente (a Korcula) perante uma sociedade independente. Essa dívida foi essencial para tornar possível a aquisição do novo investimento pelo grupo Carrefour no Brasil.

O fato de que parte dos recursos necessários à aquisição foi aportada na Korcula por via de aumento de capital e parte via dívida está relacionado à estratégia de financiamento do grupo Carrefour para adquirir o novo e relevante investimento. A parte aportada mediante empréstimo dizia respeito a investimento de curto prazo, que logo deveria ser devolvido pela sociedade brasileira à sociedade estrangeira (como de fato, foi).

Visando a cumprir os demais procedimentos necessários, em 30.1.2008, a requerente incorporou a sociedade Korcula, a valores contábeis, ocasionando a extinção da sociedade adquirente do investimento. Com a incorporação da Korcula, a requerente sucedeu essa sociedade em todos os seus direitos e obrigações, inclusive na obrigação de liquidar a dívida contraída frente ao BNP Paribas.

Na incorporação, as quotas representativas do capital social da Korcula foram extintas e substituídas por ações da requerente. Assim, em vez de participação direta na Korcula, a Brepa e o Carrefour Brasil passaram a deter participação societária direta na requerente, tudo conforme a legislação fiscal e societária em vigor à época dos fatos.

Com incorporação da Korcula, o ágio foi convertido em ativo diferido na requerente, amortizável para fins fiscais nos exatos termos do artigo 7º, inciso III, e artigo 8º da Lei 9.532, de 10.12.1997, tendo em vista que esse ágio tinha como justificativa econômica a expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida.

Também com a incorporação da Korcula, a dívida assumida pela sociedade incorporada passou a ser amortizada pela requerente.

O pagamento da dívida pela requerente é mera consequência da sucessão societária decorrente da incorporação das sociedades. Com isso, as despesas financeiras incorridas pela requerente passaram a ser deduzidas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, assim como tais despesas financeiras seriam deduzidas pela Korcula caso não tivesse havido sua extinção.

Esse último passo da operação ressalta a importância da Korcula para a estrutura de aquisição da requerente pelo grupo Carrefour no Brasil. A verdade é que a existência da Korcula, além de possibilitar a segregação do novo investimento feito pelo grupo Carrefour, permitiu que a parcela do endividamento tomado pelo grupo Carrefour pudesse ser transferida para a requerente, sociedade operacional.

É do conhecimento de todos que os investidores em geral captam recursos no mercado financeiro para investimento em empresas dos mais variados ramos. Além disso, a melhor prática contábil e financeira é a de que o financiamento obtido seja amortizado diretamente pelas atividades operacionais que justificaram o referido financiamento.

Além de ser a melhor prática financeira e contábil, esse tipo de operação é usual e normal no contexto de aquisições de empresas. Se determinado financiamento foi obtido para permitir a aquisição de uma linha de negócios específica, nada mais razoável do que fazer com que ele seja amortizado especificamente pelas atividades operacionais dela decorrentes. De fato, somente se a atividade operacional for capaz de amortizar o financiamento é que o investimento será rentável para o investidor.

Pelo exposto, são incabíveis as alegações fiscais de que a existência da Korcula teve como único propósito criar um ágio artificial na transação.

Ainda que se admita que a Korcula não teve outras razões empresariais, o que se admite apenas para argumentar, a verdade é que sua utilização na operação não gerou para as partes nenhum benefício fiscal artificial ou a que elas

não tivessem o devido direito, até porque, repita-se, o ágio foi efetivamente pago e incorrido pela adquirente (domiciliada no Brasil) do investimento, e se originou de efetiva operação de compra e venda celebrada entre partes não relacionadas. Este caso, portanto, jamais pode ser visto como qualquer forma de planejamento tributário abusivo, mas sim, e meramente, como a adoção de uma opção legalmente disponível no ordenamento jurídico para a estruturação da mesma operação, sem nenhum prejuízo para o fisco.

Na essência, é inegável que o propósito comercial da operação foi a aquisição de um novo investimento pelo grupo Carrefour no Brasil. Ilustra-se a afirmação com a citação das razões declaradas pelas partes como "razões decisivas para a realização do ato ou contrato notificado", no âmbito do Ato de Concentração nº 08012.006940/2007-60 julgado pelo Cade.

Não há como admitir que a transação foi efetuada para gerar despesas de amortização fiscal de ágio. A transação teve como propósito econômico e principal a aquisição de um novo e importante investimento para o grupo Carrefour no Brasil. Não houve nenhum ato doloso, fraudulento ou simulado realizado pelo grupo Carrefour ou pela requerente nas operações. Cada uma de suas etapas está fartamente suportada em documentação hábil e idônea, devidamente registrada nos órgãos oficiais conforme a regulamentação em vigor. Apenas deu-se instrumentalidade ao propósito econômico final e maior que era a compra da requerente pelo grupo Carrefour.

Não há qualquer indício ou comprovação de que os atos praticados foram realizados de forma a encobrir, enganar ou impedir o conhecimento pelas autoridades fiscais de qualquer dos atos envolvidos na operação ou até mesmo da intenção do grupo Carrefour de aproveitar fiscalmente o ágio pago na aquisição da Requerente, até porque, não haveria motivos para encobrir a utilização de benefício fiscal previsto expressamente na legislação tributária.

É também possível concluir que não se trata de planejamento tributário em que negócios simples são revestidos de características complexas, tal como alegado pela fiscalização. O que houve foi mera reestruturação societária para adquirir participação societária na requerente, a fim de expandir as atividades do grupo Carrefour no Brasil.

Quando do anúncio da transação ao mercado, o grupo Carrefour comunicou que a aquisição fazia parte da estratégia do Carrefour de reforçar sua presença em mercados de crescimento importante por meio de uma abordagem de formato diversificado.

Portanto, houve um claro excesso cometido nesta autuação, que deve ser prontamente corrigido pela autoridade julgadora, sob pena de frontal violação à legislação e jurisprudência aplicáveis.

Esse excesso também foi cometido pelas autoridades fiscais ao glosarem as despesas financeiras incorridas em decorrência da sucessão da dívida originariamente tomada pela Korcula, e ao glosarem as despesas de JCP.

O ACÓRDÃO CARF Nº 1402-002.119, DE 01.03.2016

Importante mencionar que os presentes fatos e as mesmas infrações imputadas pela D. Fiscalização neste processo já foram objeto de análise pelo E. CARF, quando do julgamento do Recurso Voluntário apresentado pela Requerente nos

autos do Processo Administrativo nº 16561.720053/2013-58 em que foram analisados os mesmos fatos e as mesmas supostas infrações apontadas pela D. Fiscalização, em relação aos anos-calendários de 2008 a 2011, vindo a lume o Acórdão acima especificado que deu parcial provimento ao Recurso Voluntário interposto pela Requerente para afastar (i) a multa agravada de 150% e (ii) a glosa relacionada às despesas de juros de empréstimo que foram deduzidas pela Requerente nos anos-calendários de 2008 a 2011.

Importante destacar que o Acórdão nº 1402-002.119 reconheceu a total legitimidade do ágio gerado na aquisição das quotas da Requerente pela Korcula. Foi reconhecido o efetivo desembolso do custo de aquisição do investimento, em transação realizada entre partes independentes a valor justo de mercado, e tendo sido demonstrada a lisura da avaliação da empresa adquirida.

Logo, entendeu-se que não houve a prática de quaisquer condutas fraudulentas ou simuladas, mas tão somente uma divergência na interpretação da legislação aplicável aos fatos. Assim, apesar de equivocadamente ter mantido a glosa de despesas de amortização do ágio, o Conselho decidiu por bem afastar a aplicação da multa de 150%, excessivamente imposta pela D. Fiscalização sobre a glosa das despesas de amortização de ágio.

É sob essa ótica que esta I. DRJ deve examinar a presente operação: tratam-se de operações legítimas praticadas pela Requerente, em estrita observância à legislação vigente, sendo cristalino o direito de aproveitamento de um benefício fiscal expressamente previsto em Lei. A Requerente não deixou de atender a qualquer requisito previsto na legislação.

Deve-se ainda destacar que o Acórdão CARF nº 1402-002.119 também cancelou integralmente a glosa relacionada às despesas de juros de empréstimo (despesas financeiras) que foram deduzidas pela Requerente nos anos-calendários de 2008 a 2011.

Se as despesas financeiras decorrem de empréstimo contraído pela Korcula diretamente com terceiros e essas mesmas despesas eram consideradas dedutíveis por aquela sociedade, é evidente que o direito à dedutibilidade deve ser preservado após a incorporação da Korcula pela Requerente, que lhe sucedeu em todos os seus direitos e obrigações.

Frize-se, ademais, que o Acórdão CARF nº 1402-002.119 reconheceu, inclusive, a necessidade econômica da contratação de dívida pelo Grupo Carrefour para financiar parte significativa dos recursos utilizados na aquisição da Requerente:

Portanto, considerando que os mesmos fatos e as mesmas infrações discutidas no presente processo já foram apreciadas pelo CARF, a Requerente tem por certo que o presente julgamento deve, no mínimo, reconhecer a improcedência (i) da multa agravada de 150% e (ii) da glosa relacionada às despesas de juros de empréstimo levadas a efeito nos anos-calendários de 2012 e 2013.

DIREITO - A AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO PAGO PELA KORCULA

a) Premissas para o presente julgamento

A operação em exame consistiu na aquisição, pela Korcula (sociedade brasileira integrante do Grupo Carrefour no Brasil), da totalidade do capital da Requerente. Trata-se de compra de participação societária foi realizada entre partes independentes, com efetivo pagamento do preço (e do ágio), e o fundamento

econômico do ágio pago pela sociedade brasileira Korcula estava embasado em Laudo de Avaliação preparado pela KPMG (o que nem sequer foi questionado pela D. Fiscalização), sendo importante lembrar que o ganho de capital apurado pelos vendedores (antigos quotistas da Requerente) foi submetido à tributação pelo IRPF, ocasionando recolhimento de tributos aos cofres públicos em alto valor, de maneira que a Fiscalização equivocou-se na análise dos presentes fatos ao desconsiderar duas premissas fundamentais à melhor interpretação dos presentes fatos, e que devem pautar o presente julgamento:

- a função da sociedade Korcula no Grupo Carrefour não estava limitada exclusivamente à aquisição das quotas da Requerente. Em verdade, a utilização da Korcula tornou possível a própria aquisição, na medida em que foi essa sociedade que promoveu a captação de recursos por meio de dívida contraída com terceiros, sendo o valor do financiamento relevante em relação ao preço total pago aos vendedores. Frise-se, inclusive, que o E. CARF, ao analisar os presentes fatos, já reconheceu necessidade dessa dívida na estrutura e a dedutibilidade das correspondentes despesas financeiras; e
- em sentido contrário às alegações da D. Fiscalização, a presente aquisição foi seguida da incorporação da sociedade adquirente (a Korcula) ao patrimônio da adquirida (a Requerente), de forma que o ágio pago (registrado na Korcula) e o seu fundamento econômico (a própria Requerente) foram consolidados em uma única pessoa jurídica, isto é, efetivamente houve a extinção do investimento pela confusão patrimonial.

Essas características representam as premissas que devem ser adotadas para fins do julgamento da legitimidade da amortização fiscal do ágio.

A Korcula foi imprescindível ao negócio. De fato, a utilização dessa sociedade não só gerou economia tributária decorrente da amortização fiscal do ágio, mas, principalmente, tornou possível a própria operação de aquisição das quotas da Requerente pelo Grupo Carrefour no Brasil. Há, sem qualquer dúvida, significativos propósitos negociais envolvidos na utilização da Korcula, tendo a companhia desenvolvido efetivas atividades operacionais imprescindíveis ao pagamento do custo de aquisição do investimento.

Essas características da operação de aquisição da Requerente pela Korcula representam as premissas que devem ser adotadas para fins do julgamento da legitimidade da amortização fiscal do ágio pago e incorrido pela Korcula, pois a razão principal do presente questionamento está relacionada ao fato de que a adquirente do investimento na Requerente foi a Korcula. As DD. Autoridades Fiscais, de forma equivocada, pretendem desconsiderar os efeitos fiscais decorrentes da operação e pretendem impor que a adquirente do capital da Requerente teria sido a Carrefour BV ou até mesmo a Brepa, em completa divergência com a realidade dos fatos envolvidos na transação levada a efeito pelas partes.

Não apenas a D. Fiscalização insiste em negar a existência da Korcula, como também afirmam que o ágio (pago pela Korcula) estaria supostamente registrado no Carrefour BV, sem trazer qualquer prova ou argumento fático que pudesse justificar tal alegação. Ora, a Korcula foi regularmente constituída, tendo seus atos devidamente registrados nos órgãos competentes, de forma a não existirem dúvidas sobre sua validade e existência jurídica. Além disso, essa empresa foi registrada

perante o BACEN para receber o empréstimo contraído inicialmente do Carrefour BV e posteriormente de terceiro, o Banco BNP Paribas.

Se o financiamento para a aquisição da Requerente foi contraída diretamente pela Korcula com terceiros, resta claro que o argumento da D. Fiscalização de que a totalidade dos recursos utilizados para a aquisição da Requerente seriam provenientes da Carrefour BV se mostra absolutamente incabível. De fato, empréstimo foi contraído apenas inicialmente com Carrefour BV, sendo posteriormente quitado pela própria Korcula e substituído por dívida dessa sociedade com terceiro (BNP Paribas).

A esse respeito, aliás, destaque-se o entendimento manifestado pelo E. CARF ao analisar os presentes fatos no Acórdão nº 1402-002.119, o qual reconheceu a necessidade econômica da contratação da dívida pela Korcula para financiar parte significativa dos recursos utilizados na aquisição da Requerente:

[...]

Portanto, foi a Korcula que (i) pagou pelo preço firmado no Contrato de Aquisição, (ii) figurava como adquirente no Contrato de Aquisição, (iii) contratou dívida em valor relevante para tornar possível a aquisição e (iv) passou a deter participação societária na Requerente após a transação. Além disso, conforme será demonstrado a seguir, não há qualquer ilícito no fato de que a adquirente do investimento tenha sido a Korcula, ao contrário das alegações da D. Fiscalização.

Para melhor evidenciar a efetiva existência da empresa Korcula e o seu propósito negocial na presente estrutura, a Requerente junta aos presentes autos Parecer Jurídico elaborado pelo I. Dr. Ricardo Mariz de Oliveira (doc. nº 24), que analisa os presentes fatos com precisão. Confira-se alguns trechos do referido parecer:

[...]

Não se pode admitir que uma simples presunção da D. Fiscalização prevaleça sobre os fatos demonstrados nos presentes autos, os quais comprovam a efetiva existência da Korcula e todo o propósito negocial envolvido na sua constituição e na sua função para a operação em exame. Frise-se: a D. Fiscalização não apresenta nenhum argumento fático ou prova que possa fundamentar a alegação de que o ágio estaria registrado na Brepa ou Carrefour BV, de modo que tal pretensão não deve prosperar.

Se a Korcula não tivesse apresentado uma DIPJ ou DCTF requerida pela lei, o que teria acontecido? A Korcula receberia um auto de infração por suposta falta de cumprimento de obrigação acessória. Portanto, até mesmo perante a Receita Federal do Brasil, esta sociedade existiu, tendo sido titular de direitos e sujeita a obrigações.

Mais uma dúvida pertinente. Se ao invés de ágio, a Korcula tivesse reconhecido um deságio na aquisição da Requerente, o que teriam dito as autoridades fiscais no momento da incorporação das sociedades? Teriam as autoridades fiscais perdoado a tributação do deságio, por entender que não teria havido junção do patrimônio? Aceitariam as autoridades fiscais apenas o simplista argumento de que os efeitos tributários da Korcula não poderiam ser aplicados? Evidentemente que não. Contra a Korcula seria imposto um auto de infração acompanhado de uma relevante multa.

Ora, se as autoridades fiscais não desconstituíram nenhum fato ou negócio jurídico, como podem negar a validade da Korcula e de sua operação para fins fiscais? Qual seria este suposto critério jurídico não previsto em lei que teria sido descumprido? Dada a máxima vênica, não é aceitável que, sem qualquer base legal,

apenas com base em conceitos e convicções pessoais, as autoridades fiscais venham a desconsiderar a validade e os efeitos de negócios jurídicos que não possuem qualquer defeito ou ilegalidade. Esse grave equívoco cometido pela D. Fiscalização é confirmado no parecer do I. Dr. Ricardo Mariz de Oliveira. Confira-se:

[...]

Tivesse a D. Fiscalização e as DD. Autoridades Julgadoras se dedicado a entender a realidade fática da operação em exame, não restaria outra conclusão senão a de que (i) a Korcula não pode ser classificada como uma simples “empresa de prateleira”, uma vez que essa sociedade foi constituída no Brasil e realizou efetivas atividades operacionais imprescindíveis ao negócio; e, (ii) via de consequência, com a incorporação da Korcula na Requerente, tais empresas (investidora e investida) foram consolidados em uma única pessoa jurídica, isto é, efetivamente houve a extinção do investimento pela confusão patrimonial.

Partindo dessas duas premissas fundamentais expostas acima, as características da operação de aquisição da Requerente pela Korcula que devem ser adotadas para fins do presente julgamento são os seguintes:

- a transação de compra de participação societária foi realizada entre partes independentes, envolvendo grupos econômicos não relacionados. Neste ponto, vale destacar que a D. Fiscalização, em nenhum momento, alega que a operação teria sido realizada entre partes relacionadas;
- houve efetivo pagamento do preço (e do ágio) firmado entre as partes, preço este incorrido por sociedade Brasileira (a Korcula) para adquirir investimento em outra sociedade Brasileira (a Requerente);
- o fundamento econômico do ágio pago – a expectativa de rentabilidade futura da Requerente – pela sociedade Brasileira Korcula estava embasado em Laudo de Avaliação preparado pela KPMG, que nem sequer foi questionado pela D. Fiscalização;
- o valor do preço pago pela adquirente, e o valor do ágio reconhecido, nem sequer foram questionados pela D. Fiscalização;
- o ganho de capital apurado pelos vendedores (antigos quotistas da Requerente) foi submetido à tributação pelo IRPF, ocasionando recolhimento de tributos aos cofres públicos em alto valor; e
- a aquisição foi seguida da incorporação da sociedade adquirente (a Korcula) ao patrimônio da adquirida (a Requerente), de forma que o ágio pago (registrado na Korcula) e o seu fundamento econômico (a própria Requerente) foram consolidados em uma única pessoa jurídica.

Antes de comentar de modo específico as razões de Direito pelas quais as alegações feitas pela D. Fiscalização no Termo de Verificação Fiscal não podem prosperar, a Requerente abordará brevemente as regras legais que justificam a correção de sua conduta quanto ao ágio apurado na aquisição do novo investimento pelo Grupo Carrefour.

b) O tratamento fiscal do ágio pago pela Korcula

Nos termos do artigo 248 da Lei nº 6.404, de 15.12.1976, os investimentos permanentes em sociedades coligadas ou controladas devem ser avaliados pelo método da equivalência patrimonial. A aquisição da requerente pela Korcula fez com que essa sociedade passasse a deter um investimento relevante em seu ativo, de modo que a aplicação do método de equivalência patrimonial tornou-se obrigatória.

A pessoa jurídica que adquirir investimento sujeito ao método de equivalência patrimonial deve desdobrar o custo de aquisição desse investimento em: valor de patrimônio líquido na época da aquisição; e ágio (ou deságio) apurado na operação.

O ágio, para fins fiscais, poderá ter os seguintes fundamentos econômicos: valor de mercado dos bens do ativo da coligada ou controlada superior ao custo registrado na sua contabilidade; valor da coligada ou controlada, com base em previsão de resultados futuros; e fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

A Korcula, ao adquirir o novo investimento, procedeu exatamente como determina o artigo 20 do Decreto-lei 1.598/77 e 385 do RIR/99, e desdobrou, em sua escrituração contábil e fiscal, o custo de aquisição do investimento que passou a deter na Primart II, Loly II e Requerente em: valor de patrimônio líquido desses investimentos; e ágio.

Esse ágio, conforme o laudo de avaliação preparado pela KPMG, estava fundamentado na expectativa de rentabilidade futura do novo investimento, calculado com base na projeção do seu fluxo de caixa descontado. Como consequência disso, é inquestionável que esse ágio enquadra-se exatamente na hipótese do artigo 20, § 2º, letra "b" do Decreto-lei 1.598/77.

Da leitura do disposto no artigo 7º, inciso III, e artigo 8º da Lei 9.532/97, conclui-se que se uma pessoa jurídica que detenha participação societária registrada com ágio, com base na expectativa de rentabilidade futura da sociedade investida, for incorporada à sociedade investida, ou vice-versa, esse ágio passará a ser tratado como um ativo amortizável para fins fiscais na sociedade sobrevivente à incorporação, em um prazo mínimo de cinco anos.

Com a incorporação da Korcula na requerente, o ágio antes registrado pela Korcula foi convertido para fins fiscais em ativo diferido na requerente, de forma que esses valores se tornaram amortizáveis à razão máxima de 1/60 por mês.

Portanto, o ágio em questão foi gerado de acordo com a correta e racional aplicação das regras contábeis e fiscais em vigor, nos exatos termos do artigo 20 do Decreto-lei 1.598/77, dos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97, e artigos 385 e 386 do RIR/99. Não cabe, portanto, à fiscalização pretender lançar quaisquer dúvidas sobre a sua legitimidade, sobretudo com base em premissas equivocadas como as que motivaram o auto de infração.

Embora tenham sido originalmente editados no contexto do Plano Nacional de Desestatização, esses dispositivos são igualmente aplicáveis e válidos para incentivar operações de compra e venda de empresas entre partes privadas. Em abono do argumento, cita-se passagem atribuída a Ricardo Mariz de Oliveira.

A lógica que ainda fundamenta a aplicação desses dispositivos é a de incentivar operações de fusões e aquisições de empresas também entre partes privadas.

Logo, nas operações sujeitas aos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97, percebe-se que o ponto de preocupação do legislador não é a forma como o preço que gerou o ágio tenha sido pago, mas sim se esse preço foi acordado entre as partes

independentes com base na expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida.

Desde que essas condições sejam atendidas, a amortização fiscal de ágio ajusta-se perfeitamente à finalidade das normas que regem a matéria. Nesse cenário, não há motivos para se questionar a validade do ágio apenas pelo fato de que o seu pagamento foi feito por uma sociedade *holding* pura, tal como ocorreu no presente caso.

Na essência, a finalidade do benefício fiscal de amortização do ágio previsto na Lei 9.532/97 está intrinsecamente associada à busca pelo fortalecimento da economia nacional por meio de investimentos em outras empresas e reorganizações societárias.

Essa finalidade, tal como explicada de forma pormenorizada no voto do Acórdão nº 1301-000.711, julgado pelo Carf, foi plenamente atendida no caso concreto, na medida em que resultou na aquisição, pela Korcula, das quotas da requerente. Confira-se trecho do Acórdão nº 1402-00.802:

[...]

O mesmo entendimento foi corroborado pelo Conselheiro Relator Antônio José Praga de Souza, também do CARF, quando do julgamento do caso Santander (Acórdão nº 1402-00.802):

[...]

Comprovado que a aquisição da requerente pela Korcula atende à finalidade prevista na Lei 9.532/97 para os fins de amortização fiscal do ágio, é evidente que o auto de infração não merece prosperar.

c) Atendimento ao requisito estabelecido pela Lei 9.532, de 1997 – Amortização do ágio contra as receitas geradas pela Requerente

A D. Fiscalização pretende demonstrar que a incorporação societária havida entre a Requerente (investida) e a Korcula (investidora) não seria suficiente para viabilizar a amortização fiscal do ágio, uma vez que, supostamente, não teria havido a necessária junção entre o ágio e o seu fundamento econômico.

Em primeiro lugar, é fácil notar que esse entendimento decorre diretamente de uma presunção que não corresponde à realidade dos fatos: a presunção de que a Korcula não seria a adquirente do investimento na Requerente, pelo fato de supostamente configurar uma “empresa veículo”. Com base nessa presunção, pretende-se impor que a incorporação da Korcula pela Requerente não teria atendido ao espírito e à letra dos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97.

No entanto, a Requerente esclarece que, no presente caso, a reorganização societária efetuada pela Requerente atendeu ao espírito desses dispositivos legais. Tal como já exposto, os artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97 instituíram a possibilidade de amortização fiscal de ágio pago por expectativa de rentabilidade futura na aquisição de um investimento considerado relevante, exigindo como condição que a investidora incorpore a investida ou seja por ela incorporada.

Na realidade, a condição da absorção do patrimônio por meio de incorporação, fusão ou cisão é justificada pelo fato de que a amortização fiscal do ágio está relacionada ao fundamento econômico que justificou o seu pagamento. Dessa forma, no caso em que o ágio tenha sido fundamentado na expectativa de

rentabilidade futura de um determinado investimento, a Lei 9.532/97 exige que as despesas geradas pela amortização do ágio sejam abatidas contra as receitas geradas pelo investimento que representa o fundamento econômico desse mesmo ágio. Esse é o espírito dos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97.

Como prova do entendimento acima, tem-se que, no regime tributário estabelecido pela Lei 9.532/97, a amortização fiscal do ágio deve ser feita no prazo mínimo de 5 anos (e não de forma imediata, tal como estabelecia o regime anterior à Lei 9.532/97) e com o registro do ágio como ativo diferido (despesas que contribuirão para a formação do resultado de mais de um exercício futuro). Sendo assim, para verificar se a Requerente preencheu objetivamente o requisito de junção dos patrimônios para fins de amortização do ágio, devem ser respondidas 2 (duas) perguntas: (i) Qual foi o fundamento econômico do ágio em análise nesse processo administrativo?; e (ii) O ágio em análise nesse processo administrativo está sendo deduzido contra quais receitas?

No presente caso, as despesas geradas pela amortização fiscal do ágio resultante da aquisição da Requerente pela Korcula foram abatidas contra as receitas geradas pelas atividades econômicas da própria Requerente. Essa é a exigência feita pelo legislador.

O fato é que o investidor (seja ele estrangeiro ou nacional) não está obrigado a seguir caminho mais oneroso para efetuar investimento com ágio, isto é, adquirir diretamente a sociedade alvo sem poder incorporá-la. Basta que haja o confronto entre as despesas de ágio e as correspondentes receitas, mediante confusão patrimonial, o que ocorreu no presente caso. A opção da utilização da Korcula como adquirente deve-se justamente às razões econômicas que essa sociedade apresentava, tendo essa sociedade desempenhado papel fundamental nessa estrutura (pagando efetivamente o preço de aquisição, por meio de financiamento com terceiros para tanto).

A legitimidade dos procedimentos adotados pela Requerente, em conformidade com a da Lei 9.532/97, é atestada de forma clara nos termos do Parecer Jurídico juntado aos presentes autos, elaborado pelo I. Dr. Ricardo Mariz de Oliveira:

[...]

A fim de deixar mais claro esse equívoco cometido pela D. Fiscalização, a Requerente responde às 2 (duas) perguntas feitas acima e que demonstram o total atendimento ao disposto na Lei 9.532/97:

- o fundamento econômico do ágio em discussão foi a expectativa de rentabilidade futura da Requerente; e
- o ágio em questão está sendo abatido contra as receitas geradas pela própria Requerente.

d) O propósito comercial da utilização da Korcula pelo Grupo Carrefour

A operação de aquisição das ações da Requerente pela Korcula atendeu à finalidade da Lei 9.532/97 para fins de amortização fiscal do ágio gerado. Mas não foi só isso. A utilização da Korcula como adquirente do investimento também estava revestida de efetivos propósitos comerciais que ultrapassam a mera economia tributária da operação.

Em primeiro lugar, para fins da análise da presente questão, deve ser mencionado o propósito comercial primordial da operação: a aquisição de novo e relevante investimento pelo Grupo Carrefour no Brasil. A causa jurídica da operação

em exame foi a aquisição da totalidade do capital da Requerente pela Korcula (sociedade Brasileira integrante do Grupo Carrefour no Brasil). A causa jurídica da operação não era a amortização fiscal do ágio incorrido pela adquirente. Esse benefício fiscal expressamente previsto na legislação tributária é mera consequência dessa causa jurídica verdadeira e legítima da operação: a expansão das atividades do Grupo Carrefour no Brasil.

Conforme estabelece a própria jurisprudência atual do Carf, não há qualquer ilícito quando a motivação do negócio jurídico está relacionada à obtenção de vantagem fiscal. O ilícito ocorre quando a causa do negócio jurídico (a aquisição da participação societária) está apenas ligada à obtenção de um benefício fiscal. Definitivamente, não se está diante de caso em que a causa do negócio jurídico era a obtenção de benefício fiscal.

Em segundo lugar, o negócio adquirido pelo grupo Carrefour apresentava características específicas que, de certa forma, divergiam das atividades desempenhadas pela investidora até então. As atividades desempenhadas pela requerente tinham como princípios o foco nos consumidores de baixa renda, sem grande diversidade de produtos e o baixo custo nas suas atividades. Isso sem contar que a requerente também exercia atividades típicas do mercado atacadista.

