



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

**Processo n°** 16561.720053/2013-58  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1402-002.119 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 01 de março de 2016  
**Matéria** IRPJ - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO  
**Recorrente** ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**  
Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011

IRPJ/CSLL. INEXISTÊNCIA DE EXTINÇÃO DO INVESTIMENTO. REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO INDEVIDA.

O direito à contabilização do ágio não pode ser confundido com o direito à sua amortização.

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 RIR/99).

A exceção trazida pelo caput do art. 386, e seu inciso III, pressupõe uma efetiva reestruturação societária na qual a investidora absorve parcela do patrimônio da investida, ou vice-versa (§6º, II).

A utilização de sociedade veículo, de curta duração, colimando atingir posição legal privilegiada, constitui prova da artificialidade daquela sociedade e das operações nas quais ela tomou parte, notadamente a antecipação de exclusões do lucro real e da base de cálculo da CSLL. A operação mediante incorporação intermediária, intragrupo, com o propósito eminentemente fiscal, deve ser desconsiderada para fins tributários.

Inexistindo real extinção do investimento mediante reestruturação societária entre investida e investidora não há que se falar em amortização do ágio, não se admitindo sua transferência para terceiros para que usufruam de tais despesas.

**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.

#### COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZO FISCAL. RESTABELECIMENTO DO SALDO GLOSADO.

Tendo sido restabelecida a dedutibilidade de despesas glosadas no lançamento, restabelecem-se também os saldos de prejuízo fiscal e de base negativa de CSLL.

Constatado que o saldo restabelecido é superior à insuficiência de saldo apontada no lançamento, cancela-se também a infração correspondente.

#### LANÇAMENTO REFLEXO. CSLL

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplica-se ao lançamento reflexo o decidido no principal.

#### **ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011

#### JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

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).

#### JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

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

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA DE OFÍCIO PELA FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE TRIBUTO. MATERIALIDADES DISTINTAS. NOVA REDAÇÃO DADA PELA MP 351/2007. APLICÁVEL À FALTA DE RECOLHIMENTO DAS ESTIMATIVAS A PARTIR DA COMPETÊNCIA DE DEZEMBRO DE 2006.

A partir do advento da MP 351/2007, convertida na Lei 11.488/2007 a multa isolada passa a incidir sobre o valor não recolhido da estimativa mensal independentemente do valor do tributo devido ao final do ano, cuja falta ou insuficiência, se apurada, estará sujeita à incidência da multa de ofício. São

duas materialidades distintas, uma refere-se ao ressarcimento ao Estado pela não entrada de recursos no tempo determinado e a outra pelo não oferecimento à tributação de valores que estariam sujeitos à mesma.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, dar provimento parcial nos seguintes termos: i) por unanimidade de votos, para cancelar a exigência referente à glosa de despesas financeiras e determinar a reconstituição do saldo de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSLL como decorrência desse entendimento; e ii) por maioria de votos, para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Frederico Augusto Gomes de Alencar e Paulo Mateus Ciccone, que votaram por manter a multa no percentual em que foi aplicada. Os Conselheiros Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Frederico Augusto Gomes de Alencar e Demetrius Nichele Macei votaram por cancelar a exigência da multa isolada que foi mantida por voto de qualidade.

*(assinado digitalmente)*

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente

*(assinado digitalmente)*

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Demetrius Nichele Macei, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Leonardo de Andrade Couto, Leonardo Luís Pagano Gonçalves e Paulo Mateus Ciccone.

## Relatório

ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA recorre a este Conselho, com fulcro no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 1972, objetivando a reforma do acórdão nº 02-53.006 da 3ª Turma da Delegacia de Julgamento em Belo Horizonte que julgou improcedente a impugnação apresentada.

Por bem refletir o litígio até aquela fase, adoto excertos do relatório da decisão recorrida, complementando-o ao final:

### *Descrição das infrações imputadas*

#### Auto de infração de IRPJ

O autuante, fazendo referência ao termo de verificação fiscal anexado a folhas 15.473 a 15.535, atribui à atuada o cometimento das infrações de cuja descrição adiante se faz uma síntese.

1A. DESPESAS FINANCEIRAS NÃO DEDUTÍVEIS – Despesas financeiras indedutíveis, em decorrência de empréstimo utilizado na sua própria aquisição. [...]

1B. DESPESAS FINANCEIRAS NÃO DEDUTÍVEIS – Despesas financeiras indedutíveis, em decorrência de pagamento de juros sobre o capital próprio em desacordo com a participação societária. [...]

2. ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL – CUSTO OU DESPESA INDEDUTÍVEL - Valor relativo à amortização de ágio não adicionado ao lucro líquido para a determinação do lucro real. [...]

3. SALDO INSUFICIENTE – COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE PREJUÍZO OPERACIONAL COM RESULTADO DA ATIVIDADE GERAL – Compensação de prejuízos operacionais em montante superior ao saldo desse prejuízo, [...]

4. MULTA ISOLADA – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA – 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: todos os meses de entre janeiro de 2009 e dezembro de 2011. [...]

#### Auto de infração de CSLL

O autuante, fazendo referência ao termo de verificação fiscal anexado a folhas 15.473 a 15.535, atribui à atuada o cometimento das infrações de cuja descrição adiante se faz uma síntese.

### 1. CUSTOS OU DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS NÃO DEDUTÍVEIS

Valor relativo à amortização de ágio não adicionado ao lucro líquido para a determinação do lucro real. [...]

Despesas financeiras indedutíveis, em decorrência de empréstimo utilizado na sua própria aquisição. [...]

Despesas financeiras indedutíveis, em decorrência de pagamento de juros sobre o capital próprio em desacordo com a participação societária. [...]

2. SALDO INSUFICIENTE – COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE BASE DE CÁLCULO NEGATIVA – Compensação de base de cálculo negativa de períodos anteriores em montante superior ao saldo existente, [...]

3. MULTA ISOLADA – FALTA DE RECOLHIMENTO DA CSLL SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA – Falta de pagamento do CSLL incidente sobre a base de cálculo estimada em função de balanço de suspensão ou redução, conforme demonstrativo anexo. Períodos de apuração: todos os meses de entre janeiro de 2009 e dezembro de 2011. [...]

### ***Termo de verificação fiscal***

No termo de verificação fiscal a folhas 15.473 a 15.535 o autuante apresenta a motivação dos lançamentos. Dele extraem-se as observações e argumentos resumidos adiante.

- 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 sequencia, sem nenhum interesse negocial [grifo nosso], buscando pretenso 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, e 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:

Sócios	Quotas	Valor - RS	Participação
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%
<b>Total</b>	<b>474.607.496</b>	<b>474.607.496,00</b>	<b>100,00%</b>

- 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:

Sócios	Quotas	Valor em RS	Participação
Brepa Com. Part. Ltda	1.137.810.897	1.137.810.897,00	99,9999999%
Carrefour Com. Ind. Ltda	1	1,00	0,0000001%
<b>Total</b>	<b>1.137.810.898</b>	<b>1.137.810.898,00</b>	<b>100,00%</b>

- 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.
- 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.
- Foram pagos pelo controle de 100% da participação societária do Atacadão foi 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.
- 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.
- Os valores pagos pela Korcula estavam acima dos valores patrimoniais. 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, a razão de um sessenta avos por mês, no valor mensal de R\$ 28.368.609,52, de maneira que foram amortizados os seguintes valores na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL:

ANO	VALOR
2008	312.054.704,75
2009	340.423.314,27
2010	340.423.314,27
2011	340.423.314,27
Total	1.333.324.647,56

- 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).
- 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-Financeiro 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 29/11/2012, 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 justificativa 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 efetuasse 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 pretenso 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.
- 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).
- Cumpre 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 08/04/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente

em 08/04/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 12/04/2016 por LEONARD

O DE ANDRADE COUTO

Impresso em 13/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

- 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 negocial, 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 negocial 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.

#### Contratação de empréstimo com controladora estrangeira 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.
- 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.
- 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.