A atividade desempenhada pela requerente era algo novo para o grupo Carrefour, grupo que sempre atuou no mercado varejista. Por essas razões, a opção da administração foi desenvolver esse novo negócio em sociedade autônoma, desvinculada das outras empresas integrantes do grupo Carrefour no Brasil. A utilização da Korcula na aquisição atendeu a essa necessidade do grupo investidor.

Não bastasse esse propósito de desenvolver o negócio de atacado por meio de uma sociedade autônoma, note-se que a utilização da Korcula teve uma razão ainda mais importante. Isso porque, na realidade, a utilização da Korcula tornou possível a aquisição em si do novo investimento pelo Grupo Carrefour. Em razão do valor de mercado das quotas da Requerente, os recursos disponíveis para investimento de longo prazo do Grupo Carrefour não eram suficientes para que o grupo se tornasse detentor de tão disputado investimento.

A única maneira do grupo Carrefour no Brasil adquirir as quotas da requerente seria pela obtenção de empréstimo de recursos de terceiros. A obtenção do empréstimo, somado aos recursos próprios do grupo, representava medida imprescindível para a aquisição desejada.

E essa medida imprescindível só seria possível por meio da utilização da sociedade Korcula. Isso porque, conforme efetivamente ocorreu ao final da operação, o cenário idealizado pelos investidores seria a transferência da dívida tomada para as atividades da própria requerente, tendo em vista que essa é a melhor prática contábil e financeira adotada no mercado. Os investidores, na maioria das vezes, procuram fazer com que o financiamento obtido para aquisição de uma linha de negócios seja amortizado por essa própria linha de negócios.

A utilização da Korcula não só gerou economia tributária decorrente da amortização fiscal do ágio, mas, principalmente, tornou possível a própria operação de aquisição das quotas da requerente pelo grupo Carrefour no Brasil.

E nem se diga que, pelo fato do empréstimo tomado pela Korcula ter sido primeiramente concedido pela Carrefour BV, a dívida não era necessária para o investimento. Isso é mera presunção adotada pela fiscalização sem comprovação.

Tanto é assim que, em menos de um ano, esse empréstimo intragrupo foi quitado, mediante a obtenção de novo empréstimo pela Korcula (frente ao BNP Paribas).

Isso significa que, ao final, na verdade dos fatos, o empréstimo foi tomado com terceiro diretamente pela Korcula, tendo em vista que o Grupo Carrefour não tinha disponibilidade de recursos financeiros para serem aplicados em investimentos de longo prazo. Confira-se trechos do próprio Termo de Verificação Fiscal nesse sentido:

[...]

Portanto, não há dúvidas de que a utilização da Korcula foi fundamental para a presente estrutura de aquisição. Aliás, é importante notar que essas razões empresariais para a utilização da Korcula foram, inclusive, indicadas pela Requerente durante procedimento de fiscalização. Confirmam as respostas concedidas pela Requerente em sede de fiscalização:

[...]

A própria fiscalização reconhece no termo de verificação fiscal que a transferência da dívida assumida para as atividades da requerente era um dos propósitos dos investidores:

[...]

Portanto, o fato é que Korcula (i) pagou pelo preço firmado no Contrato de Aquisição, (ii) figurava como adquirente no Contrato de Aquisição, (iii) contratou dívida em valor relevante para tornar possível a aquisição e (iv) passou a deter participação societária na Requerente após a transação.

Nesse exato sentido, a Requerente destaca o Acórdão nº 1301001.516 (Caso CPQ), recentemente proferido pelo CARF. No caso, a estrutura de aquisição implementada pelo contribuinte envolveu justamente a captação de recursos mediante dívida para financiar o investimento com ágio. O empréstimo foi tomado pela sociedade holding, fator imprescindível para a consecução do objetivo da operação pretendida. Quando do julgamento do caso, o CARF reforçou a relevância da sociedade holding na operação, especialmente por ter obtido o financiamento do valor da aquisição. Confira-se:

[...]

A decisão acima é de extrema relevância, na medida em que (i) aponta o claro propósito da holding, qual seja, a futura aquisição da sociedade alvo, e (ii) reconhece a importância da sociedade holding na estrutura, especialmente pela obtenção dos recursos necessários ao investimento. É exatamente o caso do presente processo administrativo.

Portanto, tal como já reconheceu o CARF ao analisar fatos muito semelhantes aos presentes, resta demonstrada a legitimidade da constituição da Korcula e a sua importância negocial e econômica na presente estrutura, fatores que são suficientes para viabilizar a amortização de ágio pela Requerente.

Adicionalmente, vale esclarecer também que a afirmação da D. Fiscalização, no sentido de que essas razões empresariais apresentadas pela Requerente poderiam ser atendidas perfeitamente se a Requerente permanecesse como controlada direta da Brepa e do Carrefour Brasil (sem necessidade de utilizar a Korcula), não procede. Essas duas sociedades citadas pela D. Fiscalização, por razões econômicas e gerenciais, não poderiam ser incorporadas na Requerente (o que permitiria a transferência da dívida para as atividades da Requerente).

O Carrefour Brasil é sociedade operacional, que desenvolve atividades distintas da Requerente. Do ponto de vista empresarial, nem o mais imprudente dos administradores procederia à incorporação de uma sociedade pela outra. Tanto isso é verdade que, até os dias atuais, as duas sociedades continuam separadas.

Já a Brepa é sociedade holding do Grupo Carrefour no Brasil, que centraliza praticamente todos os investimentos do grupo no País. Assim, também não seria eficiente, do ponto de vista empresarial e societário, incorporar a Brepa ao patrimônio da Requerente para o fim de transferir a dívida necessária à aquisição do novo investimento.

Portanto, a utilização da Korcula foi a melhor alternativa encontrada pela administração do Grupo Carrefour. E, nessa seara, é importante esclarecer que não cabe à D. Fiscalização fazer juízo sobre a administração da sociedade, muito menos quando as decisões tomadas pela administração provocam efeitos fiscais expressamente previstos na legislação tributária.

Conforme será exposto, o E. CARF possui entendimento sólido no sentido de que, diante de alternativas lícitas, as autoridades fiscais não podem obrigar o contribuinte a seguir pelo caminho que lhe seja mais fiscalmente mais oneroso.

E, ainda que não se admitissem as teses expostas, o que se afirma apenas a título de argumentação, a fiscalização não poderia pretender desconstituir uma operação realizada em absoluta conformidade com a legislação em vigor, unicamente por conta das suas motivações econômicas.

A aplicação da chamada teoria da substância econômica passou a ser adotada pelas autoridades fiscais a partir da edição da Lei Complementar nº 104, de 10.01.2001, que alterou o artigo 116, parágrafo único, do CTN.

No entanto, além de esse dispositivo não ter sido expressamente citado pela fiscalização no auto de infração, a parte final do dispositivo deixa expresso que ele não é auto-aplicável, mas depende de regulamentação por lei ordinária, a qual não ocorreu até o presente momento.

Portanto, ainda que não se entenda que houve efetivo propósito negocial e verdadeira substância econômica na operação, não é dado à fiscalização desconsiderar negócios jurídicos existentes, válidos e eficazes apenas com base em uma suposta interpretação da substância econômica envolvendo a operação.

Nesse sentido, o Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior, quando do julgamento do caso envolvido no Acórdão 1302-001.184 (Caso Usina Moema), discorre acerca da impossibilidade de aplicação da teoria do “propósito negocial” ou “substância econômica” no direito tributário brasileiro:

[...]

e) A infundada e irrelevante alegação de “empresa-veículo”

Só é possível falar em empresa veículo quando a sociedade não tem absolutamente nenhuma outra função na estrutura que não a de propiciar uma economia fiscal indevida, em um contexto que é necessariamente desprovido de qualquer propósito negocial ou societário efetivo.

A Requerente ressalta que, ainda que a existência da Korcula não estivesse revestida de propósitos negociais, o que se admite apenas para argumentar, tem-se que a amortização fiscal do ágio reconhecido na transação seria legítima, pois o ágio

em análise (i) resultou de operação realizada entre partes independentes; (ii) decorreu de pagamento baseado na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido; e (iii) estava justificado por laudo de avaliação econômica que nem foi questionado pela D. Fiscalização.

A verdade é que a possibilidade de constituir pessoas jurídicas está inevitavelmente associada com a manifestação da autonomia privada estabelecida pelo direito civil brasileiro. Quando a criação da pessoa jurídica se faz de acordo com o direito positivo, não há dúvidas de que é um processo pelo qual uma pessoa constitui outra para assumir direitos e obrigações próprias, em seu nome e sob sua responsabilidade, independente dos seus sócios.

Assim, nos termos do direito civil brasileiro, a pessoa jurídica regularmente constituída adquire personalidade jurídica para poder exercer direitos sobre o seu patrimônio e de contrair obrigações necessárias ao seu pleno desenvolvimento enquanto entidade voltada para um determinado fim.

Exatamente por isso que, no direito civil brasileiro, as únicas possibilidades de desconsideração da personalidade jurídica são as hipóteses de fraude, dolo, sonegação ou conluio. Caso contrário, para todos os fins legais, inclusive fiscais, deve-se respeitar a personalidade jurídica das pessoas jurídicas.

No presente caso, conforme restou pacificado em decisão proferida pelo E. CARF, não há qualquer fraude, dolo, conluio ou sonegação, mas tão somente o exercício regular de um direito expressamente reconhecido pela legislação tributária. É por isso que a Korcula, para todos os fins legais, sempre foi sujeito de direito capaz de exercer direitos e assumir obrigações. Ao adquirir personalidade jurídica nos termos do direito civil brasileiro, a Korcula passou a ter uma esfera jurídica formada pela soma de todos os seus direitos e obrigações de qualquer espécie, esfera esta que é distinta das esferas jurídicas de seus sócios e membros.

Adicionalmente, destaque-se que uma sociedade holding pura independe da existência de empregados, ou da geração de despesas ou receitas próprias. Na legislação aplicável, a possibilidade de existência de uma sociedade cujo objeto social seja a mera detenção de outra(s) sociedade(s) está expressamente prevista no artigo 2º, § 3º, da Lei das S.A., confira-se:

[...]

A própria legislação tributária, por meio do artigo 31 da Lei 11.727, de 23.7.2008 (“Lei 11.727/08”), reconhece a holding pura como uma sociedade ao dispor que a holding poderá diferir o reconhecimento das despesas com juros de empréstimos contraídos para financiamentos de investimentos em sociedades controladas:

[...]

Informe-se que o CARF, ao julgar casos com fatos e circunstâncias em que havia “empresa veículo” (o que não ocorre no presente caso), reconheceu a legitimidade da amortização fiscal do ágio pago pelos contribuintes, desde que a transação que gerou o ágio tenha sido feita entre partes independentes, tenha havido efetivo pagamento do preço pelo comprador e que o fundamento econômico do ágio esteja baseado em avaliação (o que ocorreu no presente caso).

Todos esses casos envolvem elementos importantes e, em alguma medida, similares ao caso em análise: (i) o pagamento efetivo de ágio pela adquirente do investimento; (ii) a participação de partes não relacionadas na transação original de compra e venda de participação societária; e (iii) a amortização fiscal de ágio após a

incorporação da sociedade adquirente (neste casos chamadas de “empresa veículo”) na sociedade alvo da aquisição.

E todos esses casos foram julgados a favor do contribuinte, tendo este E. CARF afastado a infundada alegação das autoridades fiscais de que a utilização de “empresa veículo” invalidaria a amortização fiscal de ágio. Note-se que a Requerente não está dizendo aqui que o presente caso tem uma “empresa veículo”. O que se quer deixar claro é que todos os pressupostos legais para a amortização fiscal do ágio foram atendidos, ainda que se fosse aceita a absurda alegação de que haveria uma “empresa veículo” no presente caso.

Confira-se abaixo a ementa de alguns desses casos recentemente julgados por este E. CARF:

[...]

Não há que se falar, portanto, em ilicitude quando a causa do negócio jurídico (aquisição de participação societária e reconhecimento do ágio) é legítima, não relacionada à obtenção de vantagens fiscais. Motivações fiscais posteriores à causa do negócio jurídico (i.e., constituição e incorporação de empresa veículo) para dar cumprimento à vantagem fiscal prevista na legislação não são ilícitas, devendo ser plenamente respeitadas.

Esses recentes julgamentos estabeleceram conclusões importantes para a análise do caso tratado no presente processo administrativo:

- o ágio possui três premissas básicas para fins de amortização fiscal: (a) ter sido efetivamente incorrido pelo adquirente do investimento; (b) a transação ter sido realizada entre partes independentes; e (c) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura;
- a Lei 9.532/97 induz os contribuintes a implementarem reorganizações societárias que possibilitem a amortização fiscal do ágio gerado, desde que referido ágio seja resultante de operação entre partes não vinculadas na sua origem;
- não há qualquer ilícito quando a motivação do negócio jurídico está relacionada à obtenção de vantagem fiscal. O ilícito ocorre quando a causa do negócio jurídico (a aquisição da participação societária) está apenas ligada à obtenção de um benefício fiscal; e
- só se poderia falar de ilícito na utilização de sociedade veículo se essa utilização resultar no aparecimento de novo ágio ou de ágio maior do que aquele que seria reconhecido sem a sua utilização.

A adoção de todas as conclusões mencionadas acima faz com que o atual questionamento da D. Fiscalização seja declarado completamente improcedente, na medida em que:

- o ágio pago pela Korcula preenche as 3 (três) premissas básicas mencionadas, na medida em que (a) a Korcula efetivamente desembolsou o preço de aquisição das quotas da Requerente; (b) a transação foi realizada entre partes independentes; e (c) a justificativa do fundamento econômico do ágio estava baseado em Laudo de

Avaliação preparado por empresa especializada, que nem sequer foi questionado pela D. Fiscalização;

- o ágio pago pela Korcula está sendo amortizado fiscalmente com base no benefício fiscal estabelecido pela Lei 9.532/97;
- a causa do negócio jurídico discutido no presente processo administrativo foi a aquisição, pela Korcula, da totalidade das quotas da Requerente. A amortização fiscal decorrente desse negócio jurídico é mera consequência, mera motivação fiscal lícita, prevista expressamente na legislação em vigor; e
- a utilização da Korcula na operação não fez com que surgisse novo ágio e não gerou o reconhecimento de ágio em maior valor do que seria reconhecido caso ela não existisse. O ágio, no caso concreto, surgiu da diferença entre o preço pago e o valor de patrimônio líquido do investimento adquirido. Caso a aquisição tivesse sido feita pela Brepa ou pelo Carrefour Brasil, o ágio teria sido exatamente o mesmo; e
- a Korcula desempenhou função relevante na estrutura de aquisição, não figurando como mera empresa de passagem: recebeu aumento de capital, tomou empréstimo, renegociou empréstimo com novo credor, adquiriu participações societárias na Requerente de duas pessoas jurídicas e uma física sem qualquer ligação ao seu grupo econômico e, ao final, foi incorporada pela Requerente.

Frise-se que, em diversos dos casos julgado pelo CARF, todos decididos em favor do contribuinte, as sociedades holdings nem haviam sido as adquirentes originais dos investimentos em questão, tendo recebido tais investimentos por meio de contribuições em aumento de capital.

No presente caso, a sociedade Korcula foi a efetiva adquirente das quotas da Requerente, para todos os fins legais, conforme comprovam os documentos anexados à presente Impugnação. Ainda mais importante, foi a própria Korcula que incorreu no preço de aquisição do novo investimento.

Assim, a operação de aquisição das quotas da Requerente pela Korcula, com mais razão ainda que nos casos mencionados acima, deve autorizar a amortização fiscal do ágio pela Requerente, nos exatos termos da legislação em vigor e da atual jurisprudência do CARF.

Portanto, mesmo que a Korcula pudesse ser caracterizada como uma suposta “*empresa-veículo*” na operação ora discutida, o que se admite apenas para argumentar, essa caracterização não teria o condão de invalidar a estrutura de aquisição nem seus efeitos fiscais, como equivocadamente pretende a D. Fiscalização.

A utilização da Korcula pelo Grupo Carrefour não trouxe vantagens ou benefícios fiscais superiores àqueles a que a Requerente teria direito. A aquisição da Requerente pelo Grupo Carrefour no Brasil, seguida da incorporação da adquirente na Requerente, não gerou para as partes qualquer benefício fiscal artificial ou a que elas não tivessem o devido direito.

Este caso, portanto, jamais pode ser visto como qualquer forma de “*planejamento tributário abusivo*”, mas sim, e meramente, como a adoção de uma opção legalmente disponível no ordenamento jurídico Brasileiro para a estruturação da mesma operação, sem nenhum prejuízo para o fisco Brasileiro. Diferentemente dos chamados “*planejamentos tributários*”, nas opções fiscais, o contribuinte não se

aproveita de nenhuma lacuna da lei ou da construção de diversos dispositivos para se contornar uma regra proibitiva. Diante de regra legal expressa, e sem jamais alterar a essência econômica de seus atos, o contribuinte opta por um caminho plenamente regulado para estruturar suas operações conforme lhe pareça mais conveniente do ponto de vista negocial e empresarial, com possíveis consequências fiscais, como foi o caso destes autos.

Por tudo isso, resta demonstrada a completa insubsistência das alegações feitas pela D. Fiscalização em relação à suposta ocorrência de fraude, assim como o absoluto descabimento da acusação de a Korcula ser considerada como uma suposta “empresa veículo” ilegítima no presente caso.

Cabe ainda tecer breves comentários acerca dos precedentes do antigo Conselho de Contribuintes mencionados pela D. Fiscalização no Termo de Verificação Fiscal, a fim de tentar fundamentar essa improcedente autuação. Isso é importante porque nenhum dos precedentes mencionados é aplicável ao caso em exame no presente processo administrativo.

O Acórdão 103-23.290, que até envolve sociedades do grupo Carrefour no Brasil, nem trata de questão de amortização fiscal de ágio. Nele, o que estava em discussão era a possibilidade de computar o ágio pela investidora em seu custo de aquisição, para fins de apuração de ganho de capital decorrente da alienação de estabelecimentos comerciais. Portanto, trata-se de caso substancialmente diverso.

O Acórdão 101-95.537 também não trata de amortização fiscal de ágio. Ele analisou uma operação que ficou conhecida no mercado como "casa e separa", em que, visando afastar a tributação sobre ganho de capital na alienação direta de investimento, é admitido novo sócio na empresa a ser adquirida (mediante subscrição de ações com pagamento de ágio), com a posterior retirada do sócio antigo, que leva os valores monetários envolvidos na transação (enquanto o novo sócio permanece com as ações que originalmente pretendia adquirir). É caso de apuração de ganho de capital e que, de forma alguma pode ser confundido com os fatos do presente processo administrativo.

O Acórdão 101-96.724, embora envolva julgamento de amortização fiscal de ágio, apresenta premissas fáticas completamente diversas. Nele, o contribuinte passou a amortizar fiscalmente um ágio decorrente da contribuição em aumento de capital de uma sociedade holding pura.

Além disso, ainda que os precedentes trazidos pelos autuantes fossem aplicáveis, o que se admite apenas para argumentar, ficou claro que a atual jurisprudência do Carf é completamente favorável às operações efetuadas pelo grupo Carrefour.

f) A operação de incorporação às avessas e o direito de amortização fiscal do ágio gerado

É equivocada a premissa adotada pela fiscalização, segundo a qual a amortização de ágio teria sido indevida porque a incorporação teria sido realizada de forma invertida. A amortização fiscal do ágio é possível no presente caso devido à existência de expressa previsão legal, e constitui posição validada igualmente pela doutrina e pela jurisprudência administrativa.

O artigo 7º da Lei 9.532/97 determina que a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, na qual detenha participação

societária adquirida com ágio justificado com base na rentabilidade futura da empresa adquirida poderá amortizar o valor de referido ágio.

A Exposição de Motivos da Lei 9.532/97 deixa claro que se pretendeu eliminar benefício fiscal existente antes da publicação desta norma e não introduzir um novo benefício fiscal. Logo, não há qualquer restrição determinando que a incorporadora deveria deter participação societária na incorporada. Ao contrário, para dirimir eventuais dúvidas de interpretação é que o legislador introduziu o artigo 8º na mesma Lei.

O artigo 8º estabelece expressamente que o tratamento previsto no artigo 7º da Lei 9.532/97 também é aplicável quando a empresa incorporada for aquela que detinha a propriedade da participação societária, ou seja, que o mesmo tratamento é aplicável quando a controlada (adquirida) incorpora a controladora (adquirente).

A doutrina deixa claro que o importante é a unificação dos patrimônios das sociedades envolvidas na operação (a adquirente e a adquirida), não a ordem da incorporação. Em abono da afirmação, cita-se passagem atribuída a Ricardo Mariz de Oliveira. No texto citado, o autor sustenta a irrelevância da direção da incorporação, ou seja, de quem seja a incorporadora e de quem seja a incorporada, a controladora ou controlada, pois o que importa é que ocorra a união de seus patrimônios.

As regras relativas à amortização fiscal do ágio não têm a abrangência estrita que fiscalização tenta lhe emprestar. As operações em exame estão acolhidas pelas disposições dos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97 (reproduzidos nos artigos 385 e 386 do RIR/99). A premissa adotada pela fiscalização, no sentido de que a operação de incorporação de controladora pela controlada não possui o condão de autorizar a amortização do ágio, é manifestamente equivocada e não pode prosperar.

A impugnante ilustra sua argumentação com a citação de precedentes atribuídos ao CARF.

[...]

A solução do caso da requerente é muito mais simples, uma vez que o artigo 8º da Lei nº 9.532/97 permite expressamente a amortização do ágio pela incorporadora inclusive na situação em que a incorporada é a investidora.

A própria jurisprudência administrativa de primeira instância também tem adotado o mesmo entendimento, conforme precedentes transcritos na impugnação.

Dessa forma, fica comprovado o entendimento exposto pela requerente, o que, mais uma vez, demonstra a flagrante improcedência das alegações trazidas pelo fisco.

g) A estrutura definida pelo Grupo Econômico estrangeiro, quando legítima, não deve ser questionada pela D. Fiscalização

As estruturas de capital feitas por investidores estrangeiros, quando legítimas e revestidas de propósitos negociais, não devem ser questionadas pela D. Fiscalização, pois estão dentro dos limites da atuação da empresa privada e da liberdade econômica.

Por esse motivo, a pretensão da D. Fiscalização de desconsiderar a existência da Korcula e, via de consequência, desconsiderar a estrutura de investimento implementada pelo grupo econômico estrangeiro, viola frontalmente o disposto na Constituição Federal de 1988, no que diz respeito aos princípios gerais da atividade econômica (artigo 170 e seguintes da Carta Magna) e a não discriminação do capital

estrangeiro, reforçada pela revogação do artigo 171 da CF/88 pela Emenda Constitucional nº 6/95.

A esse respeito, a Requerente também destaca que este E. CARF já se posicionou no sentido de que a constituição de uma holding brasileira, por investidor estrangeiro, para efetuar a aquisição de participação societária com ágio, não representa conduta simulada ou artificial. Desse modo, foi aceita a amortização fiscal do ágio após a incorporação da sociedade holding brasileira na empresa adquirida, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97. Confirma-se o entendimento proferido no Caso Multiplan (Acórdão nº 1302-001.150):

[...]

Como se pode notar, a semelhança da operação objeto do Acórdão nº 1302-001.150 com a operação em análise nos presentes autos é evidente: em ambos os casos há o aporte de capital feito por investidor estrangeiro em investida brasileira (qualificada pelas autoridades fiscais como “empresa-veículo”), visando à aquisição de participação societária com ágio em outra empresa. Após a aquisição, a sociedade adquirida incorpora a investidora e passa a amortizar o ágio fiscalmente, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97.

No Caso Multiplan, o E. CARF considerou como legítima a amortização fiscal do ágio reconhecido pela sociedade adquirente domiciliada no Brasil após a incorporação desta pela sociedade adquirida. Caso o mesmo entendimento do Caso Multiplan fosse aplicado no presente caso, não há dúvidas de que a incorporação da Korcula pela Requerente seria considerada como operação legítima e apta a permitir a amortização fiscal do ágio reconhecido.

No mesmo sentido, a Requerente também destaca o Acórdão nº 1302-001.182 (Caso Dufry), o qual analisou fatos muito semelhantes aos envolvidos no presente processo administrativo. No caso, o I. Conselheiro Alberto Pinto Souza Júnior confirmou a legitimidade da amortização fiscal do ágio levada a efeito pelo contribuinte, que envolvia aporte de capital efetuado por controlador estrangeiro em empresa holding brasileira, a qual adquiriu ações de outra empresa com ágio e, a seguir, foi incorporada pela sua investida. Confirma-se:

[...]

No Caso Dufry, a sociedade classificada como “empresa-veículo” pelas autoridades fiscais teve duração efêmera, tendo realizado apenas a aquisição, com ágio, da sociedade-alvo. Confirma-se trechos referentes aos fatos do referido caso:

[...]

Dos trechos transcritos acima do Caso Dufry, é importante destacar que a sociedade holding brasileira classificada pelas autoridades fiscais como “empresa-veículo” também havia recebido aporte de capital e tomado empréstimo para efetuar a aquisição de empresa brasileira com ágio. E esse ágio também passou a ser amortizado fiscalmente após a incorporação da suposta “empresa-veículo” pela sociedade adquirida.

Prevaleceu no Caso Dufry o entendimento de que não há qualquer ilícito na estrutura em que um Grupo econômico estrangeiro aporta capital em uma sociedade domiciliada no Brasil para que essa sociedade adquira participação societária com ágio e, em seguida, seja incorporada pela empresa adquirida. Frise-se: desde que o

ágio tenha sido pago em transação legítima realizada entre partes independentes, a sua amortização fiscal está de acordo com os artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97.

Portanto, não resta dúvidas de que a estrutura de aquisição da Requerente implementada pelo Grupo Carrefour é absolutamente legítima e revestida de propósitos negociais, de modo que não cabe à D. Fiscalização questionar tais procedimentos.

DIREITO – A DEDUÇÃO DE DESPESAS FINANCEIRAS

a) Considerações preliminares

Antes de mais nada, a Requerente entende por oportuno esclarecer que os presentes fatos e a dedução das despesas financeiras incorridas pela Requerente em função da estrutura de aquisição implementada pelo Grupo Carrefour já foram objeto de análise pelo E. CARF, que formalizou o seu entendimento por meio do Acórdão CARF nº 1402-002.119.

Naquela oportunidade, o Conselho decidiu ser necessária a dívida contraída pela Korcula junto ao Banco BNP Paribas no contexto da estrutura de aquisição da Requerente e, por isso, reconheceu o direito à dedutibilidade das suas correspondentes despesas financeiras. Portanto, a Requerente entende por certo que a presente autuação deve ser cancelada, no mínimo, em relação à glosa das despesas financeiras, uma vez que já foi expressamente reconhecido o direito à dedutibilidade pela sociedade.

A estrutura de aquisição da totalidade do capital da Requerente pelo Grupo Carrefour no Brasil, com a utilização da Korcula e a tomada de dívida relevante em relação ao preço total pago aos vendedores, é comum e normal no contexto de investimentos e aquisições de empresas. Essa prática ficou conhecida no mercado como “compra alavancada”, ou, no inglês, “*leveraged buyout*” (LBO), e se tornou popular a partir da década de 1980.

A compra alavancada consiste em transação em que o investidor adquire o controle societário de determinada empresa e uma parcela significativa do preço incorrido é financiada por meio de dívida tomada pelo comprador. A estratégia da compra alavancada geralmente consiste na criação de empresa específica que, com determinada parcela de capital próprio, toma dívida em valor relevante para realizar o investimento e, após a aquisição, o veículo e a empresa-alvo são fundidas em uma só empresa, de forma que a empresa adquirida acaba por assumir a dívida tomada pelo investidor. É prática conhecida no mercado, usual e normal no contexto de aquisição de empresas.

O autor LAWRENCE J. GITMAN, em seu livro clássico de finanças corporativas denominado “Princípios de Administração Financeira”, esclarece o conceito de compra alavancada, indicando também as características principais que uma empresa deve ter para ser considerada como “candidata” nesse tipo de estrutura:

[...]

Portanto, a estrutura de aquisição adotada pelo Grupo Carrefour para adquirir a Requerente consistiu em estrutura usual e normal no contexto de aquisições de empresas. Não consistiu em qualquer estrutura abusiva ou mesmo “estranha” ao tipo de negócio que se pretendia implementar.

Adicionalmente, a Requerente destaca que a operação de tomada de dívida pela Korcula, a fim de efetuar a aquisição da totalidade do seu capital, apresentou as seguintes características:

- a dívida tomada pela Korcula frente ao Carrefour BV existiu e foi devidamente comprovada pela Requerente, de forma que a D. Fiscalização em nenhum momento lança dúvidas quanto à sua existência e comprovação;
- a dívida tomada pela Korcula frente ao BNP Paribas, para quitar a dívida original tomada frente ao Carrefour BV e, posteriormente, assumida pela Requerente por decorrência da incorporação, também existiu e foi devidamente comprovada pela Requerente. A D. Fiscalização também não lançou qualquer dúvida em relação à existência e comprovação da dívida final tomada pela Korcula;
- ao contrário do que pretende fazer crer a D. Fiscalização, a dívida final assumida pela Korcula e assumida pela Requerente não foi com o Carrefour BV. A dívida final e efetiva no âmbito da aquisição foi tomada com terceiro, parte não relacionada à Korcula ou à Requerente;
- as despesas financeiras incorridas pela Requerente também existiram e foram devidamente comprovadas, sem qualquer contestação das D.D. Autoridades Fiscais quanto a esse ponto;
- a aquisição da totalidade do capital da Requerente pela Korcula existiu e foi devidamente comprovada. Ou seja, o motivo principal que justificou a tomada da dívida pela Korcula era verdadeiro, lícito e, na realidade dos fatos, foi efetivamente realizado. Não há qualquer contestação da D. Fiscalização quanto à existência e comprovação da aquisição do capital da Requerente pela Korcula, de forma que o motivo apresentado para justificar a dívida tomada consiste em motivo real e verdadeiro; e
- o empréstimo tomado pela Korcula não foi, em nenhum momento, repassado a pessoas a ela ligada com cobrança de juros menores do que aqueles contratados quando da tomada da dívida. A dívida em questão, frente a parte não relacionada (BNP Paribas), foi assumida pela Requerente por decorrência de obrigação legal, tendo em vista a extinção da Korcula após a incorporação societária envolvendo as duas empresas.

A Korcula precisou tomar a dívida para ter os recursos necessários para adquirir o novo investimento, sendo este endividamento necessário para a consecução do seu objetivo. Essas são as características da operação de tomada de dívida pela Korcula, efetuada no âmbito da aquisição da Requerente, e que representam as premissas que devem ser adotadas para fins do julgamento da legitimidade da dedução das despesas financeiras incorridas pela Requerente. Como ficará claro adiante, essas despesas eram necessárias tanto à Korcula quanto à Requerente. Também ficará demonstrado que a dedução das despesas financeiras pela Requerente não afrontou qualquer dos limites possivelmente aplicáveis ao caso sob análise nesse processo administrativo.

b) As regras gerais para dedutibilidade de despesas

Nos termos da legislação tributária, exceto em algumas situações específicas, toda a despesa incorrida pela pessoa jurídica - ou toda a despesa assumida - para aquisição de bens, serviços ou utilidades deve ser considerada como dedutível da

base de cálculo do IRPJ e da CSLL, desde que incorrida com o propósito de manter em funcionamento a fonte produtora dos rendimentos.

As regras gerais que condicionam a dedutibilidade de determinada despesa se encontram no artigo 47 da Lei 4.506, de 30.11.1964, base legal do artigo 299 do RIR 1999. Somente serão admitidas como dedutíveis as despesas consideradas necessárias, usuais e normais à anuência da atividade econômica da pessoa jurídica. Adicionalmente, para serem admitidas como dedutíveis, as despesas devem estar efetivamente suportadas por documentação idônea e hábil a comprovar a natureza do desembolso realizado pela empresa e sua vinculação à fonte produtora dos rendimentos.

O Parecer Normativo CST nº 32, de 17.8.1981, esclarece que despesa necessária é aquela essencial às transações exigidas para a exploração das atividades, principais ou acessórias, da sociedade que estejam vinculadas à continuidade da fonte produtora dos rendimentos. Por sua vez, despesa normal seria aquela cujo valor se verifica comumente no tipo de operação ou transação efetuada e que, na realização do negócio, se apresenta de forma costumeira ou ordinária. Por fim, despesa usual seria aquela habitual para o tipo de negócio de que se trata.

O requisito da necessidade é mais importante para autorizar a dedutibilidade de determinada despesa. Como consequência disso, pode-se afirmar que despesa dedutível é toda aquela feita no interesse da pessoa jurídica, ou seja, toda a despesa que traz benefícios à sua atividade.

Também devem ser consideradas como necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações e operações exigidas pela atividade da empresa, ainda que não tenham ligação direta com a fonte material de produção de suas receitas.

Os contribuintes têm liberdade de escolha sobre os bens e serviços que pretendem adquirir no desempenho de sua atividade econômica. O CARF, no Acórdão 107-09.419, de 25.6.2008, levou em consideração a liberdade e discricionariedade dos administradores das empresas ao afastar a glosa fiscal de despesas.

Como se nota nos precedentes do CARF citados, em decorrência da garantia de liberdade de escolha, as autoridades fiscais não têm o direito de contestar as despesas incorridas pelas pessoas jurídicas com base em meros juízos de valor. Por isso, as autoridades fiscais podem glosar somente as despesas incorridas pelas pessoas jurídicas quando estas configuram meros atos de liberalidade do contribuinte. Ou seja, quando a pessoa jurídica incorre em despesas que não lhe trazem benefícios e foram tomadas por sua própria opção. Os atos de liberalidade são os atos efetuados pelos contribuintes de forma graciosa, por sua própria opção, sem resultar em qualquer benefício às pessoas jurídicas.

De uma forma geral, salvo disposição expressa em contrário, as despesas com juros e variação cambial derivadas de empréstimos tomados pelas pessoas jurídicas são consideradas como necessárias e, portanto, dedutíveis. As despesas de juros de empréstimos incorridas pelas pessoas jurídicas são dedutíveis sob o pressuposto de que são tomadas em seu benefício e estão vinculadas aos objetivos empresariais da pessoa jurídica.

Essa pressuposição está relacionada à premissa de que é atribuição do administrador da empresa a decisão de custear as operações da sociedade por meio de recursos próprios ou de terceiros, seara na qual não cabe ingerência das autoridades fiscais.

Por isso, o artigo 17, parágrafo único, do Decreto-lei 1.598/77, estabelece que os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte serão dedutíveis como custo ou despesa operacional. A legislação estabelece que as despesas de juros são dedutíveis e impõe limites apenas quanto ao período em que tais despesas poderão ser apropriadas pelos contribuintes em casos específicos.

Ainda quanto a essa questão, e mais diretamente relacionado ao caso em análise, o artigo 31 da Lei 11.727/08 estabelece regime tributário específico para as despesas financeiras vinculadas à aquisição de investimentos por sociedades *holdings*. Essa norma reforça que as despesas de juros incorridas pelas sociedades *holdings*, em decorrência de empréstimos tomados para financiamento de investimentos em outras sociedades, serão dedutíveis para fins fiscais. Ainda, referido dispositivo estabelece a possibilidade de a sociedade holding diferir a dedução dessas despesas de juros para o momento em que ocorrer a eventual alienação ou liquidação de investimentos adquiridos, a fim de evitar a formação de prejuízos fiscais cuja compensação é limitada pela trava de 30% estabelecida pela legislação tributária.

Fica inequívoca a possibilidade de a requerente deduzir as despesas financeiras assumidas após a incorporação da Korcula. Além do artigo 17, parágrafo único, do Decreto-lei 1.598/77, também o artigo 31 da Lei 11.727/08 estabelece a possibilidade de dedução das despesas financeiras.

A dedução das despesas financeiras incorridas pela requerente também não afrontou os limites historicamente determinados pela jurisprudência do antigo Conselho de Contribuintes, atual CARF. Apesar de a legislação tributária presumir que as despesas de juros incorridas pelas sociedades são dedutíveis para fins fiscais, a jurisprudência administrativa, há muito tempo, estabelece dois limites a essa dedutibilidade: os juros dos empréstimos devem ser devidamente comprovados pelo contribuinte; e o empréstimo tomado pela empresa não pode ser repassado à pessoa a ela ligada com cobrança de juros menores do que aqueles incidentes na tomada do empréstimo original.

O primeiro desses limites é decorrência da própria obrigação de ter a dedução de despesas suportadas por documentação hábil e idônea.

O segundo limite diz respeito à hipótese em que a sociedade capta empréstimo e repassa esses valores a empresa ligada com encargos de juros menores do que aqueles incidentes na captação original do empréstimo. Nessa hipótese específica, a jurisprudência administrativa entende que a diferença da taxa de juros na captação e no repasse não seria dedutível para a pessoa jurídica repassadora dos valores, por considerar que o excesso das despesas financeiras não seria necessário à sua atividade.

Na operação em análise nesse processo administrativo, não houve a configuração de nenhuma dessas hipóteses limitadoras estabelecidas pela jurisprudência administrativa. Na operação em análise no presente processo administrativo (i) a dívida e os juros incorridos foram devidamente comprovados pela Requerente, sem qualquer questionamento da D. Fiscalização nesse ponto; e (ii) os valores captados via empréstimo não foram transferidos a pessoas ligadas, muito menos com cobrança de juros menores, hipótese que também nem foi suscitada pela D. Fiscalização na lavratura do Auto de Infração ora impugnado. Portanto, nota-se que a dedução dos juros incorridos pela Requerente está em completa consonância com o que estabelece a legislação tributária e a atual jurisprudência do CARF.

Na seqüência, discorreu sobre a improcedência das alegações da Fiscalização, em relação à dedutibilidade das despesas financeiras.

A primeira alegação da fiscalização é que a totalidade dos recursos financeiros utilizados para a aquisição teria a mesma origem (a Carrefour BV). Com base nisso, a fiscalização alega que o empréstimo teria servido apenas para gerar despesas financeiras na requerente, o que não ocorreria caso a totalidade dos recursos financeiros tivesse sido aportado via aumento de capital da Korcula.

Ora, essa alegação não possui base legal. Ainda pior, essa alegação afronta as próprias regras válidas à época relativas à dedutibilidade de despesas financeiras incorridas frente a pessoas ligadas domiciliadas no exterior.

Em primeiro lugar, se equivoca a fiscalização. Ainda que a dívida original tenha sido contratada com parte relacionada no exterior (a Carrefour BV), no final da operação, a dívida foi tomada com terceiro (o BNP Paribas). Aliás, no momento da incorporação da Korcula, a dívida original já havia sido quitada, de forma que a requerente assumiu diretamente uma dívida com terceiro não relacionado (o BNP Paribas).

Enquanto o empréstimo entre Korcula e Carrefour BV não foi quitado, não houve nenhuma despesa de juros que pudesse reduzir efetivamente o lucro tributável. Essas despesas de juros foram reconhecidas pela Korcula por competência e formaram saldo de prejuízo fiscal da sociedade. No entanto, esse saldo de prejuízo fiscal foi perdido no momento da incorporação da sociedade ao patrimônio da requerente (por conta da vedação estabelecida pelo artigo 514 do IR 1999), sem produzir efeito fiscal. A dedução dos juros do empréstimo, com efetivos efeitos fiscais, só passou a ocorrer após a incorporação da Korcula, momento em que a dívida registrada consistia em dívida com terceiros (o BNP Paribas).

A alegação de que a parte aportada pelo Carrefour BV na Korcula como empréstimo poderia ter sido feita via aumento de capital não corresponde à realidade dos fatos.

Não obstante, caso a realidade dos fatos pudesse ser desconsiderada no presente caso, o que se admite apenas para argumentar, ainda assim, as alegações fiscais não seriam procedentes. A opção da controladora em financiar a aquisição da requerente por empréstimo, em vez de aumento de capital, é ato completamente normal à gestão de atividades empresariais. Foi opção que é induzida pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro.

Á época dos fatos, a possibilidade de celebração de empréstimo entre controladora e controlada, além de não ser vedada pela legislação tributária (tal como ainda não é), era regulada de forma expressa pela Lei 9.430, de 1996. Quando da tomada da dívida pela Korcula, seu artigo 22 da Lei 9.430, de 1996 impunha expressamente limites à dedução de despesas com juros de empréstimos devidos a pessoas consideradas como vinculadas no exterior. Para os contratos que não se encontravam registrados no BACEN, as despesas com juros não podiam exceder à resultante da taxa *libor* para depósitos em dólares por 6 meses, acrescida de 3% a título de *spread*.

Caso fosse considerado que a dívida foi efetivamente tomada do Carrefour BV, a dedução das despesas de juros incorridas no caso em exame só estariam sujeitas aos limites impostos pelas regras de preços de transferência (Lei 9.430, de 1996).

Se a operação foi completamente efetuada de acordo com as regras que vigoravam à aquela época, não poderia a fiscalização exigir ou obrigar que a

Korcula ou a requerente adotassem a prática que elas entendem que resultaria em maior pagamento de tributo.

O questionamento fiscal também não se sustenta se for considerado que, embora o empréstimo resulte em despesas dedutíveis para a pessoa jurídica tomadora dos recursos, os juros pagos em favor da sociedade mutuante estão sujeitos à incidência do imposto sobre a renda retido na fonte. No caso do aumento de capital, ainda que os dividendos não possam ser deduzidos pela investida, eles também não estão sujeitos a qualquer tributação no momento de pagamento aos sócios da empresa (artigo 10 da Lei 9.249, de 1995).

À época dos fatos, o Brasil não coibia a subcapitalização (ou *thin capitalization*), caracterizada quando o capital social de uma empresa é irrelevante se comparado com o passivo mantido frente aos seus sócios. Naquela época, muitos países já adotavam as regras de subcapitalização e estabeleciam os coeficientes acima dos quais o endividamento com os sócios seria considerado como capital para fins tributários.

No entanto, ao que tudo indica, o Brasil preferia apenas adotar formas de remunerar o capital próprio, equiparando-o ao de terceiros para fins tributários, em vez de coibir a subcapitalização. É exatamente por isso que foi instituída a figura dos JCP (vigente a partir do ano-calendário de 1995) e o efeito que decorria da aplicação da correção monetária de balanço (vigente até o ano-calendário de 1995).

Apenas a partir de 15.12.2009, com a edição da Medida Provisória nº 472, de 2009 é que o ordenamento jurídico brasileiro passou a prever regras para coibir a subcapitalização. A finalidade dessas normas, introduzidas apenas após os fatos analisados no presente processo administrativo, era justamente controlar o endividamento abusivo das empresas brasileiras e evitar a geração artificial de juros.

Não há dúvidas de que os recursos financeiros tomados pela Korcula foram empregados na aquisição da totalidade do capital da Requerente, negócio lícito e que trouxe efetivos benefícios econômicos ao Grupo Carrefour no Brasil. A Korcula foi a efetiva beneficiária dos valores aportados via dívida e empregou tais valores em transação real e comprovada, extremamente relevante para a estratégia do Grupo Carrefour no Brasil. O objetivo maior de toda a operação foi efetivamente alcançado no presente caso: o Grupo Carrefour no Brasil efetivamente adquiriu a totalidade do capital da Requerente.

Prosseguindo, teceu considerações sobre a necessidade das despesas financeiras incorridas pela Requerente.

A fiscalização questiona a necessidade de tais despesas, pelo fato de que, além de considerar empréstimo como um ato de liberalidade da Carrefour BV (a sociedade holandesa), considerou que a dívida foi tomada para financiar a própria aquisição da requerente.

A opção por empréstimo, em vez de aumento de capital, é colocada à disposição pelo ordenamento jurídico brasileiro. Esta opção cabe única e exclusivamente aos administradores da sociedade, e não fica sujeita a juízo de valor das autoridades fiscais. Portanto, em nenhuma hipótese, a operação de empréstimo poderia ser considerada um ato de liberalidade da controladora estrangeira, até porque a Carrefour BV tinha motivos empresariais para financiar parte da aquisição por via de empréstimo.

A aquisição de participações societárias é, sem dúvida alguma, transação necessária ao desempenho da atividade empresarial. A aquisição da requerente fazia parte da estratégia de crescimento do grupo Carrefour no País, além de ter sido realizada em momento sensível do mercado brasileiro (naquele momento, o grupo Carrefour se encontrava em terceiro lugar no ranking de faturamento do setor).

É inegável que a aquisição trouxe benefícios econômicos efetivos ao grupo, e foi até noticiada em importantes meios de comunicação especializados no assunto (doc. n° 33).

É também inquestionável que as despesas financeiras decorrentes de empréstimos tomados para aquisição de participações societárias configuram despesas necessárias às atividades de todas as pessoas jurídicas. As aquisições de participações societárias, com o crescimento dos investimentos das empresas, visam à conservação e o crescimento da fonte produtora. A possibilidade de a Korcula deduzir as despesas de juros decorre do próprio artigo 31 da Lei 11.727/08. Com o mesmo entendimento é a doutrina de Edmar Oliveira Andrade Filho, um trecho da qual é transcrita na impugnação.

O objeto social da Korcula, a tomadora original da dívida, consistia em participação em outras sociedades como sócia, acionista ou quotista, e administração de bens próprios.

O CARF, por diversas vezes, já manifestou o entendimento de que as despesas financeiras relacionadas a empréstimos tomados para adquirir participações societárias configuram despesas necessárias aos contribuintes. Em abono da afirmação, transcreve-se a ementa de dois acórdãos.

Se tais despesas financeiras seriam dedutíveis para a Korcula, não faz sentido que essas mesmas despesas financeiras sejam indedutíveis quando incorridas pela requerente.

As despesas foram incorridas pela requerente em simples decorrência da incorporação da Korcula. Dessa forma, essas despesas financeiras devem manter a mesma natureza jurídica que apresentavam antes da incorporação societária. Se tais despesas eram consideradas como despesas necessárias (e dedutíveis) à Korcula, não há dúvidas de que o requisito da necessidade continua inerente a esses dispêndios, ainda que incorridas pela sociedade incorporadora.

A requerente não incorreu nas despesas financeiras em questão por ato de liberalidade, mas em decorrência de obrigação legal. O artigo 1.116 do Código Civil de 2002, é expreso e mandatário ao estabelecer que a empresa que absorveu a outra, em uma incorporação societária, lhe sucede em todos os direitos e obrigações. Abona-se a afirmação com passagem atribuída a Maria Helena Diniz.

A incorporação nada mais é que um processo de sucessão. Na sucessão havida por incorporação, a sucedida se torna proprietária de todos os bens e direitos, assim como devedora de todos os passivos, da sucessora. Na incorporação, por conta da extinção da pessoa jurídica sucedida, a sucessão é universal, de forma a abranger todos os direitos e obrigações da pessoa jurídica incorporada. A requerente não tinha qualquer opção.

Na medida em que essas despesas financeiras eram dedutíveis para a pessoa jurídica incorporada, não há dúvidas de que elas devem também ser dedutíveis para a incorporadora.

As despesas financeiras incorridas pela requerente também trouxeram benefícios a ela própria. Como a dívida foi imprescindível para a operação de compra da requerente pela Korcula, é consequência lógica que a essa mesma dívida

foi necessária para a mudança do controle societário da requerente. Ou seja, a tomada da dívida fez com que o capital da requerente fosse transferido da família Lima, família Schmeil e do sr. Farid Curi ao grupo Carrefour.

Com a transferência das quotas do capital, a requerente passou a ser detida por grupo com sólida reputação não só no mercado brasileiro, mas também no mercado mundial. A requerente passou a ter gestão completamente profissionalizada, que geraram ganhos indispensáveis ao crescimento dos seus resultados financeiros.

É inegável que, a partir do momento em que a requerente passou a fazer parte do grupo Carrefour, as suas receitas tiveram crescimento constante, conforme se depreende do quadro constante da impugnação, elaborado com base nas demonstrações financeiras.

Ao fazer parte do grupo Carrefour, a marca da requerente também se tornou mais conhecida no Brasil e no mundo. Isso sem contar que, após a aquisição da Requerente, o grupo Carrefour passou a expandir a atividade da requerente, com inauguração de novas lojas, em novas localidades, até planejando levar as atividades exercidas pela requerente ao exterior.

A jurisprudência indicada para questionar a dedutibilidade das despesas financeiras não se aplica ao caso em exame.

O caso tem como pano de fundo uma operação em que o contribuinte autuado recebeu apenas recursos de sua controladora no exterior e que, sem que tivesse passado por suas contas bancárias, foram repassados a uma sociedade controlada no exterior. Tais recursos foram utilizados pela sociedade controlada do contribuinte autuado para adquirir participação societária de empresa domiciliada no Brasil.

Embora a essa autuação tenha tido fundamento parecido com o do presente processo administrativo, os fatos envolvidos possuem diferenças sensíveis. No caso discutido no presente processo administrativo: não houve qualquer questionamento quanto à veracidade do empréstimo; o empréstimo tomado pela Korcula foi, ao final da operação, tomado com terceiro não relacionado; e os valores tomados pela Korcula não foram, em momento algum, repassados por ela a pessoas ligadas.

Diante de todo o exposto, demonstrou-se a legitimidade da dedução das despesas financeiras. Portanto, o questionamento deve ser integralmente afastado.

DIREITO – A DEDUÇÃO DAS DESPESAS DOS JCP DISTRIBUÍDOS

O questionamento fiscal não tem nenhum efeito prático. Mesmo que a distribuição de JCP tivesse sido feita de forma proporcional ao capital social, os valores que seriam dedutíveis pela sociedade seriam exatamente os mesmos. O fato não produz nenhum efeito fiscal adverso para fins de apuração de IRPJ e de CSLL.

O pagamento desproporcional de JCP só produziria efeitos fiscais prejudiciais ao fisco no nível dos sócios que deliberaram e auferiram a remuneração de JCP desproporcional. No entanto, a requerente configura mera distribuidora de JCP, e não beneficiária.

Portanto, preliminarmente, já fica demonstrada a completa improcedência da terceira infração imputada.

Os JCP são disciplinados pela Lei nº 9.249, de 26.12.1995 e pela Lei 9.430/96. De acordo com tais dispositivos legais, o JCP é calculado sobre as contas

de patrimônio líquido, sendo limitado à variação pro rata dia da Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP).

O efetivo pagamento ou crédito do JCP está condicionado à existência de lucros, computados antes da dedução dos juros, ou de lucros acumulados e reserva de lucros, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados. Adicionalmente, o valor do JCP pago ou creditado pela pessoa jurídica poderá ser imputado ao valor do dividendo obrigatório. O cálculo do montante dos JCP é efetuado mediante aplicação da TJLP sobre os valores das contas do patrimônio líquido, com os ajustes devidos.

Os aspectos societários do pagamento de JCP levam importante corrente da doutrina a considerar que a natureza jurídica dos JCP é equiparável à dos dividendos, hipótese em que o artigo 9º da Lei 9.249/95 teria meramente instituído tratamento fiscal específico para o pagamento de tais valores. Abona-se o argumento com a citação de passagens atribuída a Modesto Carvalhosa e a Bulhões Pedreira, assim como precedente de decisão judicial atribuída ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Essa também é a posição da Comissão de Valores Mobiliários, contida na Deliberação nº 207, de 13.12.1996, segundo a qual, para fins societários e contábeis, os JCP têm natureza de dividendos. Nos termos dessa deliberação, a remuneração do capital próprio, paga ou creditada aos acionistas configura distribuição de resultado e não despesa, deve ser contabilizada diretamente à conta de lucros acumulados (sem afetar o resultado do exercício), deve ser detalhadamente descrita em notas explicativas às demonstrações financeiras e às informações trimestrais.

Tanto é assim que, para corroborar tal posicionamento, prevê a Deliberação CVM 207/96 que os JCP pagos aos acionistas devem ser imputados como dividendo mínimo obrigatório pelo valor líquido do IRF. Segundo a Comissão de Valores Mobiliários, ao considerar apenas o juro líquido recebido, a intenção é justamente evitar que o acionista receba menos do que o dividendo mínimo obrigatório assegurado pela lei societária.

Por essa razão, a equiparação dos JCP à distribuição de lucros não afronta qualquer dispositivo legal, e, conseqüentemente, as pessoas jurídicas têm a liberdade para destinar ao pagamento dos JCP o mesmo tratamento contábil e jurídico destinado à distribuição de dividendos a seus acionistas e atualmente previsto no Código Civil de 2002 e na Lei das S.A.

O artigo 1.007 do Código Civil de 2002 expressamente dispõe que os sócios podem optar pela distribuição desproporcional de lucros, tal como passou a prever, em dezembro de 2009 o artigo 9º do contrato social da requerente. Essa faculdade da requerente é ainda reforçada pelo fato de que ela possui a natureza de sociedade limitada, de forma que prevalece o princípio da autonomia da vontade dos seus sócios.

Aplicando-se as regras das sociedades simples às sociedades limitadas, também se mostra plenamente possível a distribuição desproporcional de lucros em razão do que dispõem os artigos 997, inciso VIII, e artigo 1.054 do Código Civil de 2002.

À luz da natureza jurídica dos JCP (análoga à dos dividendos), é plenamente possível a sua distribuição de forma desproporcional com base no Código Civil de 2002 e com base na própria vontade dos seus sócios (manifestada por meio do seu contrato social).

Essa possibilidade fica ainda mais evidente quando se verifica que a distribuição desproporcional de JCP não ocasiona qualquer efeito fiscal adverso para

a sociedade que distribui tais valores aos seus sócios. Não só o valor deduzido da base de cálculo do IRPJ e da CSLL apurados pela sociedade seria exatamente o mesmo, como também, da mesma forma, os valores de JCP distribuídos continuam sujeitos à incidência do IRF no mesmo montante, ainda que pagos de forma desproporcional.

A terceira infração também deve ser afastada tendo em vista que as autoridades fiscais se equivocaram em seus fundamentos.

Por fim, qualquer tentativa de invalidar o valor do patrimônio líquido da requerente (utilizado como base para distribuição de JCP) não merece prosperar, na medida em que a incorporação da Korcula ao seu patrimônio (bem como a geração do ágio pago e reconhecido pela Korcula no momento da aquisição) preencheu todos os requisitos estabelecidos na legislação societária e fiscal.

Ainda que não se admita que o pagamento de JCP possui a mesma natureza de uma distribuição de dividendos, deve-se destacar que o pagamento desproporcional de JCP não deve gerar qualquer efeito adverso para fins de dedutibilidade dos valores para a sociedade que os distribui. Isso porque caso se entenda por essa tributação do “excesso” de JCP, o fato é que esse excesso será tratado como receita ordinária do beneficiário, não mais sujeito à alíquota fixa de 15% (distribuição de JCP). Portanto, mesmo que se desconsidere o pagamento desproporcional de JCP feito pela Requerente, a verdade é que o “excesso” continuará sendo para ela uma despesa dedutível. Apenas os beneficiários que seriam afetados por essa desconsideração, uma vez que não mais seria aplicável a eles a alíquota de 15% sobre os rendimentos auferidos.

O entendimento acima mencionado deixa claro que, caso a distribuição de JCP de forma desproporcional seja considerada como inválida, essa distribuição não teria qualquer efeito para fins da dedução fiscal na sociedade distribuidora. Muito pelo contrário, por considerar o “excesso” como rendimento ordinário do beneficiário dos JCP, não há dúvidas de que o “excesso” deve ser considerado como despesa dedutível para a Requerente no presente caso.

A INADEQUAÇÃO DAS MULTAS APLICADAS

a) O descabimento da multa qualificada

Ainda que fosse admitida a exigência do principal, não poderia ser aplicada a multa qualificada de 150%, pois não ocorreu nenhuma conduta simulada, dolosa ou fraudulenta. É pacífico o entendimento da doutrina, bem como da atual jurisprudência administrativa e judicial, de não cabe multa qualificada nesse caso.

Nos termos do artigo 44, §1º da Lei 9.430/96, com a redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11.488, de 2007, a aplicação de multa qualificada no valor de 150% da exigência principal somente pode ocorrer nas hipóteses descritas pelos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/64. Além disso, as autoridades fiscais devem trazer provas inequívocas da ocorrência desses vícios.

A fiscalização argumenta, com base em alegações genéricas, que as operações teriam sido fraudulentas, tendo em vista que a reestruturação societária promovida teve o objetivo de gerar despesas de amortização de ágio.

É imprescindível ressaltar que a fraude tem uma definição precisa. Apenas se ocorrida e comprovada da forma expressamente prevista na legislação, o que somente se dá em casos extremos, estaria autorizada a imposição de multa agravada

de 150%. O conceito de fraude se baseia essencialmente na prática de ato lesivo a interesses de terceiros. O sujeito que atua de forma fraudulenta é aquele que tem a clara intenção de frustrar regras e deveres legais.

A caracterização da fraude ainda depende da comprovação da intenção dolosa de mascarar ou disfarçar a ocorrência do fato gerador. Desse modo, a fraude à lei se constata nos casos em que o contribuinte se vale de meios muitas vezes ilícitos para evitar a tributação ou reduzir o montante devido, como ocorre nos casos de falsificação de documentos, declarações falsas, contabilização de notas fiscais em duplicidade etc.

No caso analisado, não se verifica a ocorrência de fraude à lei tributária, tampouco de abuso de direito ou simulação. Em momento algum a requerente pretendeu realizar atos societários para driblar as normas tributárias buscando a redução dos tributos devidos.

A jurisprudência administrativa é pacífica ao determinar que a fiscalização tem o ônus de comprovar, de forma inequívoca, o dolo na conduta do contribuinte para que seja aplicada a multa agravada. Tal é o entendimento já consolidado na Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme ementas transcritas na impugnação.

No presente caso, não existe qualquer espaço para a aplicação de multa qualificada. As operações praticadas pela Korcula, bem como as operações de incorporação da Korcula, foram reais, efetuadas com terceiros independentes, além de serem também devidamente registradas nos órgãos públicos competentes e contabilizadas nos livros fiscais e contábeis das sociedades envolvidas. Mais que tudo, tais operações tiveram razões empresariais e não tributárias legítimas para ocorrer.