#### 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.
- 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
2010/2009	539.321.979,15	220.620,74
2011/2010	-613.111,78	-378.514.320,22
2012/2011	-1.360.273,82	-198.903.749,12

- 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:

	2009		2010		2011	
	Cálculo da fiscalizada	Cálculo sem Incorporação da Veículo	Cálculo da fiscalizada	Cálculo sem Incorporação da Veículo	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	1.149.846.178,84	474.607.496,00	1.149.846.178,84	474.607.496,00
Reservas de Lucros	27.459.713,23	27.459.713,23	27.459.713,23	27.459.713,23	27.459.713,23	27.459.713,23
Lucros Acum. e/ou Saldo à Dispos. Assembléia	-152.281.149,06	-152.281.149,06	245.364.862,77	245.364.862,77	562.611.845,44	562.611.845,44
PL	1.025.024.743,01	349.786.060,17	1.422.670.754,84	747.432.072,00	1.739.917.737,51	1.064.679.054,67
TJLP	6,124%	6,1249%	6,0000%	6,0000%	6,0000 %	6,0000%
JCP	62.782.011,09	21.424.046,40	85.360.245,29	44.845.924,32	104.395.064,25	63.880.743,28

- Observa-se que, apesar dos valores calculados pela fiscalizada, o Atacadão teve, em 2009, despesas efetivas de R\$ 30.186.796,18 a título de juros sobre o capital próprio, em 2010 as despesas efetivas de JCP foram de R\$ 85.419.779,39 e, em 2011, foram de R\$ 104.4677.725,99.
- 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
2009	30.186.796,18	21.424.046,40	8.762.749,78

Documento assinado digitalmente em 08/04/2016 por FERNANDO BRASILEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 12/04/2016 por LEONARD

O DE ANDRADE COUTO

Impresso em 13/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

2010	85.419.779,39	44.845.924,32	40.573.855,07
2011	104.467.725,99	63.880.743,28	40.586.982,71

• 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.

#### Lançamento do crédito tributário

• 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 2008 a 2011.

• 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 respectivos.

• 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, serão glosados nesta fiscalização os valores respectivos.

• No 2º trimestre do ano calendário 2008, a contribuinte apurou prejuízo fiscal no valor de R\$ 15.740.849,29 e base de cálculo negativa de CSLL no valor de R\$ 15.740.849,29, valores compensados no próprio período pela fiscalização em vista do lançamento efetuado.

• No 3º trimestre de 2008, a contribuinte apurou prejuízo fiscal no valor de R\$ 7.198.811,89 e base de cálculo negativa de CSLL no valor de -R\$ 7.198.811,89, valores compensados no próprio período pela fiscalização em vista do lançamento efetuado.

• Parte desses prejuízos fiscais, R\$ 2.808.338,80, e das bases de cálculo negativas da CSLL, R\$ 2.808.338,80, apurados pela contribuinte no 2º e 3º trimestre de 2008, foi utilizado pela contribuinte para compensar 30% dos resultados positivos obtidos no 4º trimestre do ano calendário de 2008.

• No ano calendário 2009, a contribuinte apurou prejuízo fiscal no valor de R\$119.068,40 e base de cálculo negativa de CSLL no valor de R\$ 119.068,40. Os valores de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL foram compensados no próprio período pela fiscalização em vista do lançamento efetuado.

• No ano-calendário 2010, a contribuinte utilizou parte dos prejuízos fiscais, R\$19.531.088,40, e das bases de cálculo negativas da CSLL, R\$ 18.944.822,10, apurados no 2º e 3º trimestre de 2008, para compensar 30% dos resultados positivos obtidos.

• Já no ano-calendário 2011, a contribuinte utilizou o restante dos prejuízos fiscais, R\$719.302,18, e das bases de cálculo negativas da CSLL, R\$1.305.568,48, apurados no 2º e 3º trimestre de 2008, para compensar parcialmente os resultados positivos obtidos.

• Em consequência das infrações apuradas pela fiscalização, os valores compensados pelo sujeito passivo no 4º trimestre do ano calendário de 2008 e nos anos-calendário de 2010 e 2011 são indevidos, por não existir saldo de prejuízo fiscal ou saldo negativo de base de cálculo de CSLL a compensar e, portanto, também serão lançados de ofício, de acordo com a Planilha de Compensação de Prejuízos Fiscais do IRPJ e a Planilha de Compensação de Base Negativa da CSLL.

Doc: Multa isolada pela falta de recolhimento de estimativa

Autenticado digitalmente em 08/04/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 08/04/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 12/04/2016 por LEONARD O DE ANDRADE COUTO

- No período de 2009 a 2011, 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 dos anos de 2009 a 2011.
- 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 2009 a 2011, 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 2009 a dezembro de 2011.
- No caso da CSLL, nos anos-calendário de 2009 a 2011, o contribuinte apurou a estimativa com base em balanço de suspensão ou redução, calculando a CSLL à alíquota de 9%. Foram verificados os controles da contribuinte denominados Encadernação da Contribuição Social Real em 2009, Livro de Apuração da Contribuição Social Real, em 2010, e Cálculo da Contribuição Social sobre Lucro Líquido - 2011 (Lucro Real Anual), e exclusões indevidas na apuração da base de cálculo da CSLL mensal, com respeito 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, serão lançadas multas isoladas pelo não recolhimento de estimativa de CSLL nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2011.

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 negocial 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 aprovesse 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.
- Em face do disposto na Portaria RFB nº 2.439, de 21 de dezembro de 2010, foi formalizada a representação fiscal para fins penais.
- Haja vista o disposto na Instrução Normativa RFB nº 1.171, de 7 de julho de 2011, foi também formalizado o processo administrativo visando ao arrolamento de bens e direitos para acompanhamento do patrimônio do sujeito passivo.
- O sujeito passivo foi intimado a efetuar as devidas retificações em seu Lalur e nos controles de bases de cálculo negativa da CSLL dos anos-calendário envolvidos.

### **Impugnação do lançamento**

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 08/04/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente

em 08/04/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 12/04/2016 por LEONARD

O DE ANDRADE COUTO

Impresso em 13/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Conforme atesta assinatura aposta no corpo dos autos de infração, o sujeito passivo foi cientificado das exigências fiscais pessoalmente, em 11.06.2013. Em 03.07.2013 foi apresentada uma só impugnação de ambos os lançamentos, a qual foi juntada a folhas 15.659 a 15.771. Os enunciados seguintes resumem o seu conteúdo.

#### Tempestividade

- A ciência do auto de infração se deu em 11.6.2013 (doc. nº 4). A contagem do prazo teve início em 12.6.2013 (quarta-feira) e terminou em 11.7.2013 (quinta-feira). Portanto, fica demonstrada a tempestividade da impugnação.

#### O auto de infração

- A premissa adotada pela fiscalização é equivocada e comprometeu toda a sua análise dos fatos.
- A primeira suposta infração cometida pela requerente está relacionada à dedução de despesas de amortização fiscal de ágio. 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.
- 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.

- 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.
- 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.

### Fatos

- 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 08/04/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 08/04/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 12/04/2016 por LEONARD

O DE ANDRADE COUTO

Impresso em 13/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

- 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.
- 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 (doc. nº 5). 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 (doc. nº 6).
- 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 (doc. nº 7).
- 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 (doc. nº 15).

- 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 (doc. nº 19). 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 (doc. nº 20). 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 (doc. nº 21). 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 (doc. nº 22).
- 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.
- 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 (doc. nº 23). 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 (doc. nº 24). A requerente anexa também o contrato de câmbio (doc. nº 25) e o registro da operação financeira relacionada a essa operação (doc. nº 26).
- 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 (doc. nº 27). 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 (doc. nº 28). 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 (doc. nº 30).
- 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 direito relacionado à amortização fiscal do ágio

- A aquisição, pela Korcula da totalidade do capital da Requerente apresentou as seguintes características: a transação de compra de participação societária foi realizada entre partes independentes, envolvendo grupos econômicos não relacionados; a 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 para adquirir investimento em outra sociedade brasileira; o fundamento econômico do ágio pago - a expectativa de rentabilidade futura - estava embasado em laudo de avaliação preparado pela KPMG, que nem sequer foi questionado pela fiscalização; o preço pago pela adquirente, e o valor do ágio reconhecido, nem sequer foram questionados pela fiscalização; o ganho de capital apurado pelos vendedores (antigos quotistas da requerente) foi submetido à tributação pelo IRPF, ocasionando recolhimento de tributo aos cofres públicos em alto valor; e a aquisição foi seguida da incorporação da sociedade adquirente ao patrimônio da adquirida, de forma que o ágio pago e o seu fundamento econômico foram consolidados em uma única pessoa jurídica.
- Essas características representam as premissas que devem ser adotadas para fins do julgamento da legitimidade da amortização fiscal do ágio.
- 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,



- Em primeiro lugar, deve ser mencionado o propósito negocial primordial da operação. A causa jurídica da operação em exame foi a aquisição da totalidade do capital da requerente pela Korcula. 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.
- Ainda mais relevante, 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, o empréstimo foi tomado com terceiro, tendo em vista que o grupo Carrefour não tinha disponibilidade de recursos financeiros para serem aplicados em investimentos de longo prazo.



ágio reconhecido na transação seria legítima. Uma sociedade holding pura não é constituída para ter empregados ou quaisquer outros ativos além de unicamente participações societárias. Edmar Oliveira Andrade Filho discorre magistralmente sobre o assunto para esclarecer que uma sociedade holding pode ser constituída meramente para deter participação societária, já que o seu propósito negocial típico é justamente esse.

- A possibilidade de existência de uma sociedade cujo objeto social seja a mera detenção de outra sociedade está expressamente prevista no artigo 2º, § 3º, da Lei das S. A.
- O artigo 31 da Lei 11.727, de 23.07.2008 reconhece a *holding* pura como uma sociedade ao dispor que a *holding* pura poderá diferir o reconhecimento das despesas com juros de empréstimos contraídos para financiamentos de investimentos em sociedades controladas.
- A existência de uma sociedade holding pura independe da existência de empregados, ou da geração de despesas ou receitas próprias. A possibilidade de uma sociedade ter por função eminentemente participar de outras sociedades está expressamente amparada por lei e é largamente reconhecida na doutrina. Ainda assim, ao contrário do que alega a fiscalização, a Korcula incorreu em despesas com prestadores de serviços (doc. nº 31).
- Como a Korcula teve o propósito específico de efetuar a aquisição das quotas da requerente, não se descaracteriza a existência de tal empresa por falta de empregados ou de receitas ou despesas próprias, já que tudo isso não seria sequer condizente com sua função primordial, que era a de ser meramente uma sociedade holding.
- Por fim, cita-se ainda a doutrina de Edmar Oliveira Andrade Filho para demonstrar que o prazo de duração de uma sociedade holding também não pode ser utilizado como requisito de sua validade, a teor do artigo 981, parágrafo único do Código Civil.
- No entanto, ainda que não houvesse as razões empresariais mencionadas, o que se admite apenas para argumentar, a Korcula não poderia ser desconsiderada pela fiscalização.
- A amortização fiscal do ágio é legítima pelo simples fato de que a operação de aquisição do novo investimento pelo grupo Carrefour no Brasil: representou operação de compra e venda de participação societária que teve como adquirente e vendedor empresas brasileiras, independentes e não relacionadas entre si; foi feita a valores justos de mercado, com o efetivo desembolso do preço pela adquirente; envolveu o pagamento de um ágio no valor de R\$1.702.116.571,36, que teve como justificativa a expectativa de rentabilidade futura do investimento, baseada em laudo de avaliação que nem sequer foi questionado pela fiscalização; e teve como passo final a incorporação da Korcula ao patrimônio da requerente, preenchendo os requisitos estabelecidos pelos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97 para possibilitar a amortização fiscal do ágio.
- O Carf, ao julgar casos com fatos e circunstâncias em que havia sociedades 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).
- Os casos julgados pelo Carf e que são abordados em maiores detalhes na defesa da impugnante, com transcrição de trechos dos votos, são: Acórdão 1402-00.802; Acórdão 1301.000.711; Acórdão 1402-00.993; Acórdão 1201-00.689; Acórdão 1402-001.310; e Acórdão 1102-000.875 (doc. nº 32).
- Todos esses casos envolvem elementos importantes e, em alguma medida, similares ao caso em análise: o pagamento efetivo de ágio pela adquirente do investimento; 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 sociedade adquirente (nesses casos, chamadas de "empresa-veículo") na sociedade alvo da aquisição. E todos esses casos foram julgados a favor do contribuinte, tendo o Carf afastado a infundada alegação das autoridades fiscais de que a utilização de sociedade veículo invalidaria a amortização fiscal de ágio. Note-se que a requerente não está dizendo aqui que o presente caso tem uma sociedade veículo. O que se quer deixar claro é que mesmo se fosse aceita a absurda alegação de que haveria uma sociedade veículo, isto por si só, não seria suficiente para questionar ou afastar o direito da requerente de utilizar benefício fiscal expressamente estabelecido pela legislação tributária.

- A impugnante, em abono de seus argumentos, transcreve as conclusões apresentadas pelo Relator Antônio José Praga de Souza, no julgamento do caso Santander, para os fins de reconhecer a legitimidade na amortização fiscal do ágio pelos contribuintes.
- Também no caso Santander, o Conselheiro Moises Giacomelli, em sua declaração de voto concluiu que a utilização de "empresas veículos" não tem o condão de descaracterizar uma operação da qual se originaram parcelas de ágio, se esses valores foram válida e legitimamente apurados pelo adquirente do investimento.
- No caso Santander, uma das principais alegações das autoridades fiscais era de que o ágio tinha sido pago por sociedade não residente no Brasil (domiciliada na Espanha). E de fato foi. Posteriormente, a participação societária adquirida com ágio foi contribuída em sociedade *holding* brasileira, que passou a registrar o ágio no Brasil. Trata-se de questionamento muito semelhante ao do presente processo administrativo. Todavia, os fatos são muito diferentes. No caso aqui analisado a adquirente foi empresa brasileira.
- O caso Santander foi julgado pelo Carf favoravelmente aos contribuintes, de forma unânime. No entanto, os fatos envolvidos no presente caso e no caso Santander possuem uma diferença relevante. No caso da requerente, o ágio e o preço foram pagos por sociedade domiciliada no Brasil, a Korcula. Portanto, ainda com mais razão, o questionamento fiscal deve ser afastado. Do contrário, haveria manifesta divergência com a atual jurisprudência do Carf.
- E nem se diga que esses conceitos e conclusões só seriam aplicáveis para casos envolvendo privatizações. No Acórdão 1402-001.310, o Carf adotou exatamente os mesmos fundamentos para julgar como legítima a amortização fiscal de ágio envolvendo apenas partes privadas, com o uso de empresa veículo. O Acórdão proferido deixa claro que, aos casos que não envolvam privatização, devem ser aplicados os mesmos conceitos e conclusões do caso Santander.
- Por fim, o caso Columbian também julgado em favor do contribuinte - também envolveu questionamento muito semelhante ao do presente processo administrativo, porque o contribuinte foi autuado por conta do uso de empresa veículo, que teria tido como único objetivo internalizar um ágio que foi pago por não residente. Aqui também prevaleceu o entendimento de que o uso de sociedade holding não vicia a dedutibilidade das despesas de amortização fiscal de ágio, desde que o ágio tenha sido efetivamente pago, em uma operação conduzida entre partes independentes, e com fundamento na rentabilidade futura da coligada ou controlada.
- Quanto ao caso Columbian, é interessante notar também que um dos propósitos empresariais mencionados pelo contribuinte autuado é muito semelhante ao do presente processo administrativo: tornar possível o pagamento da dívida tomada pelo investidor pelas atividades operacionais da investida.
- Todos esses casos mostram que o posicionamento atual do Carf é admitir a amortização fiscal de ágio na hipótese em que uma sociedade holding pura (investidora) é incorporada pela sociedade operacional, exatamente como no caso discutido nesses autos.

- Esses recentes julgamentos do Carf estabeleceram conclusões importantes para a análise do presente caso: 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 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; 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 leva a que o questionamento da fiscalização seja declarado completamente improcedente, na medida em que: o ágio pago pela Korcula preenche as 3 premissas básicas mencionadas, na medida em que a Korcula efetivamente desembolsou o preço de aquisição das quotas; a transação foi realizada entre partes independentes; e a justificativa do fundamento econômico do ágio estava baseada em laudo de avaliação preparado por empresa especializada, que nem sequer foi questionado pela 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 foi a aquisição 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 provocou o surgimento de novo ágio e não gerou o reconhecimento de ágio em maior valor do que seria reconhecido caso ela não existisse; caso a aquisição tivesse sido feita pela Brepa ou pelo Carrefour Brasil, o ágio teria sido exatamente o mesmo.
- Por fim, na maioria dos casos julgados pelo Carf, todos decididos em favor do contribuinte, as sociedades *holdings* - que também haviam sido tratadas pelo fisco como empresas veículo - nem haviam sido as adquirentes originais dos investimentos, mas os receberam por meio de contribuições em aumento de capital.
- 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 para a estruturação da mesma operação, sem nenhum prejuízo para o fisco.
- 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, está demonstrada a completa insubsistência das alegações fiscais 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.