Os elementos de prova aqui apresentados, analisados à luz das explicações anteriores, não permitem que se cogite de uma suspeita minimamente racional de fraude ou de qualquer tipo de conduta dolosa por parte da requerente. Então é lógico que não se pode falar em evidente intuito de fraude. O antigo Primeiro Conselho de Contribuintes chegou a editar a Súmula nº 14, segundo a qual a multa qualificada de 150% somente pode ser aplicada em caso de evidente intuito de fraude.

Tanto isso é verdade que o CARF, ao analisar os presentes fatos (Acórdão CARF nº 1402-002.119), decidiu pelo cancelamento da multa de ofício qualificada em relação às despesas de amortização de ágio, justamente pelo fato de que todas as operações em questão e o ágio gerado são absolutamente legítimos. Confirma-se o entendimento manifestado no voto do I. Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto:

[...]

Tem-se, no máximo, uma divergência no entendimento da legislação entre a Requerente e a D. Fiscalização, o que não pode em nenhuma hipótese gerar a aplicação de uma multa qualificada. Esse foi o entendimento manifestado pelo CARF ao analisar exatamente os presentes fatos.

É claro que este caso não é de simulação ou fraude, mas é interessante notar que, se para fins de argumentação, ele assim fosse considerado, a multa qualificada seria ainda assim inaplicável.

Além de registrar todos os seus atos nos estritos termos da legislação em vigor, a Requerente portou-se de forma exemplar durante a fase de fiscalização e disponibilizou todas as informações e documentos solicitados pela D. Fiscalização, sem jamais omitir ou ocultar qualquer coisa da D. Fiscalização. Vale ressaltar novamente o que ficou decidido no Caso Santander, acima citado, no sentido de que

se o contribuinte é transparente em seus atos e contribui com a fiscalização, apresentando também todos os lançamentos contábeis pertinentes, não se pode aplicar a multa de 150%.

Em recentes julgamentos envolvendo a dedução de valores de ágio originados de transações entre partes relacionadas (o que não é o caso ora tratado), o CARF também afastou a aplicação da multa qualificada de 150%:

[...]

Ora, se nos casos envolvendo amortização fiscal de ágio gerado entre partes relacionadas (o que, repita-se, não é o caso em exame no presente processo administrativo) a multa qualificada de 150% foi afastada, ainda com mais razão a penalidade deve ser reduzida nos casos envolvendo ágios gerados entre partes não relacionadas (tal como no presente caso).

Tal como exposto nesta Impugnação pela análise dos recentes casos julgados pelo CARF (Caso Santander, Caso Telemar e outros), as operações autuadas no presente processo administrativo estão sendo reconhecidas pela atual jurisprudência administrativa. Assim, não se pode argüir simulação, fraude ou dolo; quando muito se poderia falar em “erro de proibição”, pois, se é que havia qualquer ilicitude nas operações examinadas, o que se admite para argumentar, não havia ao menos conhecimento por parte da Requerente acerca dessa suposta ilicitude do negócio. É nesse sentido que tem decidido a jurisprudência administrativa:

[...]

O artigo 76, inciso II, alínea “a” da Lei 4.502/64 veda a aplicação de penalidades enquanto houver interpretação jurisprudencial administrativa irreversível dando determinada interpretação a uma situação jurídica, mesmo que o interessado não tenha sido parte no caso:

[...]

Ora, se as operações em exame, na forma como estruturadas, eram (e continuam a ser) acolhidas pela jurisprudência, fica patente que a Requerente agiu de boa-fé, sendo incabível a aplicação de penalidades, nos termos do artigo 76, inciso II, alínea “a” da Lei 4.502/64. Nesse exato sentido, I. Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, ao analisar os presentes fatos (Acórdão CARF nº 1402-002.119), afastou a multa qualificada justamente pelo fato de que à época das operações analisadas o próprio CARF as reconhecia como legítimas:

[...]

Por fim, importa notar que a aplicação de sanções deve sempre seguir o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, conforme o artigo 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei 9.784/99, que rege supletivamente o processo administrativo fiscal:

[...]

Por todas as razões acima expostas, resta demonstrado o total descabimento da aplicação da multa qualificada de 150% à Requerente no presente caso, razão pela qual se pleiteia seu imediato cancelamento.

b) A inaplicabilidade da multa isolada por suposta falta de antecipação das estimativas mensais

Ainda que se entendesse que a requerente recolheu valores a menor em razão das infrações apontadas no auto de infração, o que se admite tão somente para argumentar, a multa isolada de 50% não tem qualquer cabimento, caracterizando um verdadeiro abuso.

É totalmente improcedente a exigência de multa, seja ela punitiva ou isolada, pois os tributos ora questionados não são devidos. Ainda assim, o auto de infração visa cobrar tanto valores a título de multa punitiva quanto de multa isolada.

Se fosse admitida a possibilidade de cobrança da multa, somente poderia ser exigida uma única vez e não duas.

Não há dúvidas de que a fiscalização extrapolou os limites previstos na Lei 9.430/96 ao exigir a dupla cobrança de multa, devendo ser imediatamente cancelada a exigência da multa isolada. Esse é o entendimento da Câmara Superior de Recursos Fiscais e do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, conforme ementas de decisões transcritas na impugnação.

Os pagamentos mensais antecipados pelo contribuinte não têm o condão de extinguir de imediato o crédito tributário, o que só ocorrerá quando encerrado o exercício fiscal, ou seja, no último dia de cada ano. É nessa data que ocorre o fato gerador do tributo e que é possível apurar o montante efetivamente devido, bem como se houve ou não pagamento a maior por meio das estimativas mensais antecipadas.

Desse modo, constatando-se eventual insuficiência da estimativa do imposto, o fisco apenas poderia apurar o tributo devido após o encerramento dos períodos-base e constituir eventual diferença do crédito tributário. A jurisprudência rechaça a cobrança mediante lançamento de ofício após o término do ano-calendário, tendo em vista que uma vez concretizado o aspecto temporal do fato gerador, não há razão para a autoridade fiscal demandar outra base de cálculo que não aquela estritamente definida pela norma que estabelece a hipótese de incidência.

Diante disso, não há falar em multa isolada ou falta de pagamento de IRPJ e CSLL por estimativa, após o encerramento do período-base com a apuração da base de cálculo. Também é indevida a exigência de multa isolada em conjunto com a multa de ofício.

c) A improcedência dos juros de mora

Após a lavratura dos autos de infração, as multas de ofício passam a ser mensalmente atualizadas com base na taxa de juros SELIC.

Essa atualização não é realizada com amparo na lei, mas com base no Parecer MF nº 28, de 02.04.1998, emitido pela Coordenação Geral do Sistema de Tributação (Cosit). Tal Parecer usa como base o artigo 61 da Lei 9.430/96. Contudo, tal dispositivo trata tão somente da incidência de juros sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições, não havendo qualquer menção às multas de ofício aplicadas pela RFB.

A Câmara Superior de Recursos Fiscais, no julgamento do Recurso de Divergência nº 202-131.351, reconheceu, no âmbito federal, a ilegalidade da incidência dos juros moratórios (seja a Taxa SELIC ou o percentual de 1% ao mês) sobre a multa de ofício.

No que tange aos juros de mora, não obstante a posição sumulada pelo antigo Primeiro Conselho de Contribuintes e tendo em vista a real possibilidade de a taxa SELIC vir a ser considerada inconstitucional para fins tributários pelo Poder Judiciário, contesta-se sua aplicação e requer-se sua desconsideração no cômputo do

crédito tributário principal, de modo que os juros de mora sejam calculados com base no artigo 161, § 1º, do CTN.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

À CSLL são aplicadas as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ, observada a legislação específica quanto à alíquota e base de cálculo (artigo 57 da Lei nº 8.981/1995 e artigo 28 da Lei nº 9.430/1996).

Assim sendo, são válidos os argumentos de fato e de direito apresentados anteriormente, que justificam a legalidade do procedimento adotado pela requerente também para efeitos de recolhimento da CSLL. Dessa forma, tendo sido demonstrada a improcedência da autuação de IRPJ, torna-se, também, improcedente a exigência relativa à CSLL.

AS CONCLUSÕES E O PEDIDO

Preliminarmente, destaca-se que a presente autuação pretende atingir fatos já alcançados pela decadência, visto que o Auto de Infração foi lavrado somente em 21.6.2016, quando só poderia ter sido lavrado até 31.12.2012 ou, no entendimento mais favorável à D. Fiscalização, em 31.12.2013, de modo que se mostra necessário o cancelamento da presente autuação no que se refere à glosa das despesas de amortização de ágio.

a) Conclusões quanto à primeira infração imputada contra a Requerente

- foi equivocada a premissa adotada pela D. Fiscalização na lavratura do presente Auto de Infração, tendo em vista que a utilização da Korcula pelo Grupo Carrefour estava baseada em efetivos propósitos negociais que ultrapassam a mera economia tributária da operação. A utilização da Korcula tornou possível a própria operação de aquisição da Requerente, principalmente pelo fato de que foi a sociedade que tornou possível o pagamento do preço pelas quotas da Requerente, já que tornou possível a amortização da dívida através dos negócios da Requerente;
- mesmo que não se entenda que houve efetivo propósito comercial e verdadeira substância econômica na utilização da Korcula, o que se admite apenas para argumentar, foi demonstrado que o ordenamento jurídico brasileiro não permite à D. Fiscalização desconsiderar negócios jurídicos existentes, válidos e eficazes (como de fato foi a aquisição da Requerente pela Korcula) apenas com base em uma suposta interpretação da “substância econômica” envolvendo a operação;
- é infundada a alegação de “empresa-veículo”, na medida em que o ordenamento jurídico Brasileiro prevê especificamente a possibilidade de utilização das chamadas sociedades holdings puras, ou seja, aquelas que existem, não para terem empregados ou atividades próprias, mas apenas para deter participações societárias, não existindo qualquer exigência legal de que tais sociedades holdings tenham empregados ou outros ativos próprios para serem consideradas legítimas;
- recentemente, o CARF julgou casos envolvendo os mesmos elementos do caso discutido nesses autos (pagamento efetivo de ágio

pela adquirente do investimento, a utilização de “empresa-veículo”, a participação de partes não relacionadas na transação original de compra e venda de participação societária e a amortização fiscal de ágio após a incorporação da “empresa-veículo” na sociedade alvo da aquisição). E todos esses casos foram julgados a favor do contribuinte, tendo sido afastada a alegação das Autoridades Fiscais de que a utilização de sociedade-veículo invalidaria a amortização fiscal de ágio;

- no presente caso, a adoção das conclusões de todos esses recentes julgados faz com que o atual questionamento da D. Fiscalização seja declarado completamente improcedente, na medida em que: (a) o ágio pago pela Korcula para adquirir a Requerente preenche as 3 (três) premissas básicas mencionadas naqueles julgamentos; (b) o ágio pago pela Korcula está sendo amortizado fiscalmente com base na Lei 9.532/97; (c) a causa do negócio jurídico discutido no presente processo administrativo foi a aquisição, pela Korcula, da totalidade do capital da Requerente (sendo a amortização fiscal do ágio mera motivação fiscal da transação); e (d) a utilização da Korcula na operação não fez com que surgisse novo ágio e não gerou o reconhecimento de ágio em maior valor do que seria reconhecido caso ela não existisse;
- toda a estrutura de aquisição da Requerente pela Korcula não consistiu em nenhum tipo de “*planejamento tributário*”, mas sim em uma mera “opção legal”, passível de adoção pelo Grupo Carrefour, dentre as diversas opções legais possíveis para aquele mesmo negócio. A Requerente não obteve qualquer benefício a que já não teria direito pela legislação em vigor, sendo que a discussão relativa à aquisição da Requerente pela Brepa, ou pela Carrefour Brasil, dizia respeito tão somente às razões puramente empresariais e não tributárias da operação;
- a Requerente demonstrou, com base na legislação tributária (artigo 8º da Lei 9.532/97), na doutrina e na jurisprudência aplicável, que é permitida a amortização fiscal de ágio nas situações em que a Adquirida incorpora a Adquirente, ou seja, nos casos em que a incorporação societária é realizada de forma “invertida”; e
- não há qualquer ilícito na estrutura em que um Grupo econômico estrangeiro aporta capital em uma sociedade domiciliada no Brasil para que essa sociedade adquira participação societária com ágio e, em seguida, seja incorporada pela empresa adquirida. Frise-se: desde que o ágio tenha sido pago em transação legítima realizada entre partes independentes, a sua amortização fiscal está de acordo com os artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97.

b) Conclusões quanto à segunda infração imputada contra a Requerente

- a estrutura adotada pelo Grupo Carrefour para adquirir a totalidade do capital da Requerente – compra alavancada – corresponde a prática conhecida no mercado, usual e normal no contexto de aquisições de empresas;
- as despesas financeiras incorridas pela Requerente, derivadas de empréstimo tomado para efetuar a transação em exame nesse processo administrativo, são consideradas como necessárias e, portanto, dedutíveis da base de cálculo do IRPJ/CSL. A possibilidade

de a Requerente deduzir essas despesas financeiras está prevista no artigo 17, parágrafo único, do Decreto-lei 1.598/77, e também o artigo 31 da Lei 11.727/08;

- a dedução das despesas financeiras incorridas pela Requerente não afrontou nenhuma das hipóteses limitadoras estabelecidas historicamente pela jurisprudência administrativa. Na operação em análise no presente processo administrativo (a) a dívida e os juros incorridos foram devidamente comprovados pela Requerente, sem qualquer questionamento da D. Fiscalização nesse ponto; e (b) os valores captados via empréstimo não foram transferidos a pessoas ligadas, muito menos com cobrança de juros menores, hipótese que também nem foi suscitada pela D. Fiscalização na lavratura do Auto de Infração ora impugnado;
- a Requerente deixou muito claro o equívoco cometido pela D. Fiscalização na interpretação dos fatos envolvidos no presente processo administrativo, na medida em que, ainda que a dívida original tenha sido contratada pela Korcula com parte relacionada no exterior (a Carrefour BV), no final da operação, a dívida foi tomada com terceiro (o BNP Paribas). No momento da incorporação da Korcula ao patrimônio da Requerente, a dívida questionada pela D. Fiscalização (Korcula x Carrefour BV) já havia sido quitada, de forma que a Requerente assumiu diretamente uma dívida com terceiro não relacionado (o BNP Paribas);
- este equívoco cometido pelas DD. Autoridades Fiscais já demonstra, de imediato, a completa improcedência de suas alegações quanto à dedutibilidade das despesas financeiras incorridas pela Requerente. A dívida foi tomada com terceiros, e não com parte relacionada. Enquanto o empréstimo entre Korcula e Carrefour BV permaneceu em aberto, não houve qualquer pagamento de juros que pudesse reduzir efetivamente o lucro tributável da Korcula. A alegação de que a parte aportada pelo Carrefour BV na Korcula como empréstimo poderia ter sido feita via aumento de capital não corresponde à realidade dos fatos, pelo simples fato de que, ao final, a dívida foi tomada com terceiros;
- ainda que assim não tivesse ocorrido, a opção da controladora em financiar a aquisição da Requerente por empréstimo, em vez de aumento de capital, é ato completamente normal à gestão de atividades empresariais. A opção do empréstimo foi feita justamente porque o Grupo Carrefour não detinha recursos disponíveis para investimento de longo prazo (capital). Foi opção tomada pela controladora, inclusive, opção esta induzida pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro;
- caso fosse considerado que a dívida foi efetivamente tomada face ao Carrefour BV, o que, repita-se, não foi o que ocorreu no presente caso, a dedução das despesas de juros incorridas no caso em exame só estariam sujeitas aos limites impostos pelas regras de preços de transferência (Lei 9.430/96), regras que foram plenamente observadas pela Korcula e pela Requerente. É hipótese regulada de forma expressa pela legislação tributária em vigor. Assim, se a operação foi completamente efetuada de acordo com as regras que vigoravam à

aquela época, não poderia a D. Fiscalização exigir ou obrigar que a Korcula ou a Requerente adotassem a prática que elas entendem que resultaria em maior pagamento de tributo;

- à época dos fatos envolvidos no presente processo administrativo, o Brasil não coibia a subcapitalização (ou *thin capitalization*), caracterizada quando o capital social de uma empresa é irrelevante se comparado com o passivo mantido frente aos seus sócios;
- portanto, a dívida tomada pela Korcula foi feita de acordo com as regras de preços de transferência vigentes à época (o que nem é mencionado pela D. Fiscalização) e não estavam sujeitas às recentes regras de subcapitalização. Mesmo assim, caso as regras de subcapitalização hoje existentes (instituídas pela MP 472/09) fossem aplicáveis ao caso em análise, as partes também teriam obedecido aos limites impostos por tais regras;
- os recursos financeiros tomados pela Korcula foram empregados na aquisição da Requerente, negócio lícito e que trouxe efetivos benefícios econômicos ao Grupo Carrefour no Brasil. A Korcula foi a efetiva beneficiária dos valores aportados via dívida e empregou tais valores em transação real e comprovada, extremamente relevante para a estratégia do Grupo Carrefour no Brasil;
- as despesas financeiras em questão só foram incorridas pela Requerente por conta de uma obrigação legal expressa – o artigo 1.116 do Código Civil de 2002 –, que determina a assunção da dívida pela Requerente. A dívida não foi assumida pela Requerente por conta de uma opção livre e espontânea. Assim, por decorrência lógica e jurídica, se as despesas financeiras eram dedutíveis na ótica da Korcula (por serem necessárias à essa sociedade no contexto de aquisição da Requerente), não há dúvidas de que elas também devem ser consideradas como dedutíveis para a Requerente, sociedade que sucedeu a Korcula em todos os seus direitos e obrigações; e
- por fim, ao contrário da alegação da D. Fiscalização, ainda que fosse necessário indagar a respeito de um efetivo benefício para a Requerente, a fim de tornar as despesas financeiras dedutíveis também para ela, não há dúvidas de que a dívida tomada pela Korcula também trouxe benefícios à própria Requerente. Isso porque, a mudança do seu controle societário fez com que suas receitas crescessem, suas atividades fossem expandidas e sua gestão passasse de uma estrutura familiar para uma estrutura profissional típica dos grandes grupos empresariais.

c) Conclusões quanto à terceira infração imputada contra a Requerente

- o pagamento desproporcional de JCP não produziu qualquer efeito fiscal adverso que poderia ter favorecido a Requerente, ou seja, mesmo que a distribuição de JCP às sócias da Requerente tivesse sido feito de forma proporcional ao seu capital social, os valores que seriam dedutíveis pela sociedade seriam exatamente os mesmos. Eventualmente, o pagamento desproporcional de JCP só produziria efeitos fiscais prejudiciais ao Fisco no nível dos sócios que deliberaram e auferiram a remuneração de JCP desproporcional;
- a remuneração do acionista a título de JCP se caracteriza como uma efetiva distribuição de lucros, ou seja, como dividendo (com

tratamento tributário especial). Se os JCP possuem a mesma natureza jurídica dos dividendos, a esse tipo de remuneração também é aplicável o artigo 1.007 do Código Civil de 2002, de forma que os JCP também podem ser distribuídos de forma desproporcional à participação dos sócios. A única condição para tornar possível o pagamento desproporcional de JCP é a disposição expressa no contrato social da sociedade pagadora (tal como passou a prever o artigo 9º do contrato social da Requerente); e

- caso a distribuição de JCP de forma desproporcional seja considerada como inválida, o que se admite apenas para fins de argumentação, essa distribuição não teria qualquer efeito para fins da dedução fiscal na sociedade distribuidora. Muito pelo contrário, por considerar o “excesso” como rendimento ordinário do beneficiário dos JCP, não há dúvidas de que o “excesso” deve ser considerado como despesa dedutível para a Requerente no presente caso.

d) A inadequação das multas, dos juros de mora e outros esclarecimentos

- a severa multa de 150% aplicada pela D. Fiscalização também deve ser prontamente afastada, pois, como se sabe, essa penalidade somente poderia ser imposta a casos de evidente intuito de fraude, sonegação ou conluio, quando restar provada pelo Fisco a inequívoca intenção do contribuinte de enganar, esconder ou iludir. Porém, é claro que este não é um caso de fraude, sonegação ou conluio. Ainda que se entenda que as operações praticadas pela Requerente não lhe davam o direito de proceder como procedeu, o que se admite apenas para argumentar, não se pode falar em qualquer tipo de fraude. A Requerente jamais falsificou documentos ou “maquiou” livros contábeis ou fiscais, ao contrário, sempre registrou, às claras, todas as operações em sua contabilidade. A Requerente registrou todos os seus atos nas Juntas Comerciais e demais órgãos públicos cabíveis e sempre recebeu a D. Fiscalização com total transparência e atendeu a todas as suas solicitações com clareza e prontidão. Na pior das hipóteses, portanto, a D. Fiscalização pode alegar que discorda dos efeitos jurídicos e legais das operações praticadas pela Requerente, mas isso jamais poderia servir de base para se pressupor a falta de boa fé da Requerente e acusá-la de ter incorrido em fraude;
- a D. Fiscalização aplicou também uma multa isolada de 50% sobre os mesmos supostos fatos geradores que motivaram a lavratura deste Auto de Infração. Trata-se de mais um excesso que deve ser imediatamente cancelado. A multa isolada aplica-se somente aos casos em que, ao fim do período-base, o contribuinte paga regularmente os valores de IRPJ/CSL, mas deixa de fazer as antecipações mensais. Nesses casos, a multa pode ser aplicada isoladamente, sem a exigência do tributo, daí a sua denominação. Porém, quando o fisco entende que o contribuinte deixou de pagar valores de IRPJ/ CSL ao fim do período-base e efetua o lançamento desses valores juntamente com uma penalidade aplicada de ofício, não há que se falar em multa isolada. Já está amplamente pacificado na jurisprudência que a multa isolada não pode ser exigida cumulativamente com a penalidade imposta de ofício, de modo que a multa isolada também deve ser integralmente cancelada;

- a taxa SELIC não pode ser aplicada aos créditos tributários e, se admitida a sua aplicação, só poderá incidir sobre o crédito tributário principal, não podendo recair sobre o valor da multa de ofício, que é penalidade e não tem natureza tributária;
- todos os argumentos de fato e de Direito apresentados nesta Impugnação justificam a legalidade do procedimento adotado pela Requerente também para efeitos de recolhimento da CSL; e
- tendo sido demonstrada a total improcedência do Auto de Infração objeto do presente processo administrativo, deve ser determinada a recomposição dos prejuízos fiscais e bases negativas da CSL indevidamente compensadas pela D. Fiscalização, quando da apuração do crédito tributário em discussão.

e) O Pedido

A Requerente tem por comprovada a exatidão dos procedimentos adotados e a total improcedência do Auto de Infração, bem como o equívoco cometido pela D. Autoridade Fiscal ao interpretar os fatos e o Direito a eles aplicável neste caso.

Assim sendo, a Requerente pleiteia o acolhimento integral da presente Impugnação e o imediato cancelamento integral do Auto de Infração em tela (principal, multas e juros), com o consequente arquivamento do processo administrativo.

Frise-se que os mesmos fatos e as mesmas infrações discutidas no presente processo já foram apreciadas pelo CARF, com o expresso afastamento das supostas infrações contestadas pela D. Fiscalização: (i) a glosa relacionada às despesas de juros de empréstimo levadas a efeito nos anos-calendários de 2012 e 2013; e (ii) a aplicação da multa agravada de 150%, em razão de suposta fraude, dolo ou simulação.

A Requerente protesta ainda pela juntada posterior de documentos que possam se fazer necessários, nos termos do artigo 16, § 4º, alínea "a" do Decreto 70.235/72, bem como do princípio da verdade material que orienta o processo administrativo fiscal.

Por essa decisão, a impugnação foi considerada procedente em parte, conforme decisão assim ementada:

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. ÁGIO GERADO EM PERÍODO PRETÉRITO. EFEITOS ALCANÇANDO FATOS GERADORES FUTUROS. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA.

As regras de decadência referem-se ao poder/dever de constituir o crédito tributário pelo lançamento, não afetando a prerrogativa da Fazenda Nacional consistente na investigação de livros, documentos e arquivos, para que possam ser eliminados os efeitos das incorreções que tenham projetado efeitos em anos posteriores, bastando, para tanto, que os períodos lançados não tenham sido atingidos pelo decurso do prazo decadencial estabelecido pelo CTN.

REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. GLOSA DO ÁGIO PAGO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. MULTA

QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE NÃO DEMONSTRADO. INAPLICABILIDADE.

A infração decorrente da amortização do ágio pago em vista de investimento adquirido por valor superior ao patrimonial decorreu de uma reorganização societária que não pode ser como tida como engendrada com evidente intuito de fraude, pois, como sabido, trata-se de questão polêmica, com decisões oscilantes nas instâncias julgadoras administrativas, o que desautoriza a manutenção da exasperação da penalidade aplicada pela Fazenda Nacional.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. APLICABILIDADE.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais (Súmula CARF nº 4). Além disso, o art. 161 do Código Tributário Nacional CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o “crédito” a que se refere ocaputdo artigo, o que torna legítima a incidência de juros sobre a multa de ofício.

ÁGIO FUNDAMENTADO EM EXPECTATIVA DE RESULTADOS FUTUROS - DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO.

A pessoa jurídica que absorver patrimônio de sua controladora, a qual tinha desdobrado o valor da participação em seu capital em valor patrimonial e em ágio, somente poderá deduzir a despesa com a amortização desse ágio se, além de cumprir as demais exigências legais, comprovar: que o ágio fora pago em virtude da expectativa de resultados futuros como exclusivo fundamento econômico do ágio; a existência de substância econômica e propósito comercial nas operações de reorganização societária; que houve a reunião numa só pessoa jurídica do patrimônio que tiver sofrido o encargo do ágio e o patrimônio que presumivelmente gerará os lucros que justificaram o seu pagamento, mediante efetiva incorporação, cisão ou fusão.

DESPESA DESNECESSÁRIA - ENCARGOS FINANCEIROS SOBRE EMPRÉSTIMO CONTRAÍDO PARA FINANCIAR A PRÓPRIA AQUISIÇÃO.

Em virtude de não ser necessário para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa, nem contribuir para a manutenção de sua fonte produtora, o empréstimo que tiver sido contraído pelos seus novos controladores para financiar sua própria aquisição, os encargos financeiros gerados por semelhante empréstimo não constituem despesa dedutível na determinação do resultado tributável.

JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. PAGAMENTO DESPROPORCIONAL À PARTICIPAÇÃO NO CAPITAL SOCIAL.

Os juros sobre capital próprio que são dedutíveis na apuração do resultado tributável são somente os que são pagos ou creditados individualizadamente a cada titular, sócio ou acionista a título de remuneração do capital. Não se enquadram como tal e são indedutíveis os juros pagos ou creditados que excederem ao que beneficiário teria direito, de acordo com sua participação no capital social da empresa.

APURAÇÃO ANUAL DO IRPJ/CSLL. ESTIMATIVAS MENSAIS NÃO RECOLHIDAS. LANÇAMENTO MULTAS ISOLADAS.

No caso de lançamento efetivado após o encerramento do exercício, abrangerá a multa de ofício sobre os valores devidos por estimativa não recolhida (exigida isoladamente, no percentual de 50% do valor do pagamento mensal, art. 44, inc. II, b, da Lei nº 9.430, de 1996), como também o imposto devido com base no lucro real determinado em 31 de dezembro, a ser acrescido da multa de ofício e dos juros de mora que necessariamente acompanham o lançamento fiscal. Isso porque as duas penalidades pecuniárias (multa isolada e a multa de 75% sobre o valor do principal) possuem materialidades distintas, nada impedindo os respectivos lançamentos de maneira simultânea.

LANÇAMENTO DA CSLL NA CONDIÇÃO DE LANÇAMENTO DECORRENTE OU REFLEXO DO IRPJ.

Tendo em vista a identidade verificada nos períodos fiscalizados e nas infrações apontadas pela autoridade lançadora, sabendo-se, ainda, serem as mesmas as objeções suscitadas pela pessoa jurídica impugnante, aplicam-se à CSLL as mesmas razões de decidir que foram estabelecidas no presente julgado, referentemente ao IRPJ.

Houve recurso de ofício em face da parte exonerada pela decisão de primeira instância.

Em recurso voluntário são repisadas as mesmas razões da impugnação. Ao final constam conclusões e pedidos conforme abaixo:

IX. AS CONCLUSÕES E O PEDIDO

338. O presente Recurso Voluntário é tempestivo e deve ser integralmente apreciada e acolhida em suas razões de fato e de Direito, que demonstram a total improcedência desta infundada exigência fiscal.

339. Preliminarmente, destaca-se que a apresente autuação pretende atingir fatos já alcançados pela decadência, visto que o Auto de Infração foi lavrado somente em 21.6.2016, quando só poderia ter sido lavrado até 31.12.2012 ou, no entendimento mais favorável à D. Fiscalização, em 31.12.2013, de modo que se mostra necessário o cancelamento da presente autuação no que se refere à glosa das despesas de amortização de ágio.