- Nenhum dos precedentes mencionados pelos autuantes é aplicável ao caso em exame.
- 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.
- 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).
- O artigo 386, § 6º do RIR/99, que reproduz o artigo 8º da Lei 9.532/97, garante expressamente o direito à amortização do ágio para as situações em que a sociedade controlada incorpora a sociedade controladora, tal como ocorreu no presente caso. Ainda sobre o assunto, confira-se a redação dos artigos 1º e 3º da Instrução Normativa SRF nº 11, de 10.2.1999.
- Se há lei, decreto e instrução normativa estabelecendo expressamente que o ágio pago na aquisição de sociedade em decorrência da expectativa de rentabilidade futura da adquirida pode ser amortizado após a incorporação da adquirente pela adquirida, não há qualquer plausibilidade no argumento das autoridades fiscais. O fato de a requerente (a investida) não ter

sido extinta não é relevante para fins da aplicação do benefício fiscal do ágio. O relevante é que o ágio e o seu fundamento econômico sejam consolidados em uma única pessoa jurídica. E isso ocorre, da mesma forma, nos casos em que a controlada incorpora a controladora.

- 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.

#### O direito relacionado à segunda infração

- A estrutura de aquisição da totalidade do capital da requerente pelo grupo Carrefour, 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 adquirir o controle societário de determinada empresa e financiar uma parcela significativa do preço incorrido 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 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 não consistiu em qualquer estrutura abusiva ou mesmo "estranha" ao tipo de negócio que se pretendia implementar.
- A operação de tomada de dívida pela Korcula apresentou as seguintes características: a dívida tomada pela Korcula frente ao Carrefour BV existiu e foi devidamente comprovada pela requerente, de forma que a 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 e, posteriormente, assumida pela requerente também existiu e foi devidamente comprovada pela requerente; a fiscalização também não lançou devida em relação à existência e comprovação dessa dívida; ao contrário do que pretende fazer crer fiscalização, a dívida final assumida pela Korcula e assumida pela requerente não foi com o Carrefour BV, mas 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 autoridades fiscais; 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 contestação da 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, cujo credor é parte não relacionada (BNP Paribas), foi assumida pela requerente por decorrência de obrigação legal, tendo em vista a extinção da Korcula após a incorporação.

- 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 despesas eram necessárias tanto à Korcula quanto à requerente. A dedução das despesas financeiras pela requerente não afrontou nenhum dos limites possivelmente aplicáveis ao caso sob análise.
- 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 manutenção 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, a dívida e os juros incorridos foram comprovados pela requerente, sem qualquer questionamento da fiscalização; e 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 fiscalização. Portanto, a dedução dos juros incorridos está em completa consonância com o que estabelece a legislação tributária e atual jurisprudência do Carf.
- 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.
- À 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, conforme consta da Exposição de Motivos da MP 472, de 2009.
- É evidente que, à época dos fatos envolvidos no presente processo administrativo, além das regras de preços de transferência, não havia norma que limitasse ou proibisse a contratação de empréstimo com pessoa ligada, tal como efetuado pela Korcula.
- 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 fiscalização) e não estavam sujeitas às recentes regras de subcapitalização. Ainda assim, caso as regras de subcapitalização hoje existentes estivessem em vigor, as partes também as teriam obedecido.
- Portanto, ainda que se considerasse que a dívida tomada pela Korcula fosse dívida com parte ligada (o que, como já se demonstrou, não corresponde à realidade dos fatos), o único argumento utilizado pela fiscalização foi feito com base em mero juízo de valor acerca da decisão da sociedade controladora de efetuar empréstimo à sua controlada, em vez de realizar aumento de capital. Não houve desrespeito às regras de preços de transferência, e nem mesmo às recentes regras de subcapitalização (que nem eram vigentes à época dos fatos).
- Não há dúvidas de que os recursos financeiros 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 e empregou os recursos 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.

- 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. nº 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 expresso e mandatório 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 (doc. nº 34).
- 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.

#### O direito relacionado à terceira infração

- 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.

#### 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.
- As alegações da fiscalização para tentar forçosamente caracterizar a conduta da requerente como artificial não se sustentam ao primeiro exame. Esse caso nem sequer pode ser chamado de planejamento tributário, uma vez que se tratou de uma simples aquisição de empresa entre partes independentes, feita a valor justo de mercado. A aquisição da requerente foi também motivada por razões empresariais verdadeiras e não tributárias.
- E, ainda que assim não se entendesse, o que se admite apenas para argumentar, transcreve-se trecho de decisão atribuída ao Carf que consignou que, mesmo na ocorrência de simulação, não caberia a aplicação de multa qualificada.
- 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, sem jamais omitir ou ocultar qualquer coisa.
- Ficou decidido no caso Santander, já citado, 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%.
- Os julgamentos do caso Santander e também do caso Telemar foram unânimes em afastar a aplicação de multa agravada antes mesmo do exame de mérito, justamente por não ter havido qualquer tipo de conduta fraudulenta por parte desses contribuintes no sentido de ocultar ou tentar ludibriar a fiscalização, tal como no presente caso.
- 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%, conforme ementas transcritas ou referidas na impugnação.
- 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).
- Ainda que as autoridades julgadoras não entendessem que houve excesso da fiscalização, o que se admite apenas para argumentar, o artigo 112 do CTN dispõe expressamente que a norma tributária que comine penalidades deverá ser interpretada e aplicada da maneira mais favorável ao contribuinte em casos de dúvida a respeito da capitulação legal do fato e da natureza ou das circunstâncias materiais do fato.
- Na realidade, no pior cenário, o presente caso deveria ser tratado como um mero conflito entre interpretações dadas pela fiscalização e pela requerente a um mesmo conjunto fático, de forma que a multa qualificada deve ser integralmente cancelada, ou, no mínimo, reduzida para 75%, dadas as disposições contidas do artigo 112, incisos I e II do CTN.
- Pela análise dos recentes casos julgados pelo Carf (Santander, Telemar, Cosern, Celpe, Biosintética e Columbian), as operações autuadas no presente processo 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, conforme exemplificam as ementas transcritas na impugnação.

- O artigo 76, inciso II, alínea "a", da Lei 4.502/64 veda a aplicação de penalidades enquanto houver interpretação jurisprudencial administrativa irrecorrível 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.
- Qualquer mudança posterior de interpretação sobre a matéria é uma afronta ao princípio da segurança jurídica e, em última instância, uma ameaça ao próprio sistema jurídico.
- 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, de 1999, que rege supletivamente o processo administrativo fiscal.
- E o artigo 142 do CTN dispõe que no ato do lançamento, a autoridade administrativa, sendo o caso, poderá propor a aplicação da penalidade cabível. O termo deve ser entendido como a competência dada à autoridade fiscal para ponderar as situações objetivas e subjetivas da conduta praticada pelo contribuinte, de modo que possa ser feito um verdadeiro juízo de pertinência e de adequação da aplicação da penalidade, se for o caso.
- Num recente julgamento, cuja ementa é transcrita na impugnação, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, confirmou a redução do percentual da multa originalmente fixada em 60% do valor principal em discussão para 30%, corroborando a aplicação da teoria da proporcionalidade ao caso concreto.
- Por todas as razões expostas, está demonstrado o total descabimento da aplicação da multa qualificada de 150%, razão pela qual se pleiteia seu imediato cancelamento.

*A inaplicabilidade da multa isolada por 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.

#### 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 202-131351, 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.

#### 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.

#### Necessidade de recomposição do prejuízo fiscal e da base negativa da CSLL

- Uma vez demonstrada a total improcedência do auto de infração, deve ser determinada a recomposição dos prejuízos fiscais e bases negativas da CSLL indevidamente compensadas pela fiscalização.