340. Quanto ao mérito, pode-se concluir que:

(A) Conclusão quanto à Primeira Infração imputada contra a Recorrente

(i) a função da sociedade Korcula no Grupo Carrefour não estava limitada exclusivamente à aquisição das quotas da Recorrente. Em verdade, a utilização da Korcula tornou possível a própria aquisição, na medida em que foi essa sociedade que promoveu a captação de recursos por meio de dívida contraída com terceiros, sendo o valor do financiamento relevante em relação ao preço total pago aos vendedores. Frise-se, inclusive, que o E. CARF, ao analisar os presentes fatos, já reconheceu necessidade dessa dívida na estrutura e a dedutibilidade das correspondentes despesas financeiras (Processo Administrativo nº 16561-720.053/2013-58);

(ii) no presente caso, (1) a transação de compra de participação societária foi realizada entre partes independentes, envolvendo grupos econômicos não relacionados. Neste ponto, vale destacar que a D. Fiscalização, em nenhum momento, alega que a operação teria sido realizada entre partes relacionadas; (2) houve efetivo pagamento do preço (e do ágio) firmado entre as partes, preço este incorrido por sociedade Brasileira (a Korcula) para adquirir investimento em outra sociedade Brasileira (a Recorrente); (3) o fundamento econômico do ágio pago – a expectativa de rentabilidade futura da Recorrente – pela sociedade Brasileira Korcula estava embasado em Laudo de Avaliação preparado pela KPMG, que nem sequer foi questionado pela D. Fiscalização; (4) o valor do preço pago pela adquirente, e o valor do ágio reconhecido, nem sequer foram questionados pela D. Fiscalização; (5) o ganho de capital apurado pelos vendedores (antigos quotistas da Recorrente) foi submetido à tributação pelo IRPF, ocasionando recolhimento de tributos aos cofres públicos em alto valor; e, por fim (6) a aquisição foi seguida da incorporação da sociedade adquirente (a Korcula) ao patrimônio da adquirida (a Recorrente), de forma que o ágio pago (registrado na Korcula) e o seu fundamento econômico (a própria Recorrente) foram consolidados em uma única pessoa jurídica.

(iii) é infundada a alegação de “empresa-veículo”, na medida em que o ordenamento jurídico Brasileiro prevê especificamente a possibilidade de utilização das chamadas sociedades holdings puras, ou seja, aquelas que existem, não para terem empregados ou atividades próprias, mas apenas para deter participações societárias, não existindo qualquer exigência legal de que tais sociedades holdings tenham empregados ou outros ativos próprios para serem consideradas legítimas;

(iv) recentemente, o CARF julgou o casos envolvendo os mesmos elementos do caso discutido nesses autos e todos esses casos foram julgados a favor do contribuinte, tendo sendo afastada a alegação das Autoridades Fiscais de que a utilização de sociedade-veículo invalidaria a amortização fiscal de ágio; e

(v) não há qualquer ilícito na estrutura em que um Grupo econômico estrangeiro aporta capital em uma sociedade domiciliada no Brasil para que essa sociedade adquira participação societária com ágio e, em seguida, seja incorporada pela empresa adquirida. Frise-se: desde que o ágio tenha sido pago em transação legítima realizada entre partes independentes, a sua amortização fiscal está de acordo com os artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97.

(B) Conclusão quanto à Segunda Infração imputada contra a Recorrente

(i) inicialmente, vale destacar que (1) o empréstimo foi contraído diretamente pela Korcula com terceiros independentes e teve por objetivo quitar a dívida intragrupo mediante financiamento com instituição financeira privada. Ou seja, a dívida contraída junto ao BNP Paribas permitiu financeiramente a compra da Recorrente, ante a insuficiência de recursos do Grupo Carrefour para fazê-lo; (2) a dívida contraída pela Recorrente, independentemente do seu objeto social, decorre de Lei em função da incorporação da Korcula (sucessão em direitos e obrigações). Não se trata de uma mera liberalidade da sociedade, mas sim de uma obrigação legal e necessária à consecução de suas atividades; e (3) a controvérsia acerca da dedutibilidade das presentes despesas financeiras já foi objeto de análise por este CARF (Processo Administrativo nº 16561-720.053/2013-58), o qual proferiu decisão com trânsito em julgado de forma favorável ao cancelamento das glosas impostas pela D. Fiscalização.

(ii) a estrutura adotada pelo Grupo Carrefour para adquirir a totalidade do capital da Recorrente – compra alavancada – corresponde a prática conhecida no mercado, usual e normal no contexto de aquisições de empresas;

(iii) as despesas financeiras incorridas pela Recorrente, derivadas de empréstimo tomado para efetuar a transação em exame nesse processo administrativo, são consideradas como necessárias e, portanto, dedutíveis da base de cálculo do IRPJ/CSL. A possibilidade de a Recorrente deduzir essas despesas financeiras está prevista no artigo 17, parágrafo único, do Decreto-lei 1.598/77, e também o artigo 31 da Lei 11.727/08;

(iv) a dedução das despesas financeiras incorridas pela Recorrente não afrontou nenhuma das hipóteses limitadoras estabelecidas historicamente pela jurisprudência administrativa. Na operação em análise no presente processo administrativo (a) a dívida e os juros incorridos foram devidamente comprovados pela Recorrente, sem qualquer questionamento da D. Fiscalização nesse ponto; e (b) os valores captados via empréstimo não foram transferidos a pessoas ligadas, muito menos com cobrança de juros menores, hipótese que também nem foi suscitada pela D. Fiscalização na lavratura do Auto de Infração;

(v) a dívida foi tomada com terceiros, e não com parte relacionada. Enquanto o empréstimo entre Korcula e Carrefour BV permaneceu em aberto, não houve qualquer pagamento de

juros que pudesse reduzir efetivamente o lucro tributável da Korcula. A alegação de que a parte aportada pelo Carrefour BV na Korcula como empréstimo poderia ter sido feita via aumento de capital não corresponde à realidade dos fatos, pelo simples fato de que, ao final, a dívida foi tomada com terceiros. Também não procede o entendimento da decisão recorrida no sentido de que apenas o primeiro empréstimo tomado junto ao Carrefour BV seria imprescindível à aquisição, uma vez que foi o segundo empréstimo tomado junto ao BNP Paribas que viabilizou economicamente a aquisição, mediante (a) quitação da dívida interna e (b) geração dos recursos necessários à compra e possibilidade de amortização da dívida com as atividades do Atacadão;

(vi) a opção do empréstimo foi feita justamente porque o Grupo Carrefour não detinha recursos disponíveis para investimento de longo prazo (capital). Foi opção tomada pela controladora, inclusive, opção esta induzida pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro;

(vii) todas as regras relacionadas à captação de dívida foram devidamente atendidas. Além disso, à época dos fatos envolvidos no presente processo administrativo, o Brasil não coibia a subcapitalização (ou thin capitalization), caracterizada quando o capital social de uma empresa é irrelevante se comparado com o passivo mantido frente aos seus sócios. Mesmo assim, caso as regras de subcapitalização hoje existentes (instituídas pela MP 472/09) fossem aplicáveis ao caso em análise, as partes também teriam obedecido aos limites impostos por tais regras;

(viii) os recursos financeiros tomados pela Korcula foram empregados na aquisição da Recorrente, negócio lícito e que trouxe efetivos benefícios econômicos ao Grupo Carrefour no Brasil. A Korcula foi a efetiva beneficiária dos valores aportados via dívida e empregou tais valores em transação real e comprovada, extremamente relevante para a estratégia do Grupo Carrefour no Brasil. A transação também foi necessária e imprescindível aos negócios da Recorrente, que conseguiu mudar o seu controle societário e aumentar significativamente as suas receitas e expandir suas atividades em âmbitos nacional e internacional;

(ix) as despesas financeiras em questão só foram incorridas pela Recorrente por conta de uma obrigação legal expressa – o artigo 1.116 do Código Civil de 2002 –, que determina a assunção da dívida pela Recorrente. A dívida não foi assumida pela Recorrente por conta de uma opção livre e espontânea. Assim, por decorrência lógica e jurídica, se as despesas financeiras eram dedutíveis na ótica da Korcula (por serem necessárias à essa sociedade no contexto de aquisição da Recorrente), não há dúvidas de que elas também devem ser consideradas como dedutíveis para a Recorrente, sociedade que sucedeu a Korcula em todos os seus direitos e obrigações; e

(x) por fim, ao contrário da alegação da D. Fiscalização e da decisão recorrida, ainda que fosse necessário indagar a respeito de um efetivo benefício para a Recorrente, a fim de tornar as despesas financeiras dedutíveis também para ela, não há dúvidas de que a dívida tomada pela Korcula também trouxe benefícios à própria Recorrente. Isso porque, a mudança do seu controle societário fez com que suas receitas crescessem, suas atividades fossem expandidas e sua gestão passasse de uma estrutura familiar para uma estrutura profissional típica dos grandes grupos empresariais.

(C) Conclusão quanto à Terceira Infração imputada contra a Recorrente

(i) O pagamento desproporcional de JCP não produziu qualquer efeito fiscal adverso que poderia ter favorecido a Recorrente, ou seja, mesmo que a distribuição de JCP às sócias da Recorrente tivesse sido feito de forma proporcional ao seu capital social, os valores que seriam dedutíveis pela sociedade seriam exatamente os mesmos. Eventualmente, o pagamento desproporcional de JCP só produziria efeitos fiscais prejudiciais ao Fisco no nível dos sócios que deliberaram e auferiram a remuneração de JCP desproporcional;

(ii) deve-se destacar que a I. DRJ não analisou o argumento central da defesa apresentada pela Recorrente, isto é, o argumento de que do ponto de vista da sociedade que paga os JCP (e deduz as respectivas despesas financeiras), não há qualquer prejuízo ao fisco em função da distribuição desproporcional. Todos os requisitos legais para a dedutibilidade das despesas com juros foram devidamente atendidos;

(iii) fica claro que todos os requisitos existentes para o pagamento e dedutibilidade de valores a título de JCP na perspectiva da pessoa jurídica pagadora estão expressamente estabelecidos na legislação – e foram estritamente atendidos pela Recorrente: (i) os critérios quantitativos foram rigorosamente atendidos, com observância aos limites e ajustes do lucro do exercício e aplicação da taxa TJLP; (ii) a dedutibilidade dos valores em discussão ocorreu somente após o efetivo pagamento dos valores aos acionistas; e (iii) o pagamento ou creditamento dos valores de JCP foi previamente autorizado por deliberação societária, conforme demonstrado e comprovado;

(iv) o montante a ser deduzido como despesa pela pessoa jurídica pagadora a título de JCP pagos de forma proporcional ou desproporcional à participação societária dos seus acionistas será sempre a mesma. O pagamento desproporcional em nada influencia o montante a ser deduzido como despesa pela fonte pagadora. Para selar a controvérsia, caso os sócios tivessem deliberado que os JCP seriam distribuídos no percentual do capital de cada sócio (98,91% Brepa e 1,09% para Carrefour Brasil), o montante que a Recorrente teria direito a deduzir seria IDÊNTICO;

(v) além disso, o instituto dos JCP envolve duas naturezas jurídicas distintas: uma natureza societária, relacionada à deliberação pelos acionistas e à obrigação de distribuição pela pessoa jurídica, e outro aspecto de natureza fiscal, relacionado à tributação da remuneração no nível dos beneficiários. A deliberação do pagamento desproporcional dos JCP não afronta qualquer dispositivo legal, uma vez que há liberdade do acionista para destinar ao pagamento dos JCP o mesmo tratamento contábil e jurídico destinado à distribuição de lucros;

(vi) portanto, considerando que (1) na perspectiva dos sócios é absolutamente legítimo estabelecer o pagamento desproporcional (2) não existiu qualquer infração na conduta adotada pela Recorrente e que (3) a distribuição desproporcional de JCP não ocasiona qualquer efeito fiscal adverso para a sociedade que distribui JCP, não há dúvidas de que a dedutibilidade dos valores em discussão é legítima pela Recorrente

(vii) e, caso a distribuição de JCP de forma desproporcional seja considerada como inválida, o que se admite apenas para fins de argumentação, essa distribuição não teria qualquer efeito para fins da dedução fiscal na sociedade distribuidora. Muito pelo contrário, por considerar o “excesso” como rendimento ordinário do beneficiário dos JCP, não há dúvidas de que o “excesso” deve ser considerado como despesa dedutível para a Recorrente no presente caso.

(D) A inadequação das multas, dos juros de mora e outros esclarecimentos

(i) a D. Fiscalização aplicou uma multa isolada de 50% sobre os mesmos supostos fatos geradores que motivaram a lavratura deste Auto de Infração. Porém, quando o fisco entende que o contribuinte deixou de pagar valores de IRPJ/ CSL ao fim do período-base e efetua o lançamento desses valores juntamente com uma penalidade aplicada de ofício, não há que se falar em multa isolada. Já está amplamente pacificado na jurisprudência que a multa isolada não pode ser exigida cumulativamente com a penalidade imposta de ofício, de modo que a multa isolada também deve ser integralmente cancelada;

(ii) a taxa SELIC não pode ser aplicada aos créditos tributários e, se admitida a sua aplicação, só poderá incidir sobre o crédito tributário principal, não podendo recair sobre o valor da multa de ofício, que é penalidade e não tem natureza tributária;

(iii) todos os argumentos de fato e de Direito apresentados se aplicam para efeitos de recolhimento da CSL; e

(iv) tendo sido demonstrada a total improcedência do Auto de Infração objeto do presente processo administrativo, deve ser determinada a recomposição dos prejuízos fiscais e bases negativas da CSL indevidamente compensadas pela D. Fiscalização, quando da apuração do crédito tributário em discussão.

(E) O Pedido

341. *Pelo exposto, a Recorrente tem por comprovada a exatidão dos procedimentos adotados e a total improcedência do Auto de Infração e a necessidade de reforma parcial da decisão recorrida. Dessa forma, requer-se seja o presente Recurso Voluntário integralmente provido, com o objetivo de reformar parcialmente a r. Decisão recorrida e cancelar integralmente o Auto de Infração, juntamente com as penalidades e juros aplicados, com o consequente arquivamento do processo administrativo. A Recorrente protesta ainda pela juntada posterior de documentos que possam ainda se fazer necessários, nos termos do artigo 16, § 4º, alínea "a" do Decreto 70.235/72, bem como do princípio da verdade material que orienta o processo administrativo fiscal.*

343. *A Recorrente informa que tem interesse em realizar sustentação oral perante este E. CARF.*

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Relator.

Admissibilidade.

O recurso voluntário é tempestivo e preenche as demais condições de admissibilidade. O valor exonerado pela decisão de primeira instância supera o limite de alçada de R\$ 2.500.000,00. Portanto, ambos os recursos devem ser conhecidos.

A recorrente apresentou diversos argumentos na peça recursal. Em face disso, far-se-á a análise tópica das matérias em litígio, ressaltando-se, contudo, que o julgador, ao decidir, não está obrigado a examinar todos os fundamentos de fato e de direito trazidos à discussão, podendo conferir aos fatos qualificação jurídica diversa da atribuída pelas partes, não se encontrando, pois, obrigado a responder a todas as suas alegações, desde que entregue a prestação jurisdicional, com a análise das principais teses discutidas no processo, enquanto necessárias ao julgamento da causa, entendimento há muito tempo cristalizado nos Tribunais Superiores, a exemplo do que já decidiu o STJ no EDcl na AR3788 - PE 2007/0144084-2, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 02/03/2011.

Recurso voluntário.**Preliminar. Decadência.**

Alega a recorrente que a autuação pretende atingir fatos já alcançados pela decadência, visto que o Auto de Infração foi lavrado somente em 21 de junho de 2016, quando só poderia ter sido lavrado até 31 de dezembro de 2012 ou, no entendimento mais favorável à fiscalização, até 31 de dezembro de 2013. No primeiro caso, que a recorrente entende ser o correto, deve-se considerar, para fins de contagem do prazo decadencial, a data em que foi gerado tal ágio, o que ocorreu em 30 de abril de 2007. No segundo, o prazo iniciar-se-ia a

partir da data da conversão do ágio em ativo diferido (momento da incorporação da adquirente na adquirida, ou vice-versa), o que ocorreu em 30 de janeiro de 2008.

Diferentemente do alegado, a posição dominante neste Conselho é no sentido de que a análise de fatos ocorridos há mais de cinco anos pode ser efetuada, quando deles possa se extrair a repercussão tributária de períodos ainda não alcançados pela caducidade.

A decadência impede apenas o lançamento do crédito tributário relativo a períodos por ela já alcançados. Isso não se confunde com a possibilidade de análise quanto a fatos ocorridos há mais de cinco anos, mas que possam ensejar o lançamento de ofício quanto a fatos geradores que se encontrem dentro do quinquênio legal.

Esse é o sentido do disposto no artigo 195 do Código Tributário Nacional:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.
(grifamos)

O prazo decadencial tem início na data da ocorrência do fato gerador (artigo 150, § 4º, do CTN), ou no primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado (artigo 173, inciso I, do mesmo diploma legal), conforme o caso.

No caso do presente processo, a ciência quanto aos lançamentos ocorreu em 28 de junho de 2016. Uma vez que os anos-calendário relativos aos lançamentos são os de 2012 e 2013, não se vislumbra ter ocorrido a decadência.

Não há também nenhuma limitação quanto à possibilidade de a fiscalização analisar operações e negócios jurídicos ocorridos anteriormente aos anos-calendário em questão, uma vez que o lançamento tem por objeto os efeitos da amortização indevida do ágio em períodos posteriores que não foram atingidos pela decadência. Essa amortização é que altera a base de cálculo do IRPJ e da CSLL e, portanto, encontra-se sujeita a controle e auditoria pelas autoridades fiscais.

Veja-se o contido no artigo 37 da Lei n. 9.430/96:

Art. 37. Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.

Esse entendimento encontra ressonância neste Conselho. Reproduz-se abaixo ementa de recente acórdão da 2ª Turma da 4ª Câmara desta Seção de Julgamento:

DECADÊNCIA. FORMAÇÃO DE ÁGIO EM PERÍODOS ANTERIORES AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. INOCORRÊNCIA.

É legítimo o exame de fatos ocorridos há mais de cinco anos do procedimento fiscal, para deles extrair a repercussão tributária em períodos ainda não atingidos pela caducidade. A restrição decadencial, no caso, volta-se apenas à impossibilidade de lançamento de crédito tributário no período em que se deu o fato. O prazo decadencial somente tem início após a ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), ou após o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado nas hipóteses do art. 173, I, do CTN. (Acórdão nº 1402002.152 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, sessão de 6 de abril de 2016, relator Cons. Fernando Brasil de Oliveira Pinto)

Rejeita-se, portanto, a preliminar de decadência.

Mérito.

Como a própria recorrente noticia em suas petições, houve lançamentos e respectivo processo, já julgado neste CARF, cujas infrações imputadas foram as mesmas deste processo, com diferença apenas quanto aos anos-calendário.

Assim, no que for pertinente, serão reproduzidos excertos do voto do i. relator, Cons. Fernando Brasil de Oliveira Pinto, condutor do Acórdão nº 1402-002.119 (Processo 16561.720053/2013-58), adotando-se os fundamentos ali expendidos como razões de decidir, fazendo-se os complementos que forem achados necessários.

Amortização/Exclusão do ágio.

Consta no referido voto:

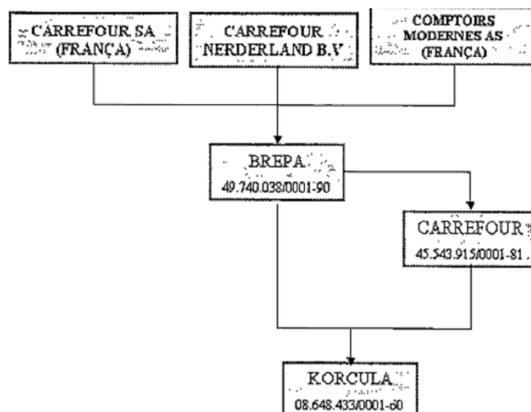
2.1 DA AMORTIZAÇÃO/EXCLUSÃO DO ÁGIO

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, o ágio deduzido pela Recorrente seria indedutível das bases de cálculo de IRPJ e de CSLL em razão da utilização fraudulenta de uma “empresa veículo” (KORCULA) a fim de, artificialmente, gerar a extinção do investimento adquirido com ágio e possibilitar sua amortização/exclusão desse ágio das bases de cálculo desses tributos (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97).

Para a Fiscalização, CARREFOUR BV, sediado nos Países Baixos, teria feito uma simples operação de aquisição de participação societária de ATACADÃO.

Constata-se que, inicialmente CARREFOUR BV era controladora de BREPA, sediada no Brasil. Essa, por sua vez, controlava CARREFOUR, também sediada no Brasil.

O negócio entabulado para aquisição de ATACADÃO foi realizado tendo como adquirente KORCULA, empresa controlada por BREPA, constituída em fevereiro de 2007 e com capital de R\$ 100,00. Dois meses após, os sócios de KORCULA cederam suas quotas à BREPA (99%) e CARREFOUR (1%). Em seguida, KORCULA passou a ocupar o mesmo prédio onde já se encontravam os novos sócios. O quadro elaborado pela autoridade fiscal (fl. 15477 - fl. 16.168 deste processo) ilustra bem o organograma do grupo em 30/04/2007:



De acordo com o Termo de Verificação, outros atos foram realizados em sequência:

- Em 27/04/2007 sócio de BREPA (CARREFOUR BV) aumenta em R\$ 1.137.810.798,17 o capital de KORCULA;

- Três dias depois (30/04/2007), BREPA utiliza praticamente o mesmo valor (R\$ 1.137.810.898,00, diferença de R\$ 10,00) para aumentar o capital em KORCULA, com a anuência do outro sócio (CARREFOUR);

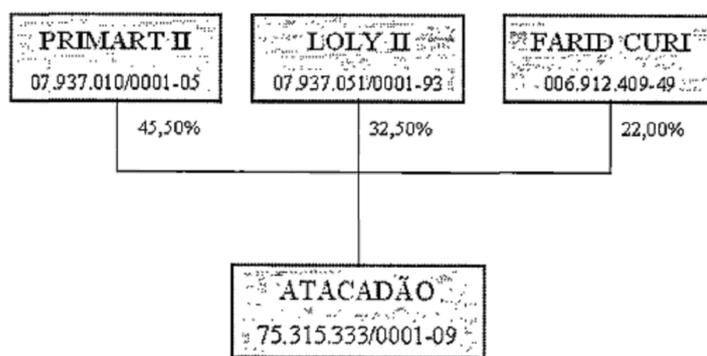
- Quinze dias após o aumento de capital promovido pela BREPA, em 15/05/2007, CARREFOUR integralizou e aumentou o capital social da KORCULA em mais R\$ 12.507.285,00;

- Aquisição de ATACADÃO iniciou-se antes do aumento de capital de BREPA. PRIMART II e LOLY II detinham as ações de ATACADÃO. Em 20/04/2007 foi celebrado contrato tendo como vendedores as pessoas físicas sócias de PRIMART II (“família Lima”), as pessoas físicas sócias de LOLY II (“família Schmeil”) e Farid Curi, e, como compradora, KORCULA;

- Apesar de KORCULA figurar como compradora, o contrato previa que as notificações decorrentes das obrigações aí assumidas deveriam ser enviadas à BREPA, como garantidora e principal pagadora das obrigações da compradora.

- No momento da assinatura do Contrato de Venda e Compra de Quotas tanto KORCULA quanto BREPA não dispunham dos recursos necessários para efetivar a compra de ATACADÃO. Os recursos para a compra vieram do exterior, da empresa CARREFOUR BV, na véspera do efetivo pagamento aos vendedores;

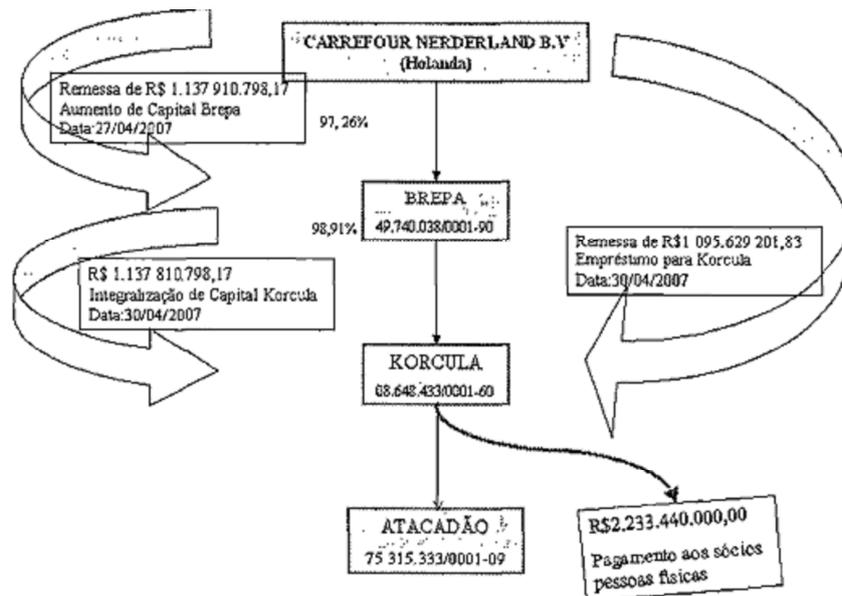
- Naquela ocasião, o controle de ATACADÃO era assim composto (quadro à fl. 15475 - fl. 16.166 deste processo):



- Com os recursos obtidos, KORCULA adquiriu as quotas de PRIMART II, de LOLY II e de Farid Curi, passando a deter o controle total do ATACADÃO, direta ou indiretamente;

- O valor total da aquisição foi de R\$ 2.233.440.000,00. KORCULA, contudo, no momento do fechamento do negócio (30/04/2007), somente dispunha de R\$1.137.810.898,00 oriundos do aumento de capital promovido pela BREPA;

- O restante foi obtido mediante empréstimo direto do CARREFOUR BV a KORCULA, no montante de R\$ 1.095.629.201,83. Constata-se, assim, que os recursos para a compra de ATACADÃO tiveram origem em CARREFOUR BV, quer por meio de aumento de capital que somente transitou por BREPA, quer por meio de empréstimo direto para KORCULA, conforme elucida quadro à fl. 15480 (fl. 16.170 deste processo):



- A passagem desses recursos pela BREPA e pela KORCULA foi de apenas algumas horas, visto que foram recebidos em 30/04/2007 e transferidos para os vendedores no mesmo dia 30/04/2007;

- O ágio pago por KORCULA na aquisição de ATACADÃO chegou a R\$ 1.780.738.273,26;

- A incorporação da KORCULA por ATACADÃO foi precedida pela incorporação da PRIMART II e LOLY II pela KORCULA;

- Assim, em dezembro de 2007, ATACADÃO passou a ser subsidiária integral de KORCULA;

- Os controladores de KORCULA (BREPA E CARREFOUR) aprovaram a incorporação de KORCULA por sua controlada ATACADÃO;

- Foi promovida alteração no Contrato Social da ATACADÃO, em 31/01/2008, finalizando a incorporação de KORCULA. O capital social passou de R\$474.607.496,00 para R\$1.149.846.178,84. Portanto, a empresa ATACADÃO passou a ser controlada direta da BREPA e do CARREFOUR;

- O ágio advindo da aquisição de KORCULA (R\$ 1.780.738.273,26), após os ajustes no valor da aquisição decorrentes de compromissos existentes no ATACADÃO anteriores à data de fechamento e de responsabilidade dos vendedores, o valor efetivo do ágio apurado na operação atinge R\$1.702.116.571,36;

- Após a incorporação reversa de KORCULA por ATACADÃO, iniciou-se a amortização do ágio.

Analisando o caso concreto, não tenho dúvidas de que estamos diante de uma operação artificial, com utilização de empresa veículo, cujo objetivo do desenho da operação foi permitir a amortização do ágio.

Segundo a RECORRENTE, a utilização de empresas veículos, por si só, não é suficiente para determinar os efeitos fiscais de determinada operação. Aduz ainda que a utilização de KORCULA buscava manter separadas as atuações de CARREFOUR e ATACADÃO.

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

Não se pode confundir o direito a contabilização do ágio com as condições para amortização em termos fiscais.

Vejamos, com base no Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99), a legislação que rege a matéria:

Amortização do Ágio ou Deságio

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

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

Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido

Art.426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

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

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;

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

Constata-se, assim, que, em regra geral, o ágio deverá ser ativado e utilizado como custo somente no momento da alienação do investimento, obviamente se essa vier a ocorrer, o que, frise-se, não há qualquer notícia de que tais alienações tenham ocorrido no caso concreto.

Nesse sentido, compulsando os autos, percebe-se claramente que o investimento realizado (aquisição das ações da RECORRENTE), e adquirido com ágio, comporia o ativo da então adquirente, provavelmente, por tempo indeterminado, haja vista a continuidade das operações, em seu próprio nome, por parte da RECORRENTE.

Assim, caso a aquisição fosse realizada pela holding que efetivamente atuava (BREPA), ou qualquer outra empresa operacional do grupo Carrefour no Brasil, não haveria qualquer extinção do investimento, haja vista a continuidade das operações da RECORRENTE.

A artificialidade da operação foi justamente buscar o contorno de tais normas imperativas, que impunham a ativação do ágio, buscando posicionar a RECORRENTE diante de normas de contorno, quais sejam, o art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99, transcritas a seguir, mediante operações societárias meramente com fins fiscais:

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

[...]

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

[...]

§6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

[...]

II - a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária. [grifos nossos]

Isso porque o fato de a formação do ágio ter cumprido os requisitos legais estabelecidos, em especial aqueles em que essa turma firmou entendimento necessários (o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; a realização das operações originais entre partes não ligadas; seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura), não possui o condão de permitir que a regra geral seja desrespeitada, qual seja, o ágio deverá compor o custo do investimento para fins de apuração de ganho de

capital em eventual alienação (inteligência do art. 391 c/c art. 426, II, ambos do RIR/99).

A meu ver, independentemente do desenho das operações e dos eventuais propósitos negociais na utilização de empresas veículo, não havendo extinção do investimento adquirido com ágio mediante confusão patrimonial entre investida e investidora, não há que se falar em dedutibilidade do ágio.

Desde o julgamento do processo nº 16561.720026/2011-13 (“Caso Bunge” – acórdão nº 1402-001.460), no qual fui designado redator do voto vencedor, esta turma, ainda que por voto de qualidade, passou a adotar tal posicionamento.

Fixou-se o entendimento que, em regra, o ágio efetivamente pago em operação entre empresas não ligadas e calcadas em laudo que comprove a expectativa de rentabilidade futura deve compor o custo do investimento, sendo dedutível somente no momento da alienação de tal investimento (inteligência do art. 426 do Decreto nº 3.000/99 Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99). A amortização do ágio seria exceção.

Por decorrência, incluiu-se nova premissa para que a amortização do ágio por rentabilidade futura fosse possível, qual seja, a extinção do investimento em razão da absorção do patrimônio da investidora pela investida, ou vice-versa, conforme prevê o art. 386, e seu inciso III, do RIR/99.

Naquele caso, semelhante à operação ora em análise, a hipótese também tratava da utilização de empresa veículo cujo único objetivo foi possibilitar, mediante reestruturação societária meramente artificial e formal, a amortização do ágio.

Nessa senda, para que o ágio com fundamento em rentabilidade futura possa compor o resultado do período, o regulamento do imposto de renda impõe ou a alienação do investimento – nesse caso, na forma de custo de aquisição, ou mediante amortização, desde que haja incorporação, fusão ou cisão entre investidora e investida (art. 386, caput e inciso III), ainda que de forma reversa (art. 386, § 6º, II), em outras palavras, a extinção do investimento em razão da confusão patrimonial entre investida e investidora.

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

Contudo, o alcance do disposto no art. 386 do RIR/99, cuja base legal são os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 não possui o alcance que a RECORRENTE entende possuir.

Não há, por assim dizer, um direito natural à amortização do ágio, uma vez que a regra geral é que o ágio compõe o custo de aquisição do investimento.

Também não há que se falar que os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 estabeleceram um benefício fiscal (à época, visando às operações de privatização), uma vez que, na realidade, tais dispositivos legais foram editados com viés antielísivo, uma vez que, na legislação então vigente, com a extinção do

investimento, bastaria à pessoa jurídica avaliar o acervo líquido recebido a preços de mercado, e toda a diferença entre este acervo e o valor contabilmente registrado, relativo à participação societária extinta, era imediatamente deduzido como perda, para fins fiscais, qualquer que fosse o fundamento daquele ágio (art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77).

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

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

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

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

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

Este ponto merece ser melhor explicitado, visto que há muitos juristas e doutrinadores — quiçá a maioria, até — que tratam os referidos artigos 7º e 8º como um incentivo fiscal às privatizações. Contudo, o entendimento aqui exposto não é isolado, e, neste sentido, transcrevo excerto de manifestação de Luís Eduardo Schoueri em recente livro¹ a respeito do tema:

Muitos acreditam que a referida lei constituiu incentivo fiscal às privatizações.

Neste sentido é o entendimento de Roberto Quiroga Mosquera e Rodrigo de Freitas, quando estes assinalam que o tratamento fiscal conferido ao ágio pela Lei nº 9.532/1997 ‘foi estabelecido no contexto de incentivo às privatizações, em que o Estado

¹ SCHOUERI, Luis Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo: Dialética, 2012, p. 6668

brasileiro tinha interesse em oferecer condições vantajosas aos adquirentes e, com isso, conseguir melhores preços’.

O mesmo raciocínio pode ser visto em Marcel e Michel Gulin Melhem, segundo os quais uma (e talvez a principal) das razões para a criação das normas sobre dedutibilidade do ágio na incorporação teria sido o incentivo ao “então chamado Programa Nacional de Desestatização, tornando as empresas estatais mais atraentes aos investidores privados, uma vez que o ágio eventualmente pago nos leilões de privatização poderia ser deduzido fiscalmente”. É, ainda, o mesmo entendimento de João Dácio Rolim e de Frederico de Almeida Fonseca, para quem um dos motivos para o tratamento dado ao ágio pela Lei no 9.532/1997 “foi o de fomentar o chamado ‘Programa Nacional de Desestatização do Governo Federal’”.

Tal posicionamento não deixa de ser curioso. Afinal, se anteriormente o ágio era deduzido integralmente, a imposição de restrições não poderia ser considerada um incentivo. A exposição de motivos da Medida Provisória no 1.602/1997 deixou hialino esse intuito de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que os justificassem.

Segundo as palavras utilizadas à época pelo Poder Executivo para justificar a introdução de disciplina diferenciada para o ágio conforme sua fundamentação, houve a necessidade de se coibir planejamentos tributários consistentes na aquisição com ágio de empresas deficitárias e posterior incorporação que fizesse com que o ágio fosse deduzido na empresa lucrativa.

Como antigamente não havia qualquer coerência e consistência para a dedução do ágio, a falta de regulamentação específica estava sendo utilizada para distorcer a lógica do sistema, o que gerou motivação suficiente para que o legislador barrasse esses artifícios prejudiciais à completude do ordenamento jurídico.”

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

Antigamente, o Decreto 1.598/77, em seu artigo 34, atual artigo 430 do RIR/99 [...]

Não havia prazo mínimo para esta operação de registro da perda, certo que alguns contribuintes, fortes na avaliação apenas de bens tangíveis e ignorando a valorização de intangíveis, registravam perdas quase pela totalidade do ágio pago na aquisição. E isso em operações muitas das vezes instantâneas.

[...]

A motivação para a nova regra teve caráter antielisivo, conforme a exposição de motivos ao artigo 8º da MP 1.602/97, convertido no artigo 7º da Lei 9.532/97, verbis:

[...]

A única conclusão possível, portanto, é que a nova regulamentação, além de tomar despicienda qualquer avaliação de acervo líquido quando existente ágio ou deságio, criou prazo mínimo para a amortização, no caso 5 anos, como forma de evitar o ganho fiscal imediato que anteriormente se obtinha, pelo reconhecimento a um só tempo da diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido.

No entanto, não há na norma qualquer permissão para que tal efeito represente um ajuste ao lucro líquido, mediante exclusão no LALUR. O fato é contábil, representativo do controle na escrituração da amortização do ágio após a incorporação. Como bem observou a decisão recorrida, apenas se a amortização ultimar-se em período anterior a cinco anos, haverá necessidade de ajustes por adição e exclusão, para respeito ao prazo mínimo definido na norma.

Portanto, longe de veicular o benefício fiscal de amortização do ágio, os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 vieram impor limites a tal dedução.

Em relação ao desenho da operação realizada pela RECORRENTE, não se pode olvidar que o contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio de maneira que melhor lhe convém, com vistas à redução de custos e despesas, inclusive à redução dos tributos, sem que isso implique, necessariamente, qualquer ilegalidade.

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

Nesse sentido, colacionam-se a seguir os ensinamentos de Marco Aurélio Greco²:

... a pergunta que se põe é: admitida a existência do direito de o contribuinte organizar a sua vida, este direito pode ser utilizado sem quaisquer restrições? Ou seja, tal direito é ilimitado? Todo e qualquer “planejamento” é admissível? Minha resposta é negativa. (pág. 190)

Ou seja, cumpre analisar o tema do planejamento tributário não apenas sob a ótica das formas jurídicas admissíveis, mas também sob o ângulo da sua utilização concreta, do seu funcionamento e dos resultados que geram à luz dos valores básicos de igualdade, solidariedade social e justiça. (pág. 202)

[...] com o advento do Código Civil de 2002 a questão ficou solucionada, pois seu artigo 187 é expresso ao prever que o abuso de direito configura ato ilícito:

² GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 198208.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (pág. 206)

No Brasil, entendo que esta possibilidade de recusa de tutela ao ato abusivo (mesmo antes do Código Civil de 2002) encontra base no ordenamento positivo, por decorrer dos princípios consagrados na Constituição de 1988 e da natureza da figura.

Porém, a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo porque sua única ou principal finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto.

Esta conclusão resulta da conjugação dos vários princípios acima expostos e de uma mudança de postura na concepção do fenômeno tributário que não deve mais ser visto como simples agressão ao patrimônio individual, mas como instrumento ligado ao princípio da solidariedade social. (pág. 208)

Em suma, não há dúvida de que o contribuinte tem o direito, encartado na Constituição Federal, de organizar sua vida da maneira que melhor julgar. Porém, o exercício deste direito supõe a existência de causas reais que levem a tal atitude. A auto-organização com a finalidade predominante de pagar menos imposto configura abuso de direito, além de poder configurar algum outro tipo de patologia do negócio jurídico, como, por exemplo, a fraude à lei. (pág. 228)

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

Ricardo Lobo Torres, a esse respeito, esclarece que “a proibição da elisão abusiva no campo tributário nada mais é que a especificação do princípio geral, jurídico e moral, da vedação do abuso de direito”.³

[...]

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

A artificialidade da operação está, justamente, no passo intermediário utilizado pela RECORRENTE a fim de que o ágio, que deveria compor o custo do investimento, que talvez nunca seja alienado, pudesse ser amortizado: a criação de empresa veículo, a fim de que pudesse ser realizada uma operação de reestruturação com incorporação reversa permitindo, no entender da RECORRENTE, o início da amortização dos valores de ágio.

Aduz a autoridade fiscal autuante que o real adquirente de ATACADÃO foi CARREFOUR BV, uma vez que todos os recursos utilizados na aquisição do novo investimento foram internalizados por CARREFOUR BV (parte via aumento de

³ LOBO TORRES, Ricardo. Planejamento Tributário. Elisão abusiva e evasão fiscal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 20

capital em BREPA, a qual, ato contínuo, utilizou para aumentar capital em KORCULA, parte via empréstimo diretamente a KORCULA). Ainda que imaginássemos que CARREFOUR BV pudesse capitalizar a holding no Brasil (BREPA), para que ela fizesse a aquisição direta de ATACADÃO, em nada seria alterado o panorama.

Com efeito, mostra-se falacioso o argumento de que o ágio seria amortizado de qualquer modo, pois, conforme já repisado, o investimento no ATACADÃO manteve-se inerte em BREPA (ou, no entender da autoridade fiscal, em CARREFOUR BV), e, as operações a que diziam respeito o investimento, permaneceram segregadas na RECORRENTE, o que inviabilizaria por completo qualquer forma de amortização do ágio para o resultado fiscal. Poderia, por exemplo, haver a incorporação de BREPA por ATACADÃO, viabilizando, em tal hipótese, a amortização do ágio. Contudo, alega a RECORRENTE que tal operação não seria viável em razão de BREPA ser holding de outras empresas do grupo. Ora, se não há a possibilidade de extinção do investimento mediante confusão patrimonial entre investida e investidora, não há como se aceitar a interposição de uma outra pessoa jurídica, flagrantemente atuando como “empresa veículo”, a fim, de artificialmente, transferir o ágio da real adquirente para tal empresa veículo, que, ato contínuo, é incorporada pela investida a fim de viabilizar a amortização do ágio das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Da análise do Termo de Verificação Fiscal, da decisão recorrida e do recurso voluntário apresentado, são incontrovertidos.

A respeito de KORCULA:

- teve vida efêmera (menos de 1 ano, sendo extinta 8 meses após a aquisição de ATACADÃO);
- a única operação relevante realizada foi a aquisição de ATACADÃO (RECORRENTE), tendo sido, ao final, por esta incorporada;
- era 100% controlada por empresas do Grupo Carrefour;
- foi capitalizada poucos dias antes da aquisição de ATACADÃO, parte via aumento de capital subscrito por BREPA (que dias antes teve seu capital aumentado com subscrição de CARREFOUR BV), parte via empréstimo concedido por CARREFOUR BV;
- não possuiu empregados nem incorreu em despesas administrativas durante sua curta existência;
- foi incorporada por ATACADÃO 8 meses após a aquisição de tal investimento;
- as operações de ATACADÃO mantiveram-se inertes, sem qualquer outra operação societária de incorporação/fusão/cisão com qualquer outra pessoa jurídica.

Sem dúvida, esses são os fatos, frisa-se, incontrovertidos. A discussão posta gira em torno dos motivos e finalidades da criação de KORCULA. A Fiscalização é incisiva ao afirmar que o único propósito de KORCULA foi possibilitar que o ágio gerado na aquisição de ATACADÃO pudesse ser amortizado: KORCULA teria sido criada pelo Grupo Carrefour para adquirir ATACADÃO e ser por essa incorporada a fim de que, mantendo as operações de ATACADÃO intactas e isoladas das demais empresas do grupo, o ágio pudesse reduzir o seu próprio resultado tributável, e, por conseguinte, reduzir o montante de IRPJ e CSLL devido. Já a RECORRENTE

rebate os argumentos da Fiscalização, afirmando e reafirmando que KORCULA era, de fato, uma sociedade empresária (holding não financeira).

[...]

Os valores aportados na constituição e posterior aumento de capital KORCULA foram justamente os necessários para a aquisição de ATACADÃO, e às vésperas da operação.

[...]

A RECORRENTE limita-se a afirmar que KORCULA era uma holding e não poderia ser considerada empresa veículo simplesmente por não ter empregados e por seu objeto social ser exclusivamente a detenção de participação em uma ou mais sociedades, visto que o artigo 2º, § 3º, da Lei 6.404, de 1976, expressamente admite a constituição de empresas com essa finalidade. Ela também em sua tese invoca o artigo 31 da Lei nº 11.727, de 2008.

[...]

Ainda segundo a RECORRENTE, a constituição de KORCULA se justificaria porque as atividades da RECORRENTE eram, de certa forma, diversas da atividade desenvolvida pelo grupo Carrefour no Brasil. Por isso, o grupo entendeu ser mais seguro e eficiente ter o desenvolvimento do novo investimento em uma sociedade autônoma, desvinculada das empresas que já existiam e se dedicavam puramente ao mercado varejista. Tal arranjo proporcionaria um período de adaptação razoável do novo investimento às diferenças de atuação e aos princípios adotados pelo grupo Carrefour. A RECORRENTE indica ainda mais uma justificativa para a participação de KORCULA na operação: permitir que o ATACADÃO arcasse com o ônus do empréstimo tomado para em parte custear sua própria aquisição.

[...]

Entendo, assim, restar evidente que KORCULA era suma simples “empresa de prateleira”, sem qualquer atividade operacional. O objetivo de sua constituição, sem dúvida, foi permitir a amortização do ágio, e, para tanto foi utilizada para adquirir o investimento com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida a fim de possibilitar a redução dos resultados tributáveis da RECORRENTE.

No que atine aos propósitos trazidos para a incorporação, além de serem inerentes a qualquer operação de incorporação, há de se perguntar o porquê da alteração de panorama: todos esses objetivos de simplificação da estrutura societária, consolidação e redução de gastos e despesas não seriam necessários se o real adquirente de ATACADÃO tivesse feito, meses antes, a aquisição direta de suas ações.

Ora, não é crível que em poucos meses o mesmo grupo econômico justifique a criação de uma empresa para a aquisição de controle total de uma outra e, ao final, altere completamente o seu comportamento justificando que se faz necessária a simplificação da estrutura do grupo econômico por meio da incorporação empresa recém criada pela própria empresa investida. Trata-se da máxima do *venire contra factum proprium*, ou seja, vedação ao comportamento contraditório.

Ademais, em nenhum momento a RECORRENTE esclarece o porquê da criação KORCULA. A pseudo justificativa trazida aos autos pode ser considerada um argumento sem conteúdo. A RECORRENTE deveria demonstrar algo bem simples: por que não se fez a aquisição de ATACADÃO diretamente pelas empresas

já existentes do grupo Carrefour, sem a criação de KORCULA? A alegação de que necessitava manter as operações segregadas em nada interfere em minha conclusão: bastaria adquirir ATACADÃO diretamente, sem contudo, incorporá-lo!

Repise-se: não há um só elemento objetivo trazido pela RECORRENTE que justifique o porquê da criação de KORCULA, empresa efêmera, que realizou um único negócio durante sua existência (a aquisição de ATACADÃO), servindo, sem sombra de dúvidas, para permitir a amortização de ágio. Outra finalidade deveria ser comprovada pela RECORRENTE, que não se desincumbiu de seu ônus probatório.

Salienta-se que sem a utilização da denominada “empresas veículo” (KORCULA) não haveria amortização do ágio, pois tais valores deveriam compor o custo do investimento, conforme já abordado. Nesse contexto, é de pouco relevo se a “empresa veículo” efetivamente operava, ou se sua existência foi efêmera. O importante para a caracterização como *conduit company* foi a efemeridade de suas participações no negócio, em si. Em curto lapso, simplesmente por sua interposição em negócio jurídico, foi capaz de causar efeitos tributários, não em si mesma, mas na pessoa jurídica que efetivamente ocupava um dos polos da operação comercial perpetrada, no caso, a RECORRENTE.

[...]

Por fim, é imperioso esclarecer que a atuação baseia-se exclusivamente no passo intermediário da reorganização societária e dos seus efeitos tributários. Não se contestam, pois, os objetivos comerciais finais da reorganização.

Destaca-se ainda, que o lançamento não se baseia no disposto no art. 116, parágrafo único do Código Tributário Nacional, como bem demonstram o Termo de Verificação, a decisão recorrida e a fundamentação do presente voto.

Assim sendo, entendo que o lançamento em questão, bem como a decisão recorrida, não estão em descompasso com a legislação vigente.

Por esses motivos, nego provimento ao recurso quanto a amortização dos ágios mediante utilização de empresa veículo, aplicando as conclusões também à CSLL, dada a ausência de qualquer aspecto específico tratado em recurso.

Após a ciência quanto a essa decisão, a contribuinte manejou recurso especial, também já julgado pelo Acórdão nº 9101-002.962, cuja conclusão foi a seguinte:

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

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma "empresa-veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que

propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

A fundamentação do voto condutor, da lavra da relatora, i. Cons. Adriana Gomes Rêgo, é contundente, no sentido de que o ágio não poderia ser amortizado. Vejam-se excertos abaixo:

Analisando as operações descritas, a Fiscalização considerou que a aquisição foi feita, de fato, por CARREFOUR BV, empresa sediada nos Países Baixos, tendo a KORCULA sido utilizada com o fim único de possibilitar a extinção do investimento adquirido com ágio e, assim, de forma artificial, possibilitar a dedução da amortização desse ágio como despesa das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL (KORCULA exerceu a função de "empresa veículo").

A Recorrente, por outro lado, funda suas alegações em dois eixos básicos. De um lado ataca a conclusão de que a KORCULA seria mera "empresa veículo", afirmando seu efetivo propósito negocial. Aduz que a KORCULA não fez surgir ou aumentar o ágio, mas sim desempenhou função relevante no processo de aquisição, tendo recebido aumento de capital, tomado empréstimo e o renegociado com novo credor, adquirido as participações na Recorrente, sendo, ao final, incorporada pela Recorrente. De outro, aduz que, ainda que a KORCULA fosse uma "empresa veículo" sem propósito negocial, a dedução da amortização do ágio seria legítima, uma vez que os requisitos da Lei nº 9.532, de 1997, foram atendidos.

Nesse sentido, assevera que as despesas geradas pela amortização fiscal do ágio resultante da aquisição da Recorrente pela KORCULA foram abatidas contra as receitas geradas pelas atividades econômicas da própria Recorrente, não encontrando a pretensão da autoridade fiscal de obrigar o investidor a adquirir diretamente empresa alvo qualquer respaldo na legislação aplicável.

Ainda que não se esteja diante de caso em que o ágio foi artificialmente gerado em operações internas de grupo econômico sem que tenha havido dispêndio, não se pode afirmar a dedutibilidade de sua amortização nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL tão somente pela higidez de sua origem. A legitimidade do ágio e o direito à contabilização de sua amortização não estabelecem, por si só, o direito à sua dedução fiscal. Com efeito, a legislação tributária, ao fixar o tratamento fiscal do ágio, estabelece contornos próprios para esse instituto, e a dedutibilidade de sua amortização depende do estrito cumprimento das regras ali estabelecidas.

Nesse sentido, em elucidativa incursão conceitual e histórica do ágio, o Conselheiro André Mendes de Moura afirma o conceito jurídico próprio de ágio, o qual é determinado pela legislação tributária e baliza a apreciação dos efeitos na apuração dos tributos (acórdão nº 9101-002.304, desta 1ª Turma da CRSF, de 6 de abril de 2016). Nesse e em diversos outros julgados recentes desta Turma em que o voto condutor foi de sua lavra se afirma que "*o conceito do ágio é disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, e trata-se de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica*".

Nesse contexto, a legislação tributária estabelece duas situações (ou "eventos") em que o ágio contabilizado é "aproveitado" na redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Ambas se relacionam a eventos em que o investimento da investidora na investida se extingue, deixa de existir.

O primeiro evento é o de alienação ou liquidação do investimento na investida pela investidora. O ágio contabilizado se soma ao valor de patrimônio líquido do investimento para compor o valor contábil a ser considerado na apuração do ganho de capital, reduzindo-o (art. 33 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, na redação da época dos fatos, e art. 426 do RIR/1999). E o investimento deixa de existir na investidora, com a baixa do investimento alienado, ocorrendo uma "separação" entre investidora e investida.

O segundo evento é o de incorporação, fusão ou cisão em que investidora e investida passem a constituir uma mesma empresa. A partir da edição da Medida Provisória nº 1.607, de 1997, convertida na Lei nº 9.532, de 1997, tal situação passou a ser regradada pelos dispositivos ali existentes (arts. 7º e 8º na Lei nº 9.532, de 1997). Com a absorção da investida pela investidora (ou vice-versa) ali prevista, ocorre o "encontro" entre investida e investidora (confusão patrimonial) e a consequente extinção do investimento. Nessa situação, os dispositivos em questão estabelecem permissivo legal de o ágio contabilizado ser amortizado (e deduzido) à razão de no máximo um sessenta avos por mês.

De anotar, aliás, a concepção expressa no acórdão recorrido de que a hipótese de aproveitamento do ágio via amortização em caso de incorporação, fusão ou cisão, é excepcional em face da regra geral de utilização do ágio somente na alienação do investimento ("*constata-se, assim, que, em regra geral, o ágio deverá ser ativado e utilizado como custo somente no momento da alienação do investimento, obviamente se essa vier a ocorrer ... a amortização do ágio seria exceção*").

Os referidos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, foram integralmente incorporados ao RIR/1999 por meio de seu art. 386. Esse dispositivo do RIR/1999 guarda forte relação com o artigo que lhe antecede, o qual, reproduzindo as disposições do art. 20 do já citado Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, estabelece as regras de contabilização do ágio.

Transcrevem-se, pois, os arts. 385 e 386 do RIR/1999:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do §2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do §2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

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

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do §2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §1º).

§2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §2º):

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

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

§3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §3º):

I - será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu

causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

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

§4º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §4º).

§5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §5º).

§6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

II - a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

§7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no §2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11).

Das disposições dos artigos transcritos tem-se que a confusão patrimonial entre investidora e investida se revela como fato condicionante para que a amortização do ágio pago na aquisição do investimento se torne possível por ocasião de incorporação, cisão ou fusão. A lógica que permeia esta condição reside no fato de que é a extinção do investimento que enseja o aproveitamento do ágio, e nos casos de incorporação, cisão ou fusão, a extinção do investimento somente ocorre quando os patrimônios da investidora e da investida se encontram (ou se confundem).

Nesse quadro, da mesma forma que o ágio em si não pode ser artificial para que se possa admitir a dedução da despesa com sua amortização (esta 1ª Turma tem sistematicamente mantido glosas em que o ágio foi gerado artificialmente dentro de grupo econômico, sem qualquer dispêndio), também não se pode admitir sua dedução quando a confusão patrimonial é apenas aparente. Assim, caso a empresa investidora cujo patrimônio se encontrou com a empresa investida em decorrência de evento de incorporação, cisão ou fusão não for aquela que efetivamente suportou a aquisição do investimento, a despesa com amortização do ágio não poderá ser deduzida na apuração do IRPJ e da CSLL.

Por diversas oportunidades esta 1ª Turma da CRSF vem se defrontando com casos em que operações societárias e movimentação de recursos precedem a incorporação de empresa adquirida com ágio junto à terceiros, incorporação essa que enseja a amortização do ágio pelo permissivo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. Em todas elas, a averiguação da correção da dedução do ágio amortizado nas

bases de cálculo do IRPJ e da CSLL não se restringe à legitimidade de origem do ágio e aos aspectos formais das operações. A confusão patrimonial entre a real investidora e a investida é requisito indispensável para a dedutibilidade da amortização do ágio, afastando-se situações artificiais em que a incorporação não envolve a real investidora.

Cite-se, por exemplo, o já mencionado acórdão nº 9101-002.304 (de 6 de abril de 2016) e o nº 9101-002.312 (de 3 de maio de 2016), ambos da lavra do Conselheiro André Mendes Moura. Transcreve-se a bem traçada ementa do primeiro julgado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

O conceito do ágio é disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, e trata-se de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

APROVEITAMENTO DO ÁGIO. INVESTIDORA E INVESTIDA. EVENTOS. SEPARAÇÃO. UNIÃO.

São dois os eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

A amortização, a qual se submete o ágio para o seu aproveitamento, constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99, submetendo-se aos testes de necessidade, usualidade e normalidade.

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica. Não há como estender os atributos de normalidade, ou usualidade, para despesas derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO

A cognição para verificar se a amortização do ágio passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência dos arts. 385 e 386 do RIR/99, segundo, se requisitos

de ordem formal estabelecidos encontram-se atendidos, como arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes e reorganizações societárias com substância econômica.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente.

Compartilhando do mesmo patrimônio a controladora e a controlada ou coligada, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável.

Mencione-se também os acórdãos nº 9101-002.428 (de 18 de agosto de 2016) e nº 9101-002.470 (de 21 de novembro de 2016), em que o Conselheiro Rafael Vidal de Araújo figurou como Relator, valendo transcrever o trecho a seguir da ementa do último julgado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

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

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma "empresa-veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

Cite-se, por fim, o acórdão nº 9101-002.213 (de 3 de fevereiro de 2016), da lavra do Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão, cuja ementa é transcrita a seguir:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

ÁGIO. INVESTIDA. REAIS INVESTIDORAS. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. INDEDUTIBILIDADE. IRPJ. CSLL.

Nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras.

No antes referido acórdão nº 9101-002.470, o Conselheiro Rafael Vidal de Araújo foi preciso ao situar a figura do investidor de fato, que suporta o ágio, e a confusão patrimonial, efetiva e não aparente, nos componentes pessoal e material das regras de amortização do ágio que o RIR/1999 traz, nos já transcritos arts. 385 e 386, da Lei nº 9.532, de 1997, e no Decreto-Lei nº 1.598, de 1977. Caso o ágio não tenha sido de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial", não restarão satisfeitos nem o aspecto pessoal da norma nem o material, não havendo "*sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio instituída pelo art. 386 do RIR/1999*". Confirma-se:

Conclui-se, portanto, que o art. 386 do RIR/1999, sob o aspecto pessoal, se dirige à investidora que vier a incorporar sua investida (ou por ela ser incorporada), após ter efetivamente acreditado na mais valia do investimento, feito os estudos de rentabilidade futura e desembolsado os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o do ágio). Ou seja, quando ocorre a incorporação é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço, pago em momento anterior pela investidora em razão da confiança na rentabilidade futura da investida.

*Destaque-se que a regra se aplica tanto à incorporação da investida pela investidora quanto, no sentido inverso, à hipótese em que a investidora é que é incorporada por sua investida. Em ambos os casos, a lei exige que a investidora envolvida na incorporação seja a "original" ou *stricto sensu* (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada à pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco).*

(...)

De forma correlata ao que se analisou quanto ao aspecto pessoal, a confusão de patrimônios, principal item do aspecto material para fins de enquadramento no art. 386 do RIR/1999, consuma-se quando, na sociedade incorporadora, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro

(aquele que foi sobre-avaliado) passam a se comunicar diretamente (os riscos se fundem: o risco do investimento assim entendidos os recursos aportados e o risco do empreendimento).