#### Conclusões e pedido

- A impugnação é tempestiva e deve ser integralmente apreciada e acolhida em suas razões de fato e de direito, que demonstram a total improcedência da exigência fiscal.
- Foi equivocada a premissa adotada pela fiscalização, 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 permitiu o pagamento do preço pelas quotas da requerente, já que proporcionou 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, foi demonstrado que o ordenamento jurídico brasileiro não permite à fiscalização desconsiderar negócios jurídicos existentes, válidos e eficazes apenas com base em uma suposta interpretação da sua substância econômica.
- É infundada a alegação de empresa veículo, na medida em que o ordenamento jurídico 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 existe nenhuma exigência legal de que as sociedades *holdings* tenham empregados ou outros ativos próprios para serem consideradas legítimas.
- Recentemente, o Carf julgou os casos Santander, Telemar, Cosern, Celpe, Biosintética e Columbian, todos envolvendo os mesmos elementos do caso discutido nesses autos. E todos esses casos foram julgados a favor do contribuinte, tendo sido afastada a alegação de que a utilização de sociedade-veículo invalidaria a amortização fiscal de ágio.
- A adoção das conclusões de todos esses recentes julgamentos do Carf faz o questionamento da fiscalização ser declarado completamente improcedente, na medida em que: o ágio pago pela Korcula preenche as 3 premissas básicas mencionadas naqueles julgamentos; o ágio pago pela Korcula está sendo amortizado fiscalmente com base na Lei 9.532, de 1997; a causa do negócio jurídico discutido no presente processo foi a aquisição, pela Korcula, da totalidade do capital da requerente (sendo a amortização fiscal do ágio mera motivação fiscal da transação); e a utilização da Korcula na operação não fez surgir novo ágio e não gerou o reconhecimento de ágio em maior valor do que seria reconhecido caso ela não existisse.
- Os casos Santander e Columbian envolvem questionamento específico ainda mais semelhante ao do presente processo, na medida em que, naqueles casos, o fisco também acusou o contribuinte de ter internalizado ágio pago do exterior. Em ambos os casos, o Carf julgou que a amortização do ágio foi legítima. No caso Santander, julgado de forma unânime em favor do contribuinte, o preço (e o ágio) foi pago diretamente por empresa sediada no exterior, o que torna ainda mais clara a improcedência do presente lançamento. O preço e o ágio, no presente caso, foram pagos diretamente por empresa domiciliada no Brasil.
- Toda a estrutura de aquisição da requerente não consistiu em nenhum tipo de planejamento tributário, mas sim em uma mera opção legal, passível de adoção pelo grupo Carrefour entre as diversas opções legais possíveis para aquele mesmo negócio. A requerente não obteve benefício a que já não teria direito pela legislação em vigor; 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, de 1997), 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.
- 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 são consideradas como necessárias e, portanto, dedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. A possibilidade de deduzir essas despesas financeiras está prevista no artigo 17, parágrafo único, do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, e também no artigo 31 da Lei 11.727, de 2008.
- A dedução das despesas financeiras não afrontou nenhuma das hipóteses limitadoras estabelecidas historicamente pela jurisprudência administrativa. A dívida e os juros foram comprovados, sem questionamento da fiscalização nesse aspecto. Os valores captados por via de empréstimo não foram transferidos a pessoas ligadas, muito menos com cobrança de juros menores, hipótese que também nem foi suscitada pela fiscalização .
- Foi demonstrado o equívoco cometido pela fiscalização na interpretação dos fatos, 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, a dívida questionada pelo fisco já havia sido quitada, de forma que a requerente assumiu diretamente uma dívida com terceiro não relacionado (o BNP Paribas). O equívoco já demonstra, de imediato, a completa improcedência de suas alegações quanto à dedutibilidade das despesas financeiras.
- Enquanto o empréstimo entre Korcula e Carrefour BV permaneceu em aberto, não houve 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 por via de 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 por empréstimo é ato completamente normal na gestão de atividades empresariais. A opção do empréstimo foi feita justamente porque o grupo Carrefour não detinha recursos disponíveis para investimento de longo prazo. Foi opção tomada pela controladora, a qual é até induzida pelo próprio ordenamento jurídico.
- Caso fosse considerado que a dívida foi efetivamente tomada do Carrefour BV, a dedução dos juros incorridas só estaria sujeita 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 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, o Brasil não coibia a subcapitalização. 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 fiscalização) e não estavam sujeitas às recentes regras de subcapitalização. Mesmo assim, caso as regras de subcapitalização hoje existentes (instituídas pela MP 472, de 2009) fossem aplicáveis ao caso, as partes também teriam obedecido aos limites impostos por tais regras.
- Os recursos financeiros 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 e os empregou em transação real e comprovada, extremamente relevante para a estratégia do grupo Carrefour no Brasil.
- As despesas financeiras 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. A dívida não foi assumida por conta de uma opção livre e espontânea. Assim, por decorrência lógica e jurídica, se as despesas financeiras eram dedutíveis pela Korcula (por serem necessárias a 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.

- Ao contrário da alegação da 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 também lhe trouxe benefícios. A mudança do seu controle societário fez suas receitas crescer, suas atividades expandirem e sua gestão passar de uma estrutura familiar para uma estrutura profissional típica dos grandes grupos empresariais.
- O pagamento desproporcional de JCP não produziu 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).
- A severa multa de 150% também deve ser prontamente afastada, pois somente poderia ser imposta nos casos de evidente intuito de fraude, sonegação ou conluio, e quando ficar 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, 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 fiscalização com total transparência e atendeu a todas as suas solicitações com clareza e prontidão. Na pior das hipóteses, portanto, a fiscalização pode alegar que discorda dos efeitos jurídicos e legais das operações praticadas, 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 multa isolada de 50% sobre os mesmos supostos fatos geradores é 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 e CSLL, 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 e CSLL ao fim do período-base e efetua o lançamento desses valores juntamente com uma penalidade aplicada de ofício, não há 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, e não pode 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 justificam a legalidade do procedimento adotado pela requerente também para efeitos de recolhimento da CSLL.
- Tendo sido demonstrada a total improcedência do auto de infração, deve ser determinada a recomposição dos prejuízos fiscais e bases negativas da CSLL indevidamente compensadas pela fiscalização.
- Pleiteia-se o acolhimento integral da impugnação e o imediato cancelamento integral do auto de infração em tela (principal, multas e juros), com o conseqüente arquivamento do processo administrativo.
- Protesta-se ainda pela juntada posterior de documentos que se fizerem 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.

A 2ª Turma da DRJ em Curitiba, em análise da impugnação apresentada, julgou-a improcedente, tendo o julgado recebido a seguinte ementa:

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011

**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.

**FALTA DE PAGAMENTO DE ANTECIPAÇÃO MENSAL**

Verificada a falta de pagamento de antecipação mensal por estimativa cabe exigir a multa isolada, que incidirá sobre o valor não recolhido.

**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.

**COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZO FISCAL - GLOSA FISCAL**

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 08/04/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente

em 08/04/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 12/04/2016 por LEONARD

O DE ANDRADE COUTO

Impresso em 13/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O prejuízo fiscal que tiver sido usado para compensar diferença tributária apurada em virtude de ação fiscal será, paralelamente, objeto de glosa fiscal caso tenha sido compensado em períodos de apuração subsequente.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL**

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011

**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.

**FALTA DE PAGAMENTO DE ANTECIPAÇÃO MENSAL**

Verificada a falta de pagamento de antecipação mensal por estimativa cabe exigir a multa isolada, que incidirá sobre o valor não recolhido.

**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.

**COMPENSAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO NEGATIVA - GLOSA FISCAL**

A base de cálculo negativa da CSLL que tiver sido usada para compensar diferença tributária apurada em virtude de ação fiscal será, paralelamente, objeto de glosa fiscal caso tenha sido compensada em períodos de apuração subsequente.

Conforme despacho de fl. 17.155, o contribuinte apresentou recurso voluntário em 28/02/2014 (fls. 16917-17020) antes de ser intimado, suprindo assim necessidade de intimação formal do acórdão, nos termos do art. 26 da Lei nº 9.784/99.

Em síntese, a recorrente repisa seus argumentos apresentados em impugnação, requerendo a reforma da decisão recorrida, e o consequente cancelamento do

crédito em litígio. Alguns pontos específicos tratados em seu recurso merecem ser reforçado. Para tanto, reproduzo as conclusões e os pedidos constantes do recurso:

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

(i) Foi equivocada a premissa adotada pela D. Fiscalização e pela r. Decisão recorrida, 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 Recorrente, principalmente pelo fato de que foi a sociedade que tornou possível o pagamento do preço pelas quotas da Recorrente, já que tornou possível a amortização da dívida através dos negócios da Recorrente;

(ii) Mesmo que não se entenda que houve efetivo propósito negocial 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 Recorrente pela Korcula) apenas com base em uma suposta interpretação da "substância econômica" envolvendo a operação;

(iii) No caso em análise, ao contrário do que dispõe a r. Decisão recorrida, houve cumprimento efetivo dos requisitos e do espírito dos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97. Isso porque, no caso em que o ágio pago\_esteja fundamentado na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido, a Lei 9.532/97 exige que as despesas geradas pela amortização do ágio sejam abatidas contras as receitas geradas pelo investimento que representa o fundamento econômico desse mesmo ágio, justamente para evitar que o ágio seja abatido contra receitas que não tem vinculação com o seu fundamento econômico. No presente caso, as despesas geradas pela amortização fiscal do ágio resultante da aquisição da Recorrente pela Korcula foram abatidas contras as receitas geradas pelas atividades econômicas da própria Recorrente, em completa consonância com os artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97;

(iv) 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;

(v) Recentemente, o CARF julgou o Caso Santander, Caso Telemar, Caso Cosem, Caso CELPE, Caso Biosintética, Caso Columbian, Caso Energisa, Caso Santa Tereza, Caso Geoplan, Caso Multiplan, Caso Dufry, Caso Usina Moema, Caso Scipione, Caso Johnson Controls etc., todos 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 o CARF afastado a alegação das autoridades fiscais de que a utilização de "empresa veículo" invalidaria a amortização fiscal de ágio;

(vi) No presente caso, a adoção das conclusões de todos esses recentes julgamentos do CARF 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 Recorrente 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, e está sendo abatido contra as receitas geradas na própria Recorrente; **(c)** a causa do negócio jurídico discutido no presente processo administrativo foi a aquisição, pela Korcula, da totalidade do capital da Recorrente (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;

(vii) O Caso Santander e o Caso Columbian envolvem questionamento específico ainda mais semelhante ao do presente processo administrativo, na medida em que, naqueles casos, o Fisco também acusou o contribuinte autuado de ter "internalizado" ágio pago do exterior. Em ambos os casos, o CARF julgou que a amortização fiscal do ágio foi legítima. Aliás, no Caso Santander, julgado de forma unânime em favor do contribuinte, o preço (e o ágio) foi pago diretamente por empresa sediada no exterior, o que torna ainda mais claro a improcedência do presente questionamento contra a Recorrente. Tal como demonstrado à exaustão, o preço e o ágio, no presente processo administrativo, foram pagos diretamente por empresa domiciliada no Brasil;

(viii) Toda a estrutura de aquisição da Recorrente 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 Recorrente não obteve qualquer benefício a que já não teria direito pela legislação em vigor, sendo que a discussão relativa à aquisição da Recorrente pela Brepa, ou pela Carrefour Brasil, dizia respeito tão somente às razões puramente empresariais e não tributárias da operação;

(ix) A Recorrente 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".

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

(i) 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;

(ii) 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 IRRJ/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;

(iii) 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 que deu origem a esse processo administrativo;

(iv) A Recorrente 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 Recorrente, a dívida questionada pela D. Fiscalização (Korcula x Carrefour BV) já havia sido quitada, de forma que a Recorrente assumiu diretamente uma dívida com terceiro não relacionado (o BNP Paribas);

(v) Este equívoco cometido pela D. Fiscalização já demonstra, de imediato, a completa improcedência de suas alegações quanto à dedutibilidade das despesas financeiras incorridas pela Recorrente. 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;

(vi) Ainda que assim não tivesse ocorrido, a opção da controladora em financiar a aquisição da Recorrente 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;

(vii) 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 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;

(viii) 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;

(ix) 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;**

(x) Os recursos financeiros captados 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;

(xi) 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, **como foi reconhecido pela própria r. Decisão recorrida**) 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

(xii) Por fim, ao contrário da alegação da D. Fiscalização e da r. 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 feita 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) 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 Recorrente).

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

(i) A severa multa de 150% aplicada pela D. Fiscalização, indevidamente mantida pela r. Decisão recorrida, 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 Recorrente 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 Recorrente jamais falsificou documentos ou "maquiou" livros contábeis ou fiscais, ao contrário, sempre registrou, às claras, todas as operações em sua contabilidade. A Recorrente 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 Recorrente, mas isso jamais poderia servir de base para se pressupor a falta de boa fé da Recorrente e acusá-la de ter incorrido em fraude;

(ii) 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. Constitui claro excesso a cobrança de dupla penalidade nessa situação, o que também afronta o princípio da consunção, conforme já pacificado pela CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS;

(iii) 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;

(iv) Todos os argumentos de fato e de Direito apresentados neste Recurso Voluntário justificam a legalidade do procedimento adotado pela Recorrente também para efeitos de recolhimento da CSL; e

(v) 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**

351. Pelo exposto, a Recorrente tem por comprovada a exatidão dos procedimentos adotados e a total improcedência do Auto de Infração, bem como o equívoco cometido pela r. Decisão recorrida, que manteve o lançamento tributário, ao interpretar os fatos e o Direito aplicáveis ao caso.

352. Dessa forma, requer-se seja o presente Recurso Voluntário integralmente provido, com o objetivo de reformar 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.

Processo nº 16561.720053/2013-58  
Acórdão n.º **1402-002.119**

**S1-C4T2**  
Fl. 17.298

---

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões de fls. 11.455-11.491, pugnando pela manutenção da exigência em sua integralidade.

Às fls. 17213-17266 encontra-se ainda Parecer anexado pela Recorrente e elaborado pelo Ilustre doutrinador Dr. Ricardo Mariz de Oliveira.

É o relatório.

CÓPIA

## Voto

Conselheiro FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Relator.

### 1 ADMISSIBILIDADE

Conforme relatado, o contribuinte apresentou recurso voluntário antes mesmo de sua intimação formal.

De toda forma, constata-se que a decisão recorrida se deu em sessão realizada em 29/01/2014, uma quarta-feira. A recorrente anexou *print* do "Histórico do Processo" retirado do sítio da RFB (e-CAC), no qual consta que em 31/01/2014 (sexta-feira) houve ordem da DRJ de Belo Horizonte (MG) para que a Recorrente fosse informada/intimada do julgamento. Nessa mesma data a Recorrente acessou o e-CAC, tendo acesso ao inteiro teor de tal decisão. Ainda que se considere esta a data da ciência, o início da contagem do prazo se deu no primeiro dia útil subsequente, no caso, dia 03/02/2014 (segunda-feira), o que implicaria como data fatal de apresentação do recurso o dia 04/03/2014 (terça-feira).

Considerando-se que o recurso voluntário foi interposto em 28/02/2014 (fl. 16918), o mesmo mostra-se tempestivo.

Preenchidos os demais pressupostos legais para sua admissibilidade, dele, portanto, tomo conhecimento.

### 2 MÉRITO

#### 2.1 DA AMORTIZAÇÃO/EXCLUSÃO DO ÁGIO

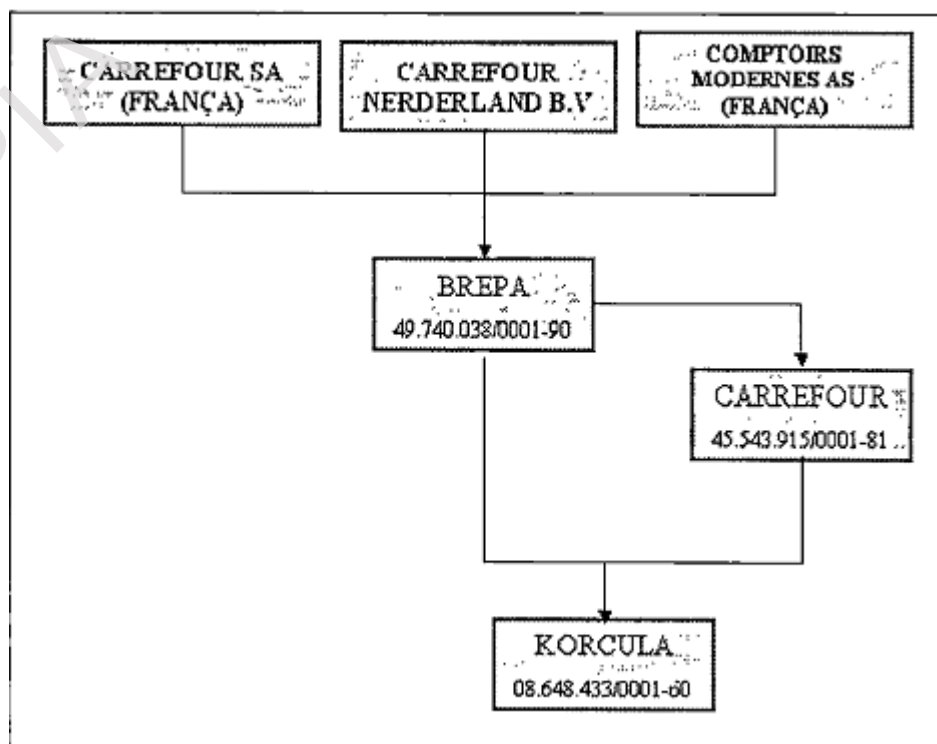
De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, o ágio deduzido pela Recorrente seria indedutível das bases de cálculo de IRPJ e de CSLL em razão da utilização fraudulenta de uma “empresa veículo” (KORCULA) a fim de, artificialmente, gerar a extinção do investimento adquirido com ágio e possibilitar sua 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) 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);