Compartilhando o mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual a pessoa jurídica detentora da "mais valia" (ágio) do investimento baseado na expectativa de rentabilidade futura passa a ser responsável também por honrar tal rentabilidade.

Assim, a legislação permite que o contribuinte considere perdido o capital que foi investido com o ágio e deduza a despesa relativa à "mais valia".

Configuração semelhante ocorre na incorporação reversa, na medida em que a pessoa jurídica responsável por gerar a rentabilidade esperada para o futuro passa a ser a detentora do ágio baseado na expectativa de tal rentabilidade.

Sendo assim, pressupõe-se que a "mais valia" porventura contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participam da "confusão patrimonial".

Para fins de acesso à dedutibilidade estabelecida pelo art. 386 do RIR/1999, a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento deve incorporar tal investimento (incorporação da investida pela investidora) ou ser incorporada pela empresa onde investiu (incorporação "às avessas").

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/1999, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material das hipóteses ali previstas. Na atual redação destes dispositivos, exclusivamente no caso em que houver o efetivo desembolso de valores (ou sacrifício de outros ativos) a título de investimento da investidora (futura incorporadora ou, no caso da incorporação reversa, incorporada) na investida (futura incorporada ou, no caso da incorporação reversa, incorporadora), é que haverá o atendimento aos aspectos pessoal e material. Se o ágio não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial", não há sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio instituída pelo art. 386 do RIR/1999.

O Conselheiro André Mendes Moura, por sua vez, no acórdão nº 9101-002.304, mostra que, independentemente da "genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada", o investidor originário é, de fato, aquele de quem partem a decisão e os recursos para a aquisição do investimento com sobrepreço. Veja-se:

*A primeira verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado **antes da subsunção do fato à norma**. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da*

construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem viabilizou a aquisição? De onde vieram os recursos de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida?

Quem tomou a decisão de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a investidora originária.

Ainda que a pessoa jurídica A, investidora originária, para viabilizar a aquisição da pessoa jurídica B, investida, tenha (1) "transferido" o ágio para a pessoa jurídica C, ou (2) efetuado aportes financeiros (dinheiro, mútuo) para a pessoa jurídica C, a pessoa jurídica A não perderá a condição de investidora originária.

Pode-se dizer que, de acordo com as regras contábeis, em decorrência de reorganizações societárias empreendidas, o ágio legitimamente passou a integrar o patrimônio da pessoa jurídica C, que por sua vez foi incorporada pela pessoa jurídica B (investida).

Ocorre que a absorção patrimonial envolvendo a pessoa jurídica C e a pessoa jurídica B não tem qualificação jurídica para fins tributários.

Isso porque se trata de operação que não se enquadra na hipótese de incidência da norma, que elege, quanto ao aspecto pessoal, a pessoa jurídica A (investidora originária) e a pessoa jurídica B (investida), e quanto ao aspecto material, o encontro de contas entre a despesa incorrida pela pessoa jurídica A (investidora originária que efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com sobrepreço) e as receitas auferidas pela pessoa jurídica B (investida).

Mostra-se insustentável, portanto, ignorar todo um contexto histórico e sistêmico da norma permissiva de aproveitamento do ágio, despesa operacional, para que se autorize "pinçar" os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, promover uma interpretação isolada, blindada em uma bolha contábil, e se construir uma tese no qual se permita que fatos construídos artificialmente possam alterar a hipótese de incidência de norma tributária.

No presente caso não é preciso muito esforço para se verificar que a confusão patrimonial entre investidora e investida é apenas aparente. Isso porque a investidora (KORCULA) cujo patrimônio se encontrou com o da investida (ATACADÃO) por ocasião de sua incorporação reversa não foi quem, de fato, efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com ágio. Não é ela (KORCULA) a investidora real (ou originária), mas sim empresa efêmera pela qual recursos e ágio apenas transitaram ("empresa veículo", para se usar a expressão corrente na doutrina e na jurisprudência).

Diversos elementos fáticos destacados no TVF (item VII, "Análise das Operações Efetuadas pelo Grupo Carrefour") apontam nesse sentido, como se vê a seguir.

Em primeiro lugar, os recursos para aquisição de ATACADÃO por KORCULA vieram da controladora do Grupo sediada no exterior (CARREFOUR BV). Parte através de integralização em aumento de capital em duas etapas (de CARREFOUR BV para BREPA e de BREPA para KORCULA, como mostra o descritivo ao início do voto) e parte em empréstimo de CARREFOUR BV diretamente para KORCULA, empréstimo para o qual não foram cobrados juros. [...]

[...]

Mas há também outros elementos indicativos da artificialidade da amortização pretendida.

Tome-se, por exemplo, o curto espaço de tempo entre a passagem da KORCULA pelo Grupo Carrefour e a efetuação da aquisição do ATACADÃO, bem como a inexistência de estrutura operativa nessa empresa, consideradas a magnitude e a complexidade do negócio, que envolvia avaliação de ativos e ágio por rentabilidade futura. [...]

[...]

A destacar também a rapidez com que os recursos chegaram a KORCULA e passaram para os alienantes de ATACADÃO e a existência efêmera da KORCULA:

[...]

E ainda a inconsistência e a incapacidade de a Fiscalizada justificar a existência da KORCULA: (os quadros abaixo referem-se ao TVF deste processo, cuja redação é idêntica ao do processo nº 16561.720053/2013-58)

99. Apesar dessa constatação, a fiscalizada foi intimada⁵⁵ a justificar os motivos e fins da existência da sociedade **Korcula**, destacando os benefícios esperados. Em resposta foi informado que⁵⁶:

(...)

Como se tratava de um novo negócio, sobre o qual o Grupo Carrefour ainda não tinha certeza dos resultados que iria alcançar, foi feita a opção por desenvolver a nova atividade em empresa autônoma, desvinculada das empresas que já existiam e se dedicavam ao mercado varejista.

(...) após um período de adaptação, a existência da empresa Korcula Participações Ltda passou a ser desnecessária. Assim, foi feito um projeto de reestruturação societária do Grupo Carrefour no Brasil, com o objetivo de integrar essa sociedade e as demais empresas antes pertencentes ao Atacadão, ao Grupo Carrefour.

Com a reorganização das empresas, conseguiu-se reduzir os custos totais de manutenção das estruturas, bem como foram verificados ganhos de eficiência operacional, administrativa e financeira.

100. Vale a pena reapresentar a justificativa constante do Protocolo elaborado quando da incorporação da **Korcula** pelo **Atacadão**:

(...) entendem que a incorporação da segunda nomeada pela primeira é de real interesse das sociedades uma vez que, tendo em vista a correlação existente entre as mesmas, proporcionará uma maior sinergia com o desenvolvimento de outras atividades afins, bem como acarretará considerável economia operacional e administrativa com a concentração das atividades administrativas em uma única unidade. Assim, as administrações das sociedades acima mencionadas entendem de todo conveniente a citada incorporação, pelo que aconselham a sua aprovação.

101. Como se observa o que era **um novo negócio** sobre o qual **não se tinha certeza dos resultados**, tornou-se uma atividade afim, a qual **é conveniente que seja concentrada** em uma única unidade, acarretando considerável economia operacional e administrativa. Bem, não se pode deixar de destacar que **a atividade era “afim” desde a aquisição do Atacadão**, e que a economia resultante da incorporação da **Korcula** não foi muito considerável, visto que não tinha custos, as despesas eram aquelas decorrentes da operação com o **Atacadão**, assim como as receitas. Ainda de acordo com as informações da DIPJ 2008, ano-calendário 2007, era uma empresa **sem** empregados⁵⁷.

Não se trata de ignorar a existência da KORCULA ou de desconsiderar sua personalidade jurídica e regular constituição, ao arrepio do direito civil brasileiro e da legislação societária, como alega a Recorrente. Não se trata, também, de interferir na condução dos negócios de empresa privada por obrigar o investidor a adquirir a empresa alvo diretamente. Se trata, sim, de negar os efeitos fiscais pretendidos pelo grupo econômico pela simples razão de que as regras tributárias aplicáveis não foram satisfeitas.

Como bem assinalou o acórdão recorrido, "*a autuação baseia-se exclusivamente no passo intermediário da reorganização societária e dos seus efeitos tributários*", não se contestando "*os objetivos negociais finais da reorganização*", nem se fundando o lançamento fiscal no art. 116, § único do Código Tributário Nacional.

Se a aquisição pelo Grupo Carrefour de ATACADÃO da maneira pretendida (mantendo a *holding* BREPA como controladora no país das empresas operacionais, inclusive ATACADÃO) não iria conformar situação que permitisse a dedução da amortização do ágio pago na aquisição, a interposição de empresa no processo não tem o condão de reconfigurar as regras para permitir os efeitos fiscais pretendidos. [...]

Não merece acolhida, portanto, o recurso da Contribuinte no que se refere à presente matéria.

Em recente decisão desta turma, no processo nº 16643.720041/2011-51 (acórdão nº 1201-001.872 de 19 de setembro de 2017), por unanimidade de votos, ficou deliberado:

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade comercial ou societária. Nestes casos, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera empresa veículo para transferência do ágio à incorporadora.

No voto condutor dessa decisão, relatoria do i. Cons. Roberto Caparroz de Almeida, está assentado:

Ocorre que no caso dos autos percebe-se a utilização da chamada "empresa veículo", expressão que normalmente é entendida de forma pejorativa, no intuito de desqualificar a operação realizada por seu intermédio.

Já nos manifestamos, em outras ocasiões, pela possibilidade de utilização lícita (e, portanto, não abusiva) de uma empresa veículo, sempre que reste claramente demonstrada a sua razão de ser e finalidade ou, ainda, quando se comprove que os mesmos objetivos poderiam ser alcançados sem a sua interposição.

Ocorre que, no caso dos autos, os argumentos da Recorrente não me convencem acerca da necessidade da empresa brasileira, ao menos da forma como foi utilizada.

Parece-me que realmente o seu único propósito foi o de carrear para o sistema tributário econômico brasileiro valores que posteriormente seriam deduzidos a título de despesas com ágio.

Confirmam-no a sua criação específica e breve existência, a ausência de atividade econômica (conforme demonstrado pela autoridade fiscal), o recebimento integral de recursos oriundos do exterior e sua posterior extinção, numa sequência fática e cronológica que nos leva a concluir que, ao final do "filme", todo o arranjo teve por único objetivo a amortização do ágio.

Nesse contexto, a Câmara Superior recentemente decidiu pela indedutibilidade do ágio:

Acórdão 9101-002.213 – 1ª Turma

Sessão de 3 de fevereiro de 2016

Recorrente FAZENDA NACIONAL

Interessado COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

ÁGIO. INVESTIDA. REAIS INVESTIDAS. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. INDEDUTIBILIDADE. IRPJ. CSLL.

Nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras.

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO Relator

[...]

Cai por terra, nesse cenário, o argumento da Recorrente sobre a impropriedade de a controladora estrangeira ser entendida como real adquirente das ações no Brasil, posto que os recursos dela vieram e o resultado econômico da operação (o fechamento do capital e a titularidade posterior das ações) a ela aproveitaram.

Como a real empresa investidora (a Mittal Steel Company N.V., domiciliada no exterior, com sede na Holanda) e a investida (Arcelor Brasil) continuaram a existir após as operações, a constituição da empresa veículo no país foi a única forma de interinação do ágio, com o intuito de viabilizar sua dedutibilidade.

Muito embora o caso julgado nessa turma não seja exatamente igual ao dos autos, os argumentos acerca da empresa veículo, sua efemeridade, ausência de substância econômica e falta de propósito negocial, são aplicáveis ao caso sob análise.

Mantém-se, pois, a parte do lançamento relativo à amortização/exclusão do ágio.

Glosa de despesas financeiras decorrentes de empréstimo e despesas com o pagamento de juros sobre o capital próprio.

Quanto a esses tópicos, também são adotadas como razões de decidir os fundamentos do voto condutor do acórdão 1402-002.119 (Processo 16561.720053/2013-58):

2.3 GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS DECORRENTES DE EMPRÉSTIMO

Para a Fiscalização, o empréstimo tomado por KORCULA perante terceiros não era necessário, tanto para a aquisição das quotas do ATACADÃO, como para a operação dessa última empresa.

Já a RECORRENTE aduz que a dedutibilidade da referida despesa é evidente. Alega que o empréstimo tomado com terceiros foi imprescindível à aquisição das quotas do ATACADÃO por KORCULA. Nesse cenário, a despesa financeira em questão seria necessária à operação de KORCULA, e, tendo em vista a incorporação desta pela RECORRENTE, tal dedutibilidade permanece em seu patrimônio em face da sucessão empresarial levada a efeito.

Alega ainda que a estrutura adotada para aquisição da totalidade do capital da RECORRENTE – compra alavancada – corresponderia a prática conhecida no mercado, usual e normal no contexto de aquisições de empresas. Não haveria dúvidas de que as despesas financeiras incorridas por ela incorridas, derivadas de empréstimo tomado para efetuar a transação em exame nesse processo administrativo, são consideradas como necessárias e, portanto, dedutíveis da base de cálculo do IRPJ/CSL. A possibilidade de a RECORRENTE deduzir essas despesas financeiras estaria prevista no artigo 17, parágrafo único, do Decreto-lei 1.598/77, e também o artigo 31 da Lei 11.727/08.

Além disso, haveria erro na interpretação dos fatos por parte da Fiscalização, isso porque, ainda que a dívida original tenha sido contratada pela KORCULA com parte relacionada no exterior (CARREFOUR BV), no final da operação a dívida foi tomada com terceiro (o BNP Paribas). No momento da incorporação de KORCULA ao patrimônio da RECORRENTE, a dívida questionada pela autoridade fiscal (Korcula x Carrefour BV) já havia sido quitada, de forma que a RECORRENTE teria assumido diretamente uma dívida com terceiro não relacionado (o BNP Paribas). A opção pelo empréstimo, ainda segundo a RECORRENTE, se deu porque o Grupo Carrefour não deteria recursos disponíveis para investimento de longo prazo, tanto que, no período a que se refere o presente lançamento, o empréstimo já havia sido quitado, capitalizando novamente CARREFOUR BV, sendo que as despesas glosadas advieram justamente de novo empréstimo tomado junto a terceiros (e utilizados para quitação do empréstimo original alcançado por CARREFOUR BV).

Alega ainda que caso fosse considerado que a dívida foi efetivamente tomada face ao Carrefour BV, o que, a seu ver, não foi o que teria ocorrido, a dedução das despesas de juros incorridas no caso em exame só estariam sujeitas aos limites

impostos pelas regras de preços de transferência (Lei nº 9.430/96), regras que foram plenamente observadas por KORCULA e pela RECORRENTE. É hipótese regulada de forma expressa pela legislação tributária em vigor. Assim, se a operação foi completamente efetuada de acordo com as regras que vigoravam à aquela época, não poderia a D. Fiscalização exigir ou obrigar que a Korcula ou a Recorrente adotassem a prática que elas entendem que resultaria em maior pagamento de tributo.

O primeiro ponto a ser observado é que, embora a autoridade fiscal aborde o empréstimo inicial de KORCULA junto à CARREFOUR BV, a glosa efetivamente realizada se deu em relação às despesas financeiras escrituras pela RECORRENTE e relativas ao empréstimo tomado junto a BNP Paribas.

De toda forma, entendo assistir razão à RECORRENTE.

Imaginemos que a operação de capitalização tivesse ocorrido integralmente em BREPA, e esta adquirido ATACADÃO, sendo BREPA posteriormente incorporada por ATACADÃO. As despesas em questão poderiam ser questionadas? A própria decisão recorrida entende que não, uma vez que afirma categoricamente que “*Enquanto a dívida era responsabilidade da Korcula, cujo objeto social declarado era exclusivamente a participação em outras sociedades, os eventuais encargos eram dedutíveis*”.

Discordo da decisão recorrida justamente a partir daí: como poderia uma despesa ser dedutível para determinada pessoa jurídica e, após essa ser incorporada por outra, que lhe sucede em todos os direitos e obrigações, as mesmas despesas não mais serem dedutíveis?

A meu ver, a teor do que dispõe o art. 374 do RIR/99, as despesas com juros pagos ou incorridos pelo contribuinte são dedutíveis como custo ou despesa operacional.

Vejamos a redação de tal dispositivo:

Art. 374. Os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte são dedutíveis, como custo ou despesa operacional, observadas as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 17, parágrafo único):

I - os juros pagos antecipadamente, os descontos de títulos de crédito, e o deságio concedido na colocação de debêntures ou títulos de crédito deverão ser apropriados, pro rata temporis, nos períodos de apuração a que competirem;

II - os juros de empréstimos contraídos para financiar a aquisição ou construção de bens do ativo permanente, incorridos durante as fases de construção e pré-operacional, podem ser registrados no ativo diferido, para serem amortizados. [grifo nosso]

Parágrafo único. Não serão dedutíveis na determinação do lucro real, os juros, pagos ou creditados a empresas controladas ou coligadas, domiciliadas no exterior, relativos a empréstimos contraídos, quando, no balanço da coligada ou controlada, constar a existência de lucros não disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil (Lei nº 9.532, de 1997, art. 1º, § 3º).

Obviamente, não se pode esquecer que continua válida a norma geral de dedutibilidade contida no art. 299 do RIR/99 no sentido de que as despesas são

necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, quando pagas ou incorridas para a realização das transações exigidas pela atividade da empresa, e são usuais ou normais no tipo de transação, operações ou atividades da empresa. No Parecer anexo aos autos de lavra do Ilustre Dr. Ricardo Mariz de Oliveira, consta, explicitamente, esse mesmo entendimento:

Dentre as normas especiais temos a contida no art. 17 do Decreto-lei n. 1598, que está reproduzida no art. 374 do RIR/99, significando, portanto, que, tais despesas estão submetidas à norma especial que lhes reconhece implicitamente a condição de necessárias, e as afasta da cláusula geral contida no art. 299 do atual regulamento em virtude do preceito normativo e de hermenêutica segundo o qual a norma especial afasta a geral.

Destarte, a única situação na qual a despesa financeira pode se tornar indedutível é aquela em os recursos correspondentes ao principal da operação que lhes dá origem não sejam aplicados para a produção dos lucros, como, de resto, ocorre com qualquer despesa objeto de norma especial.

Realmente, se a pessoa jurídica toma empréstimo e repassa o valor mutuado a outra pessoa, ao invés de utilizá-lo em seu empreendimento (sua empresa), não há como justificar a dedução dos respectivos juros contra o seu lucro, para o qual o empréstimo não contribuiu.

[...]

Nestes casos, há uma aproximação da situação com a norma geral do art. 299, porque esta também reflete a mesma essência da vinculação das despesas com a produção do lucro, por serem despesas “necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora”, “pagas ou incorridas para a realização das transações exigidas pela atividade da empresa”, e “usuais ou normais no tipo de transação, operações ou atividades da empresa”.

Como diz a este respeito o Parecer Normativo CST n. 32/81, referindo-se ao art. 47 da lei e ao seu correspondente regulamentar:

“4. Segundo o conceito legal transcrito, o gasto é necessário quando essencial a qualquer transação ou operação exigida pela exploração das atividades, principais ou acessórias, que estejam vinculadas com as fontes produtoras de rendimentos.”

Nesta linha, a Câmara Superior de Recursos Fiscais, apreciando caso de despesas financeiras em que se discutia ter ou não havido repasse, preceituou que “a despesa financeira é, em regra, uma despesa operacional, salvo quando utilizado o recurso para fins estranhos à atividade fim” (Acórdão n. 910100589, de 18.5.2010).

Retornando ao art. 374 do RIR/99, especificamente em seu inciso II, resta evidente que os juros pagos na aquisição de investimentos são dedutíveis. Ainda que

tal dispositivo trate da necessidade de ativação de tais despesas financeiras durante a fase pré-operacional da pessoa jurídica, fecha-se qualquer dúvida a respeito de sua dedutibilidade. Peço vênha para novamente destacar a redação de tal dispositivo: *os juros de empréstimos contraídos para financiar a aquisição ou construção de bens do ativo permanente, incorridos durante as fases de construção e pré-operacional, podem ser registrados no ativo diferido, para serem amortizados*. Ora, caso a pessoa jurídica não se encontre em fase pré-operacional, como no caso de KORCULA, ou ainda BREPA se não houvesse a interposição da empresa veículo, não há dúvidas que tais despesas são dedutíveis de imediato, exceto nas hipóteses em que a própria legislação impõe limites a tal dedutibilidade, como no caso de juros pagos a controlador no exterior (preço de transferência) ou subcapitalização, matérias sequer questionadas pela autoridade lançadora.

Aliás, a própria Receita Federal reconhece tais despesas como operacionais ainda que relacionada a financiamentos de ativos, Pareceres Normativos CST nº 127/73 e nº 26/79, como bem observa o Parecer anexo aos autos.

Corroborando a ideia de que tais despesas seriam dedutíveis pela holding (quer KORCULA, quer BREPA se assim fosse realizada a operação), o art. 31 da Lei nº 11.727/2008, assim dispõe:

Art. 31. A pessoa jurídica que tenha por objeto exclusivamente a gestão de participações societárias (holding) poderá diferir o reconhecimento das despesas com juros e encargos financeiros pagos ou incorridos relativos a empréstimos contraídos para financiamento de investimentos em sociedades controladas.

E, sendo a despesa dedutível pela holding, se esta vem a ser incorporada pela investida, como, aliás, permite explicitamente o art. 8º, alínea “b”, da Lei nº 9.532/97 para fins de amortização de ágio, a despesa antes dedutível assim permanecerá sendo na sucessora, por força do disposto no **caput** do art. 227 da Lei nº 6.404/76:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

Importante salientar que o precedente da Câmara Superior citado pela autoridade autuante (Acórdão 9101-00.287) não se amolda perfeitamente ao caso concreto, uma vez que houve repasse dos recursos recebidos no mútuo. Nesse sentido, destaco passagem do voto condutor do aresto:

Analisando, então, as operações sob o aspecto formal, é possível constatar que, em ato contínuo à contratação do empréstimo, a atuada repassou os recursos obtidos por meio de outro contrato à empresa Albala S.A.

No entanto, se emprestou, como dizer que precisava dos recursos?

O caso concreto mais se amolda ao decidido no Acórdão nº 1302001.293, cujo voto vencedor, na matéria, foi lavrado pelo E. Conselheiro Waldir Veiga Rocha, negando provimento ao recurso de ofício na matéria. Destaco o seguinte excerto do voto condutor:

Acrescento que o conjunto de fatos questionados pelo Fisco se, por um lado, conduzem à indedutibilidade do ágio, pelos motivos já ventilados, devem também conduzir à conclusão de que os encargos financeiros decorrentes dos empréstimos eram

necessários à atividade da empresa, visto que este foi o modo encontrado para honrar acordo firmado em momento anterior. Considero irrelevante que os empréstimos não tenham sido contraídos diretamente pela Itiquira e que, no caso concreto, tenham sido contraídos pela incorporada São Pedro, passando a seguir ao domínio da incorporadora Itiquira. Em qualquer caso, tenho que sua necessidade é incontestável.

Quanto aos aspectos de normalidade e usualidade, se a empresa não dispunha de recursos próprios, nada mais normal do que recorrer ao mercado financeiro para obter os recursos para honrar o acordo de acionistas, tendo que arcar com os ônus daí decorrentes.

Por fim, como o empréstimo tomado junto à BNP Paribas justamente serviu para quitação do mútuo original entre CARREFOUR BV e KORCULA, a meu ver, corrobora o argumento da RECORRENTE de que CARREFOUR BV não poderia ter utilizado tal parcela também para aumento de capital em BREPA, ou mesmo em KORCULA, em razão de não poder abrir de tais recursos financeiros a longo prazo. A quitação do empréstimo original, repito, fornece elementos mais concretos de que CARREFOUR BV poderia até fornecer recursos financeiros para sua holding no Brasil adquirir ATACADÃO, mas somente uma parte em caráter permanente (via aumento de capital), sendo o restante realizado por meio de mútuo em razão da necessidade de utilização de tais recursos em prazo mais curto, não se coadunando com aumento de capital para, logo em seguida, diminuí-lo para devolução à controladora no exterior.

Saliento ainda que a novel legislação que trata da subcapitalização (*thin capitalization*), somente vem corroborar que, em princípio, as despesas de mútuo entre controladora situada no exterior e controlada no Brasil são dedutíveis, somente limitando-se sua dedutibilidade a determinados patamares. No mesmo sentido, a legislação de preços de transferência também impõe limites a tal dedutibilidade, confirmando a tese de que, em regra, tais dispêndios são dedutíveis. Contudo, conforme já explanado, não foi esse o caminho seguido pela autoridade fiscal, que preferiu glosar integralmente tais despesas, a meu ver, de forma incorreta.

Isso posto, voto por dar provimento ao recurso para cancelar a exigência referente a glosa de despesas financeiras.

2.5 DESPESAS COM O PAGAMENTO DE JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO

A autoridade lançadora constatou que o JCP pago a Brepa e Carrefour foram realizados em percentuais trocados: Brepa, que detinha 98,91% do capital, recebeu 1,09% dos juros sobre o capital próprio, e o Carrefour, que possuía 1,09% do capital, recebeu 98,91% dos juros sobre o capital próprio.

Como os juros sobre capital próprios não despesas incorridas ao natural, entendo que, para sua dedutibilidade, faz-se necessário o preenchimento de todos os requisitos legais exigidos para tanto.

Por conseguinte, os valores pagos em descompasso com a legislação não podem ser considerados despesas com juros sobre capital próprio. Logo, tornam-se despesas indedutíveis.

Nesse cenário, perfeitas as considerações da decisão recorrida, cujos fundamentos adoto como razão de decidir: (esses mesmos fundamentos também foram utilizados pelo relator da decisão de primeira instância deste processo)

A terceira infração imputada pelos autuantes é descrita como efetuar o pagamento de juros sobre capital próprio em percentuais invertidos em relação à participação societária e por um valor superior ao correto, em decorrência da aquisição do Atacadão ter passado por uma empresa veículo. A Brepa, que detém 98,91% do capital, recebeu 1,09% dos juros sobre o capital próprio, e o Carrefour, que detém 1,09% do capital, recebeu 98,91% dos juros sobre o capital próprio.

Segundo a impugnante, a irregularidade apontada pelo fisco não tem nenhum efeito prático, pois se o pagamento dos juros tivesse sido feito de forma proporcional ao capital social, os valores que seriam dedutíveis pela sociedade seriam exatamente os mesmos.

No entanto, o argumento da impugnante contém um sofisma e por isso sua conclusão não pode ser aceita. Esse sofisma consiste em desprezar a forma como se dá a tributação dos juros pelas pessoas físicas ou jurídicas que forem as suas beneficiárias. Conforme já demonstrado alhures neste voto, juro sobre capital próprio é uma contradição terminológica, pois os sócios ou acionistas de uma sociedade na realidade não recebem juros pelo capital nela investido. A constituição de uma sociedade empresarial é uma iniciativa de risco, e a remuneração do montante investido dá-se sob a forma de distribuição de lucros ou dividendos, quando o empreendimento é bem sucedido.

Portanto, os juros sobre capital próprio são uma ficção legal, introduzida com o objetivo de incentivar as empresas a tomar capital de seus próprios acionistas ou sócios, especialmente quando esses forem pessoas físicas, em vez de se endividar perante terceiros. Paralelamente, também estimula-se a ampliação do mercado de capitais de risco no Brasil, seja pelo ingresso de novos investidores, seja pela conversão em ações ou participações no capital de empresas de aplicações em ativos de renda fixa, pois os juros sobre o capital próprio, quando pagos a pessoas físicas, se sujeitam a carga tributária similar àquela que sofrem as demais aplicações financeiras de renda fixa de longo prazo.

O incentivo fiscal opera-se pelo seguinte mecanismo: à pessoa jurídica que paga os juros, permite-se deduzi-los como despesas, de sorte que sobre seu montante deixa de incidir a tributação do IRPJ e da CSLL. Por outro lado, o beneficiário sofre a retenção na fonte à alíquota de 15%. Essa alíquota é menor do que a soma da incidência de conjunta do IRPJ e da CSLL, e o benefício fiscal resulta exatamente dessa diferença. Se, em vez dos juros sobre o capital próprio, o acionista ou sócio recebesse apenas participação nos lucros ou dividendos, o montante disponível para distribuição seria menor, pois o lucro distribuível é o que restar após a incidência do IRPJ e da CSLL. Se o beneficiário é pessoa física, a tributação é definitiva e o montante recebido não é computado na declaração de ajuste anual. Se o beneficiário é pessoa jurídica, o montante recebido

deverá ser computado na determinação do resultado tributável, e o imposto retido poderá ser deduzido na declaração de ajuste anual. No entanto, a pessoa jurídica beneficiária, por sua vez, poderá também optar por distribuir juros sobre capital próprio, de modo que a redução da tributação também se observará no seu caso, desde que os seus sócios ou acionistas sejam pessoas físicas.