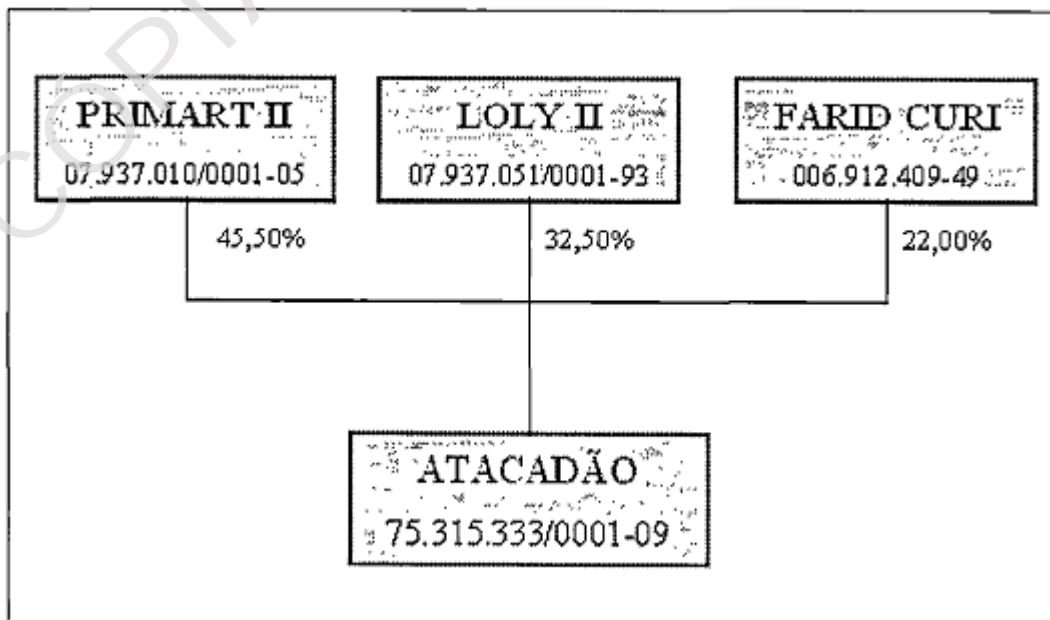
- Quinze dias após o aumento de capital promovido pela BREPA, em 15/05/2007, CARREFOUR integralizou e aumentou o capital social da KORCULA em mais R\$ 12.507.285,00;

- 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;

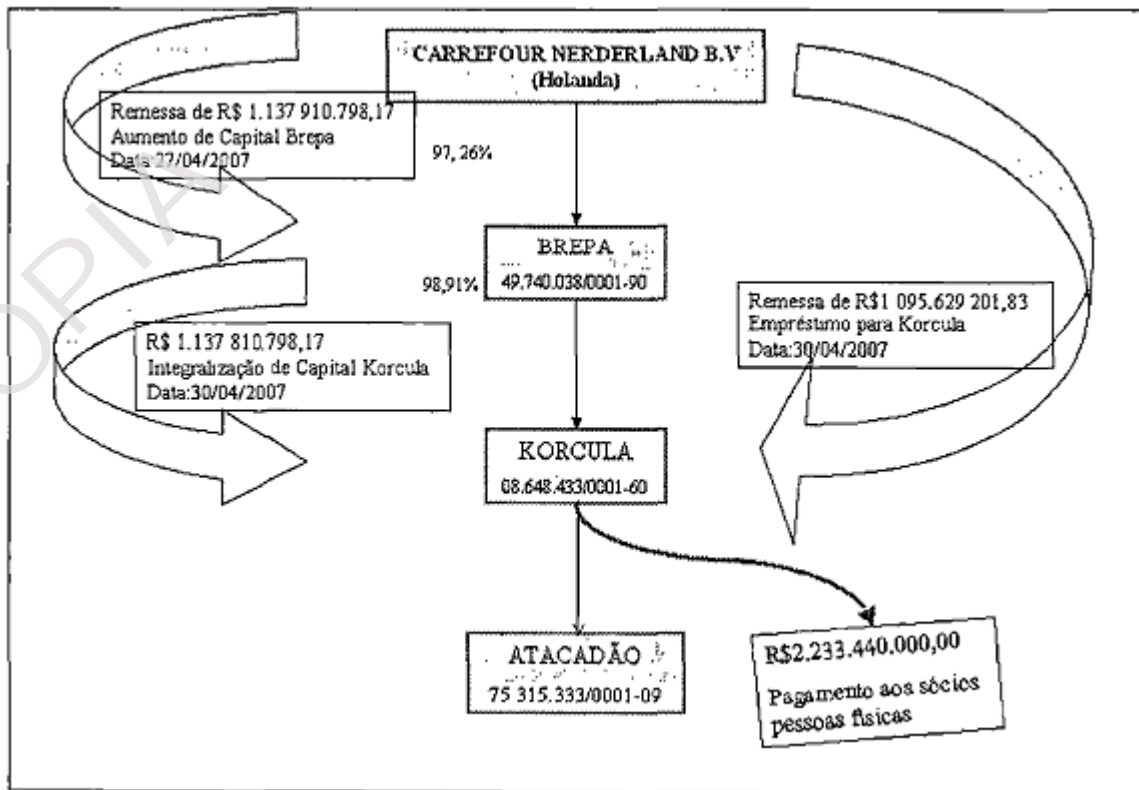
- Naquela ocasião, o controle de ATACADÃO era assim composto (quadro à fl. 15475):



- 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:



- 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.**

Vejam, 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 calculadas 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 componha 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 antielisivo, 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 livro<sup>1</sup> a respeito do tema:

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

*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.*

<sup>1</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo: Dialética, 2012, p. 66-68.

*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 despcienda 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.

Greco<sup>2</sup>:

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

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

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

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

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

*No Brasil, entendo que esta possibilidade de recusa de tutela ao ato abusivo (mesmo antes do Código Civil de 2002) encontra base no ordenamento positivo, por decorrer dos princípios consagrados na Constituição de 1988 e da natureza da figura. Porém, a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e 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”.<sup>3</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*parte daquilo que Tércio Sampaio Ferraz Júnior denomina de regras de calibração do ordenamento. Ou seja, os textos legais dão as peças do sistema jurídico, mas para que funcionem coordenadamente precisam ser calibradas, ajustadas. <sup>4</sup> (grifo nosso)*

Sobre o tema, Ricardo Lobo Torres conclui que

*No direito tributário o mais importante para a Administração é requalificar o ato abusivo, sem anulá-lo em suas consequências no plano das relações comerciais ou trabalhistas.[...] Na elisão, afinal de contas, ocorre um abuso na subsunção do fato à norma tributária; como lembra Paul Kirchhof, a elisão é sempre uma subsunção malograda [...] Cabe à Administração Tributária, conseqüentemente, corrigir a subsunção malograda, requalificando o fato de acordo com a interpretação correta da regra de incidência.<sup>5</sup>*

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

*Recordando: na primeira fase, predomina a liberdade do contribuinte de agir antes do fato gerador e mediante atos*

<sup>4</sup> GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 231.

*lícitos, salvo simulação; na segunda fase do ainda predomina a liberdade de agir antes do fato gerador e mediante atos lícitos, porém nela o planejamento é contaminado não apenas pela simulação, mas também pelas outras patologias do negócio jurídico, como o abuso de direito e a fraude à lei.*

*Na terceira fase, acrescenta-se um outro ingrediente que é o princípio da capacidade contributiva que – por ser um princípio constitucional tributário – acaba por eliminar o predomínio da liberdade, para temperá-la com a solidariedade social inerente à capacidade contributiva.<sup>6</sup> (grifo nosso)*

Salienta ainda o doutrinador que a capacidade contributiva é uma norma programática “possuindo caráter positivo em todos os momentos da atividade de concreção dos preceitos constitucionais: legislação, execução e jurisdição. **É a afirmação de que a eficácia jurídica alcança os intérpretes e aplicadores do Direito e não apenas o legislador**”<sup>7</sup>. (grifo nosso) Acrescenta ainda que se trata de instrumentos de controle do abuso de direito, fraude à lei e outras patologias dos negócios jurídicos, uma vez que negariam a eficácia de regramentos constitucionais.<sup>8</sup>

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

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

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

*[...] quando se diz que é preciso tributar segundo a capacidade contributiva, também é preciso ponderar não ser adequado transformar a capacidade contributiva num valor absoluto que atropele a legalidade e a tipicidade. [...]*

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

<sup>6</sup> GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 319.