Por conseguinte, o mecanismo do benefício fiscal implica a transferência da tributação sobre os lucros da pessoa jurídica que os gerou para a figura do investidor final pessoa física, em posse do qual sofre uma incidência menor que a que sofreria caso lhe fossem distribuídos esses lucros sob a forma de dividendos ou de participação nos resultados. Daí se segue também que, para que sejam aferidos todos os efeitos tributários do pagamento de juros sobre o capital próprio, é imprescindível levar em conta também sua forma de tributação nas pessoas físicas ou jurídicas que forem seus beneficiários, e não apenas suas conseqüências na pessoa jurídica que os distribuir.

Pois bem, os autuantes desvendam as causas da proporção inusitada que a autuada adotou na distribuição dos juros, ao demonstrar que enquanto a Brepa teria um resultado tributável positivo com o recebimento de juros sobre o capital próprio no montante que lhe corresponde, o Carrefour pôde absorver essa receita e permanecer com o resultado negativo. Veja-se o Lucro Real declarado pelas sócias, considerando a receita de JCP: (quadro constante no TVF deste processo - fl. 16.204)

DIPJ / Ano-calendário	Lucro Real (R\$) BREPA ⁷⁷	Lucro Real (R\$) CARREFOUR ⁷⁸
2013/ 2012	-2.835.115,13	-23.980.153,43

Portanto, o procedimento da autuada teve o efeito de reduzir indevidamente a tributação total do lucro por ela gerado não na forma pretendida pelo legislador, mas simplesmente manipulando a proporção dos juros que é destinada a cada um de seus sócios. Se tivessem sido pagos de acordo com a participação de cada sócio no capital, a tributação nos beneficiários seria maior. Uma vez que a maior parte dos juros foi paga ao sócio deficitário, praticamente não houve transferência alguma da tributação, visto que quase todo o montante relativo aos juros deixou de ser tributado na pessoa jurídica que os pagou e tampouco o foi na que os recebeu. Com a manobra, a autuada e os seus sócios obtiveram ilicitamente uma vantagem fiscal superior àquela prevista na legislação.

A impugnante argumenta ainda que o artigo 1.007 do Código Civil de 2002 dispõe que os sócios podem optar pela distribuição desproporcional de lucros, tal como passou a prever, desde dezembro de 2009, o artigo 9º do contrato social da autuada.

Contudo, ainda que a distribuição desproporcional dos lucros seja facultada pela lei, ela não é a regra geral disposta no

próprio artigo 1.007, do Código Civil, segundo o qual, salvo estipulação em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas quotas. Assim, somente por meio de uma convenção entre particulares é que se permite que seja derogada a regra geral, legalmente estabelecida. Tem esse caráter a mudança efetuada no estatuto da autuada.

Essa mudança, porém, não pode ter como consequência, no que concerne aos contribuintes, a alteração da incidência do IRRF sobre os juros pagos sobre o capital próprio, uma vez que o artigo 123 do CTN estabelece que as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes. Embora no presente caso a fonte pagadora tenha permanecido a mesma, isto é, a autuada, na incidência em causa ela atua apenas como responsável, enquanto os contribuintes de fato são os beneficiários do pagamento.

Recorde-se que a definição de sujeito passivo da obrigação tributária dada pelo artigo 121 também do CTN compreende tanto o responsável como o contribuinte. Ao distribuir desproporcionalmente os lucros, sem levar em conta a participação efetiva de cada sócio no capital social, a autuada modificou indevidamente os sujeitos passivos legalmente definidos, já que atribuiu a um deles rendimento tributável superior a que lhe cabia e ao outro menos, e assim promoveu a inversão dos sujeitos passivos no concernente a quanto cada um poderia sofrer de incidência do tributo.

Se os beneficiários fossem pessoas físicas, não haveria maiores consequências, visto que a incidência na fonte seria definitiva e homogênea, isto é, nada mais seria exigível além dos 15% já retidos, nem os contribuintes de fato poderiam futuramente, na declaração de ajuste anual, reivindicar qualquer redução ou restituição do total retido. No entanto, em se tratando de pessoa jurídica, a incidência na fonte é apenas antecipação e o montante do tributo efetivamente devido depende dos demais resultados tributáveis de cada beneficiário. Assim, em virtude dessa peculiaridade (a tributação na fonte não ser definitiva no caso de beneficiário pessoa jurídica), ainda com mais razão não se admite que convenções particulares alterem os sujeitos passivos legalmente definidos.

Ainda que se entendesse que o artigo 123 do CTN não se aplique ao caso ora em discussão, nem assim o procedimento da autuada seria legítimo, em virtude de outra norma do CTN. É que, como se trata de benefício fiscal que implica exclusão parcial do crédito tributário, as regras relativas à tributação dos juros sobre o capital próprio devem ser interpretadas literalmente, nos termos do artigo 111 do CTN. Não se admite, pois, interpretação extensiva. Pois bem, o artigo 9º da Lei nº 9.249, de 1995, dispõe textualmente que a pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata die, da Taxa de Juros de Longo Prazo.

Aplicando-se a determinação do CTN ao disposto no artigo 9º da Lei nº 9.249, de 1995, conclui-se que a tributação favorecida dos juros sobre o capital próprio somente é conferida aos pagamentos ou créditos efetuados de acordo com a participação de cada sócio ou acionista no capital social, visto que a lei fala em pagamento individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio. Ora, se os juros são pagos ou creditados individualizadamente e a título de remuneração do capital próprio, é incontestável que deve ser levada em conta rigorosamente a participação de cada sócio ou acionista, do contrário, não se está remunerando individualmente cada sócio em virtude de sua contribuição específica na formação do capital da sociedade.

Além disso, a prática adotada pela impugnante é incompatível com um dos objetivos almejados pelo legislador ao instituir o benefício fiscal, que é o de estimular as pessoas físicas a aumentar o investimento em ações ou em quotas de capital e assim, indiretamente, impulsionar o crescimento econômico. A intenção do legislador é que as empresas passem a contar com uma fonte de capital de custo inferior ao dos empréstimos e financiamentos, pois em vez de credores, ganham novos sócios ou acionistas (ou injeção de mais recursos, por parte dos sócios e acionistas antigos), dispostos a correr os riscos do empreendimento. Se os juros, porém, não são pagos individualmente a cada investidor na proporção de sua participação no capital, eles não se sentirão estimulados a investir novos recursos na empresa, e preferirão continuar com seus investimentos em ativos de renda fixa.

Convém ressaltar que a impugnante não esclarece os motivos que levaram a autuada a inverter a proporção no pagamento dos juros sobre o capital próprio. Isto é, não se sabe a que título os pagamentos em causa foram realizados.

Certamente, na forma realizada, não foram realizados a título de remuneração do capital próprio.

Não sem razão, invocando a Deliberação CVM nº 207, de 1996, e fazendo citações doutrinárias, a impugnante argumenta que o pagamento de juros sobre o capital, em vez de configurar despesa ou custo, tem mais verdadeiramente o efeito de destinação do lucro, de sorte que se equipararia à distribuição de dividendos.

Corroborando esse entendimento o disposto no § 7º do artigo 9º da Lei nº 9.249, de 1995, segundo o qual, os juros pagos ou creditados pela pessoa jurídica, a título de remuneração do capital próprio, poderão ser imputados ao valor dos dividendos de que trata o art. 202 da Lei nº 6.404, de 1976.

Todavia, da classificação doutrinária da natureza dos juros sobre o capital próprio como destinação do lucro não se extraem as consequências tributárias pretendidas pela impugnante. Conforme explanado nos parágrafos precedentes, trata-se de uma ficção legal, cujo objetivo é, por meio de um incentivo

fiscal, promover a captação de recursos das empresas diretamente de investidores no seu empreendimento, em vez de contrair empréstimos com terceiros. Como também se trata de um benefício fiscal, só fazem jus a ele os contribuintes que cumprirem rigorosamente as disposições legais. Visto que a lei estabelece que o pagamento ou crédito dos juros se deve fazer individualizadamente e a título de remuneração do capital próprio, não se enquadram como tal nem se credenciam ao tratamento fiscal favorecido aqueles pagamentos que não se fazem de acordo com a participação efetiva de cada sócio ou acionista no capital social.

Nos termos do artigo 9º da Lei nº 9.249, de 1995, o valor dos juros sobre o capital próprio é calculado tomando-se como ponto de partida as contas do patrimônio líquido. Como consequência da incorporação da empresa veículo, o Atacadão teve um aumento do seu capital social, que passou a ser parte da base de cálculo para os juros sobre capital próprio. O aumento de capital social no Atacadão por ocasião da incorporação da Korcula foi de R\$ 675.238.682,84, correspondentes ao seu ativo líquido. Conforme observa os autuantes, se a operação tivesse ocorrido diretamente, sem o uso de empresa veículo, o ágio não poderia estar sendo amortizado pelo Atacadão, e o seu capital social também não teria sido aumentado em R\$ 675.238.682,84. Logo, o valor dos juros sobre o capital próprio que poderia ser pago ou creditado com o benefício fiscal em questão autuada seria significativamente menor.

Já que consideraram inválidos os efeitos tributários da participação da Korcula na operação de aquisição do Atacadão pelo grupo Carrefour, os autuantes refizeram o cálculo dos juros passíveis de destinação para determinar o seu valor caso não tivesse havido a incorporação da Korcula e demonstraram que, mesmo que tivesse sido observada a real participação de cada sócio no capital, haveria montante a ser glosado. Esse montante é discriminado na tabela adiante. (a tabela é a constante no TVF deste processo - fl.16.206)

	2012	
	Cálculo da fiscalizada	Cálculo sem Incorporação da Veículo
Capital Subscrito de Domiciliados e Residentes no País	1.149.846.178,84	474.607.496,00
Reservas de Lucros	27.459.713,23	27.459.713,23
Lucros Acum. e/ou Saldo à Dispos. Assembléia	917.590.293,53	917.590.293,53
PL	2.094.896.185,60	1.419.657.503,76
TJLP	5,7498%	5,7498%
JCP	120.452.340,88	81.627,467,11

A impugnante opõe-se à recomposição do valor do patrimônio líquido pela fiscalização, não questionando os números apurados pela fiscalização, mas sustentando que a incorporação

da Korcula ao patrimônio da autuada, bem como a geração do ágio pago e reconhecido pela Korcula no momento da aquisição, teriam preenchido todos os requisitos estabelecidos na legislação societária e fiscal.

Contudo, a objeção da impugnante não pode ser acatada. Conforme explanado na subseção deste voto em que se analisou a glosa da amortização do ágio, as exigências fiscais devem ser julgadas procedentes, visto que, em virtude de as partes envolvidas terem recorrido ao artifício de empregar na operação uma empresa veículo sem propósito comercial e sem substância econômica, não houve a efetiva junção numa só entidade do patrimônio que pagou pelo ágio e do patrimônio em função do qual o ágio foi pago, o que viola uma dos requisitos indispensáveis estabelecidos no artigo 7º da Lei nº 9.532, de 1997. Uma vez que tal incorporação foi forjada, todos os seus efeitos tributários devem ser rejeitados, e não apenas a dedução da amortização do ágio. Daí se segue que não merece reparo o recálculo feito pela fiscalização do patrimônio líquido da autuada e dos valores que ela poderia legitimamente distribuir a título de juros sobre o capital próprio.

Ressalve-se, não obstante, que esse recálculo é feito pelos autuantes apenas para se prevenir da eventualidade de que se viesse a entender que seria permitido adotar o critério empregado pela autuada na atribuição a cada sócio dos juros sobre o capital próprio. Quanto ao valor do crédito tributário efetivamente constituído mediante o lançamento de ofício, o recálculo não teve nele nenhum efeito concreto, pois a glosa efetuada em virtude da distribuição desproporcional é maior que a glosa que poderia ser efetuada em virtude da recomposição do valor do patrimônio líquido. Ocorre que a primeira glosa absorve inteiramente a primeira, visto que foi glosado o montante distribuído em excesso para o sócio de menor participação, ao passo que o montante distribuído ao sócio com maior participação, somado ao que legitimamente poderia ser distribuído ao outro sócio, não excede ao total que poderia ser distribuído levando-se em conta o valor do patrimônio líquido reconstituído.

Conseqüentemente, cumpre rejeitar as arguições da impugnante e manter integralmente as exigências fiscais relativas à matéria discutida nesta subseção do voto.

Há de ressaltar ainda que o argumento de que o JCP possui a mesma natureza que a distribuição de lucros não pode prevalecer. Primeiro, porque decorrem de efeitos distintos: enquanto o JCP remunera o capital dos sócios com base em índices financeiros, os lucros decorrem do resultado dos próprios negócios. Além disso, enquanto o JCP, em tese, é dedutível na apuração do lucro real, a distribuição de lucros não afeta o resultado tributável do período.

A título de esclarecimento, reproduz-se, abaixo, os comentários e as tabelas constantes no TVF, relativamente à glosa efetuada (fls. 16.206 e 16.207):

185. Assim, como se conclui, mesmo que o pagamento dos JCP tivessem sido efetuados na proporção das participações societárias, haveria uma glosa de despesa indedutível no seguinte valor:

Ano-calendário	Valor JCP pago	Valor JCP dedutível	Valor que seria glosado
2012	120.452.340,88	81.627,467,11	38.824.873,77

186. Porém, como o pagamento de juros sobre o capital próprio foi feito em desacordo com a participação societária de cada um dos sócios e, assim, o excedente não pode ser caracterizado como juros sobre o capital próprio, nem aproveitar a dedutibilidade a eles concedida pela lei, será glosado nesta fiscalização o seguinte valor por ter sido pago em excesso à participação societária:

Ano-calendário	Valor JCP pago ao CARREFOUR	Valor JCP dedutível	Valor JCP devido pela % societária	Valor glosado
2012	119.139.410,36	81.627,467,11	889.739,39	118.249.670,97

Em face do exposto, exonera-se a exigência referente à glosa de despesas financeiras e mantém-se a relativa ao pagamento de Juros sobre o Capital Próprio.

Multa isolada.

Argumenta a recorrente que "a D. Fiscalização aplicou uma multa isolada de 50% sobre os mesmos supostos fatos geradores que motivaram a lavratura deste Auto de Infração. Porém, quando o fisco entende que o contribuinte deixou de pagar valores de IRPJ/CSL ao fim do período-base e efetua o lançamento desses valores juntamente com uma penalidade aplicada de ofício, não há que se falar em multa isolada. Já está amplamente pacificado na jurisprudência que a multa isolada não pode ser exigida cumulativamente com a penalidade imposta de ofício, de modo que a multa isolada também deve ser integralmente cancelada".

Relativamente à matéria, adoto como razões de decidir aquelas expendidas em voto condutor de do Acórdão nº 1201-001.407, relator o i. Cons. Roberto Caparroz de Almeida.

Esta Turma tem decidido, a exemplo de outros colegiados do CARF, no sentido de que a multa isolada, na anterior redação do artigo 44 da Lei n. 9.430/96, deve ser afastada em observância ao princípio da consunção.

Como se sabe, o princípio da consunção (também denominado princípio da absorção) aplica-se quando há uma sucessão de condutas tipificadas que, em razão de um nexo de dependência intrínseco, permite que a infração mais grave absorva aquelas de menor intensidade, em razão do brocardo lex consumens derogat lex consumptae, o que equivale a dizer que o crime-fim absorve o crime-meio.

Essa teoria encontra suas raízes na famosa double jeopardy clause, preceito fixado pela 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que determina que ninguém poderá ser por duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde pelo mesmo crime, o que

se constitui, há tempos, na aplicação da clássica regra que veda a dupla punição em razão do mesmo fato, tal como garantida pelo princípio ne bis in idem, conforme a inteligência da Súmula 105 deste Conselho:

Súmula CARF nº 105: A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Contudo, o papel precípua do julgador é o de analisar o conjunto normativo vigente e aplicável ao tempo dos fatos.

Assim, na hipótese dos autos, convém destacar que houve alteração no comando original do artigo 44, oriunda da redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.488/2007, fruto da conversão da Medida Provisória n. 351/2007.

Penso que a alteração buscou afastar a dubiedade e a imprecisão do comando anterior, circunstâncias que levaram à elaboração da Súmula 105 deste Conselho, que conferiu, à luz do artigo 112, I, do CTN, interpretação jurídica mais favorável ao contribuinte.

Ocorre que a partir da nova redação inexistente dúvida, vale dizer, não se vislumbra mais qualquer impedimento jurídico para a aplicação concomitante das multas previstas nos incisos I e II, "b", do artigo 44:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

(...)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

Como no caso dos autos as multas isoladas se referem à falta de pagamento de estimativas mensais posteriores à vigência da nova redação do artigo 44 entendo como jurídica e obrigatória a aplicação das multas nele previstas.

Mantém-se, pois, as multas isoladas exigidas pelos lançamentos de ofício.

No entanto, tendo-se em vista o afastamento da infração relativa às despesas financeiras, o valor das multas isoladas deve ser recalculado, sendo mantido apenas o remanescente após a exclusão da glosa das despesas em tela.

Aplicação da taxa Selic. Juros sobre a multa.

Aduz a recorrente que "a taxa SELIC não pode ser aplicada aos créditos tributários e, se admitida a sua aplicação, só poderá incidir sobre o crédito tributário principal, não podendo recair sobre o valor da multa de ofício, que é penalidade e não tem natureza tributária".

Quanto à aplicação da taxa Selic, essa matéria é pacífica neste colegiado, havendo inclusive entendimento sumulado, conforme abaixo:

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

No que tange à aplicação de juros sobre a multa, esta 1ª Turma Ordinária, com base no artigo 43 da Lei nº 9.430/1996 e nos artigos 113 e 161, ambos do CTN, tem se inclinado pela validade dessa incidência, conforme Acórdão nº 1201-001.579, cuja ementa, naquilo que diz respeito ao ponto aqui tratado, tem a seguinte redação:

MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA.

A multa de ofício integra a obrigação tributária principal e, por conseguinte, o crédito tributário, sendo legítima a incidência de juros de mora.

Constou do voto condutor da referida decisão:

Do exposto podemos concluir que há disposição expressa para a cobrança de juros sobre multas, porque incluídas no conceito de crédito tributário, e que a taxa aplicável à espécie é a referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC.

Portanto, com base nesses fundamentos, não deve ser acolhida a pretensão da recorrente.

CSLL. Lançamento reflexo.

Quanto ao lançamento da CSLL, a recorrente alega que "todos os argumentos de fato e de Direito apresentados se aplicam para efeitos de recolhimento" dessa contribuição.

No tocante ao assunto, adoto as razões da decisão de piso, conforme abaixo:

Destacou a manifestante a validade dos argumentos de fato e de direito apresentados para o IRPJ, no que se reporta à exigência fiscal direcionada para a CSLL, argumento que tomou por base o disposto nos dispositivos legais que se seguem:

Lei nº 8.981, de 1995

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento

estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei.

[...]

Lei nº 9.430, de 1996

Art. 28. Aplicam-se à apuração da base de cálculo e ao pagamento da contribuição social sobre o lucro líquido as normas da legislação vigente e as correspondentes aos arts. 1º a 3º, 5º a 14, 17 a 24-B, 26, 55 e 71.

Realmente, o crédito de CSLL representa um lançamento decorrente do crédito tributário constituído para o IRPJ, de forma que o que se decidiu no presente voto para o primeiro tributo, dito principal (IRPJ), também se comina ao considerado acessório (CSLL), sem qualquer alteração.

Recomposição dos prejuízos fiscais e bases negativas da CSLL.

Foi argumentado que "deve ser determinada a recomposição dos prejuízos fiscais e bases negativas da CSL indevidamente compensadas pela D. Fiscalização, quando da apuração do crédito tributário em discussão".

Ao se consultar as planilhas de compensação de prejuízo fiscal e bases de cálculo negativas da CSLL, partes integrantes dos autos de infração do IRPJ (fls. 16.146 e 16.147) e da CSLL (fls. 16.161 e 16.162), o que se percebe é a inexistência de prejuízo fiscal ou de base de cálculo negativa da CSLL para os anos-calendário 2012 e 2013, assim como não ter havido qualquer compensação efetuada por ocasião dos lançamentos.

Recurso de ofício.

Pela decisão de primeira instância, a multa de ofício exigida inicialmente no percentual de 150% foi exonerada em parte, determinando-se a aplicação do percentual de 75%.

Não há reparos a se fazer quanto a essa decisão, confirmando-se os termos do voto condutor, conforme excerto abaixo:

No que tange à parcela do lançamento relacionada à glosa decorrente dos valores indevidamente amortizados em razão do ágio, a autoridade lançadora achou por bem qualificar a multa de ofício lançada, exigindo-a no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento).

Após apresentar os dispositivos legais que tratam da questão, aduziu que mencionadas normas autorizavam a exasperação da penalidade pecuniária, não cabendo à empresa invocar desconhecimento ou a prática de erro escusável, que a reorganização societária não foi feita ao acaso, mas com o propósito de gerar despesas com um ágio que não existiria não fosse a inserção da empresa-veículo Korcula no Grupo Carrefour e a sua posterior incorporação pela empresa-objeto da negociação, o Atacadão.

Os atos da reorganização societária apresentaram várias etapas artificiais, a despeito de formalmente legais se vistos isoladamente. O que era buscado,

verdadeiramente, era a redução irregular de tributos, o que demonstra a necessidade da reprimenda fiscal.

A contestante, de sua vez, assegurou que no caso em tela não se fazem presentes as figuras da fraude, da simulação ou do dolo.

A fraude tem uma definição precisa. Apenas se ocorrida e comprovada é que autoriza a imposição da multa agravada, dependendo da comprovação da intenção dolosa de mascarar ou disfarçar a ocorrência do fato gerador, como na falsificação de documentos, nas declarações falsas, na contabilização de notas em duplicidade, dentre outras possibilidades, sendo que no presente caso não se verifica a ocorrência de fraude à lei tributária, tampouco abuso de direito ou simulação.

É pacífico na jurisprudência administrativa que a fiscalização tem o ônus de provar, de forma inequívoca, o dolo na conduta do contribuinte.

As operações praticadas na Korcula, quando da aquisição da quotas da requerente, foram reais, praticadas com terceiros independentes, devidamente registradas nos órgãos públicos e contabilizadas nos livros contábeis e fiscais.

Não havendo como se demonstra o evidente intuito de fraude do sujeito passivo, não há como este órgão julgador manter a multa no percentual de 150% (Súmula CARF nº 14).

Ressaltou que o CARF, ao analisar esta mesma questão, anos-calendário 2008 a 2011, decidiu pelo cancelamento da multa de ofício qualificada, o que se deu justamente pelo fato de que todas as operações em questão e o ágio gerado são absolutamente legítimos.

Segundo assegurado, o que se tem, no máximo, pode ser considerado uma divergência interpretativa da legislação entre a fiscalização e a requerente, o que não se presta para justificar a aplicação da multa qualificada.

Segundo entendido pelo CARF em outro julgado, mesmo na hipótese de se entender pela existência da simulação, não caberia a multa que foi cominada pela fiscalização.

Após apresentar diversos julgados do CARF, salientou que se até nos casos envolvendo amortização de ágio gerado entre partes relacionadas – o que não ocorre no presente caso – a multa de 150% foi afastada, ainda mais com razão deverá ser decretada a redução da penalidade no caso em julgamento.

Prosseguindo, discorreu sobre a temática erro de proibição – dúvida relevante, como também sobre o princípio da proporcionalidade e o artigo 142 do CTN.

Voltando-se ao lançamento relacionado aos anos-calendário 2008 a 2011, vê-se que, no que trata da qualificação da multa de ofício lançada pela fiscalização, houve divergência entre o que foi decidido pela DRJ Belo Horizonte e pelo CARF. Enquanto a primeira instância julgadora manteve a multa de 150%, o CARF determinou a sua redução para o percentual de 75%.

A multa aplicada no caso em consideração teve por base o disposto nas normas abaixo reproduzidas (destaques adicionados):

Lei nº 9.430, de 1996

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

[...]

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Lei nº 4.502, de 1964

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

[destaques acrescidos]

Ante os dispositivos legais apresentados, há que se convir que a exasperação da penalidade somente terá lugar quando a fiscalização lograr demonstrar a conduta fraudulenta do sujeito passivo consistente em uma ação dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador.

Outrossim, conforme discorrido no momento em que se analisou a glosa direcionada à amortização do ágio, sob o aspecto estritamente formal não se pode dizer que a criação da Korcula, da maneira como se deu, tenha representado a infringência a qualquer norma vigente e operante no ordenamento jurídico nacional.

O que de fato se considerou, a partir do que foi demonstrado pela fiscalização, foi a inexistência de substância econômica e de propósito negocial na pessoa jurídica artificialmente criada, daí advindo a desconsideração dos atos societários e contábeis por ela praticados, medida adotada unicamente para efeitos tributários, o que representou o argumento por este Relator professado, de maneira a cancelar a legitimidade da tributação do ágio.

E não se podendo assegurar que houve fraude, também não poderá referendar a qualificação da multa para o percentual de 150%, restando que nos alinhemos ao que foi decidido no CARF.

De bom alvitre, por conseguinte, que efetivemos a transcrição de parte do voto condutor proferido no âmbito do mencionado órgão julgador:

[...] À época em que os atos contestados foram praticados a jurisprudência do CARF agasalhava o procedimento adotado pela RECORRENTE.

Esta própria turma julgadora, ainda que em composição bem distinta da atual, em situações idênticas ao presente caso, não só não mantinha a multa qualificada como considerava legítimas operações como as perpetradas pela RECORRENTE, cancelando integralmente os respectivos créditos tributários (por exemplo, Acórdão 140200.802– Caso Santander).

Conforme já abordado em meu voto, somente no julgamento do Caso Bunge – Acórdão 1402001.460, na sessão de 08/10/2013, esta turma passou a incluir nova premissa para amortização do ágio (necessidade de extinção do investimento), não aceitando a interposição de “empresa veículo” para aquisição do investimento e posterior incorporação reversa a fim, de que, de modo artificial, se pudesse deduzir das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL o ágio efetivamente pago em razão de rentabilidade futura.

Saliento que não se trata da hipótese de ágio inexistente, como nos casos de “ágio interno”, mas sim de ágio efetivamente pago e de uma interpretação da legislação, ainda que equivocada, aceita, inclusive, por boa parte da doutrina, como bem demonstra o Parecer do Ilustre Dr. Ricardo Mariz de Oliveira.

Nesse cenário, considero não restar caracterizada a ocorrência de fraude, sonegação ou conluio (arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64) necessária à qualificação da multa de ofício, conforme determina o parágrafo 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Assim sendo, voto por reduzir a penalidade aplicada para 75%.

De fato, inexistente a comprovação, pela Fazenda Nacional, da conduta dolosa, por parte da pessoa jurídica, não se pode falar em evidente intuito de fraude, em face do que não há como se confirmar a multa de ofício lançada pela fiscalização, no percentual qualificado de 150%.

Informe-se, a propósito, ser substancial o número de decisões do CARF em que, ao analisar situações similares à presente, também decidiu pelo não cabimento da multa qualificada:

Acórdão nº 1201-001.469 de 18 de agosto de 2016 - CARF

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. Não há como aceitar a dedução do ágio com utilização de empresa veículo, quando o procedimento do sujeito passivo não se reveste de propósito comercial mas revela objetivo exclusivamente tributário.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. REDUÇÃO. A multa deve ser reduzida ao percentual de 75% por não haver nos autos comprovação cabal das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964.

Acórdão nº 1401- 001.584 de 05 de abril de 2016

ÁGIO INTERNO. ÁGIO DE SI MESMO. FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL NA CRIAÇÃO DA RECORRENTE. ARTIFICIALIDADE. Apesar de não ter havido configuração de empresa veículo, a Recorrente foi criada para gerar o ágio, pois a empresa incorporada por ela, ou mesmo a empresa uruguaia, poderia ter se tornado o tal Centro de Serviços Compartilhados. A criação da Recorrente no mesmo endereço da incorporada, com transferência de ativos, operações e funcionários desta para aquela, revela uma estratégia, sem propósito comercial, traçada para gerar a redução da tributação.

MULTAS DE 150%. DESQUALIFICAÇÃO. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO SEM FRAUDE OU SIMULAÇÃO. O contribuinte tentou realizar operações de uma forma que mais lhe beneficiassem do ponto de vista tributário, entendendo que elas poderiam vir a ser aceitas pela Receita Federal, pelo CARF ou mesmo pelo Judiciário. A jurisprudência do CARF sobre o tema do ágio era vacilante em 2006 e ainda é até hoje. Devem ser desqualificadas as multas de ofício, retornando ambas a 75%.

Veja-se que à semelhança do caso aqui tratado, nos dois casos apresentados, julgados há pouco tempo atrás, a despeito de haverem sido mantidos os lançamentos relacionados às glosas das deduções decorrentes dos ágios, ainda assim foram canceladas as multas qualificadas, o que se deu por não se poder falar de evidente intuito de fraude nas condutas dos representantes legais das pessoas jurídicas envolvidas nas reorganizações societárias postas em análise.

Conclusão.

Pelo exposto, conheço dos recursos de ofício e voluntário para, NEGAR provimento ao recurso de ofício e DAR provimento parcial ao recurso voluntário, para cancelar a exigência referente à glosa de despesas financeiras e, por consequência, a relativa às multas isoladas proporcionalmente à exclusão da glosa dessas despesas.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Paulo Cezar Fernandes de Aguiar