<sup>7</sup> GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 343.

<sup>8</sup> GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 344.

DocId:32414444. Assinado digitalmente em 08/04/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 12/04/2016 por LEONARD

*objetivos do Estado brasileiro – ao estabelecer que um deles é o de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Formulação linguística muito feliz, pois coloca numa ponta a liberdade (típica do Estado de Direito) e, na outra ponta, a solidariedade (típica do Estado Social) e entre elas a justiça que resultará da ponderação das duas. Ou seja, só vamos ter justiça se e quando houver ponderação entre os valores liberdade e solidariedade.*<sup>9</sup>  
(grifo nosso)

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

No caso concreto, 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 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:
  - o teve vida efêmera (menos de 1 ano, sendo extinta 8 meses após a aquisição de ATACADÃO);
  - o a única operação relevante realizada foi a aquisição de ATACADÃO (RECORRENTE), tendo sido, ao final, por esta incorporada;
  - o era 100% controlada por empresas do Grupo Carrefour;
  - o 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;
  - o não possuiu empregados nem incorreu em despesas administrativas durante sua curta existência;
  - o foi incorporada por ATACADÃO 8 meses após a aquisição de tal investimento;
  - o 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).

Pois bem. Cabe, agora, analisar quem se desincumbiu do ônus da prova. Conforme já salientado, entendo que o trabalho do Fisco não merece reparos.

Em primeiro lugar, faz-se necessário discorrer sobre a força probatória dos indícios. Sabe-se que os indícios e presunções constituem prova. Já no art. 136 do antigo Código Civil previa-se que os indícios são substratos fáticos que formam a presunção.

Gilberto de Ulhôa Canto (Presunções no Direito Tributário, Resenha Tributária, São Paulo, 1991, p. 3/4) ensina:

*Na presunção toma-se como sendo a verdade de todos os casos aquilo que é a verdade da generalidade dos casos iguais, em virtude de uma lei de freqüência ou de resultados conhecidos, ou em decorrência da previsão lógica do desfecho. Porque na grande maioria das hipóteses análogas, determinada situação se retrata ou define de um certo modo, passa-se a entender que desse mesmo modo serão retratadas e definidas todas as situações de igual natureza. Assim, o pressuposto lógico da*

*formulação preventiva consiste na redução, a partir de um fato conhecido, da consequência já conhecida em situações verificadas no passado; dada a existência de elementos comuns, conclui-se que o resultado conhecido se repetirá. Ou, ainda, infere-se o acontecimento a partir do nexu causal lógico que o liga aos dados antecedentes.*

Já Moacyr Amaral Santos (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 2º volume, 3ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1977, p. 436/437), assim leciona:

*[...] prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo.*

*A prova indireta é o resultado de um processo lógico. Na base desse processo está o fato conhecido. O fato conhecido, o indício, provoca uma atividade mental, por via da qual poder-se-á chegar ao fato desconhecido, como causa ou efeito daquele. O resultado positivo dessa operação será uma presunção [...]*

Um dos maiores especialistas sobre provas no Direito Processual Civil brasileiro – Darci Guimarães Ribeiro – assim se manifesta sobre os indícios:

*Nas presumptiones hominis, também conhecidas por simples, comuns ou de homem, e que, para os criminalistas, chamam-se indícios e, para os ingleses, denominam-se circunstâncias, o raciocínio dedutivo é feito pelo homem. Aqui, o legislador não quis legalmente presumir o fato desconhecido, deixando, em especial, ao juiz fazer o raciocínio necessário, a fim de chegar à descoberta do fato desconhecido, utilizando a experiência comum ou técnica, a fim de obter o convencimento necessário. [...] Enquanto as presunções legais servem para dar segurança a certas situações de ordem social, política, familiar e patrimonial, as presunções feitas pelo homem-juiz cumprem uma função exclusivamente processual, porque estão diretamente ligadas ao princípio da persuasão racional da prova, contido no art. 131 do CPC. [...] Seu campo de atuação é vastíssimo, tanto no processo civil quanto no processo penal, máxime para apreender os conceitos de simulação, dolo, fraude, má-fé, boa-fé, intenção de doar, pessoa honesta, etc.<sup>10</sup>*

Corroborando essas teses, a jurisprudência administrativa segue a mesma direção:

*MEIOS DE PROVA - A omissão de receitas, quando sua prova não estiver estabelecida na legislação fiscal, pode realizar-se por todos os meios admitidos em Direito, inclusive presuntiva com base em indícios veementes, sendo livre a convicção do julgador. (Acórdão nº 105-4.032/90, 1º Conselho de Contribuintes, Publicado em 14/09/90).*

Observe-se o que diz Paulo Celso B. Bonilha (Da prova no Processo Administrativo Tributário, Dialética, São Paulo, 1997, p. 92):

*Sob o critério do objeto, nós vimos que as provas dividem-se em diretas e indiretas. As primeiras fornecem ao julgador a idéia objetiva do fato probando. As indiretas ou críticas, como as denomina CARNELUTTI, referem-se a outro fato que não o probando e que com este se relaciona, chegando-se ao conhecimento do fato por provar através de trabalho de raciocínio que toma por base o fato conhecido. Trata-se, assim, de conhecimento indireto, baseado no conhecimento objetivo do fato base, “factum probatum”, que leva à percepção do fato por provar (“factum probandum”), por obra do raciocínio e da experiência do julgador.*

Desse modo, pode-se afirmar que indício é o fato conhecido do qual se parte para o desconhecido e que assim é definido por Moacyr Amaral dos Santos (*op.cit.*):

*Assim, indício, sob o aspecto jurídico, consiste no fato conhecido que, por via do raciocínio, sugere o fato probando, do qual é causa ou efeito.*

*Evidencia-se, portanto, que o indício é a base objetiva do raciocínio ou atividade mental por via do qual poder-se-á chegar ao fato desconhecido. Se positivo o resultado, trata-se de uma presunção.*

Sobre o tema, evoca-se o voto vencedor do acórdão nº CSRF/01-02.743, da Câmara Superior de Recursos Fiscais, que toma por base a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

*Indícios de omissão de receitas é que não faltam. A propósito, como relembra o preclaro mestre Hely Lopes Meirelles, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu que “indícios vários e concordantes são prova”, com o que, de plano, este relator poderia dar o assunto por encerrado. (STF, RTJ 52/140 apud Hely Lopes Meirelles in Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, Malheiros, 22ª ed., 1997, p. 97.)*

Como visto, os indícios, ou fatos conhecidos, são as bases para construção da prova. No caso concreto, a Fiscalização demonstrou de forma inequívoca uma série de fatos e apontou como única finalidade destes a exclusão de vultosos valores do lucro real e da base de cálculo da CSLL. Todos os indícios coligidos possuem consistência e vínculo com a infração apontada.

Oportuna, neste ponto, a lição de Maria Rita Ferragut (Evasão fiscal: o parágrafo único do artigo 116 do CTN e os limites de sua aplicação, Revista Dialética de Direito Tributário nº 67, Dialética, São Paulo, 2001, p. 119/120), ao tratar da força probatória das presunções e indícios, bem como da imperatividade de seu uso na esfera tributária:

*É a comprovação indireta que distingue a presunção dos demais meios de prova (exceção feita ao arbitramento, que também é meio de prova indireta), e não o conhecimento ou não do evento. Com isso, não se trata de considerar que a prova direta veicula um fato conhecido, ao passo que a presunção um fato meramente presumido. Só a manifestação do evento é atingida pelo direito e, portanto, o real não tem como ser alcançado de forma objetiva: independentemente da prova ser direta ou indireta, o fato que se quer provar será ao máximo jurídica certo e fenomenicamente provável. E a realidade impõe limites ao conhecimento.*



Para concluir que o propósito da criação de KORCULA foi iminente fiscal, a autoridade fiscal afirmou que tal empresa não poderia ser considerada uma sociedade, a teor do disposto nos artigos 966 e 981 do Estatuto Civil. A RECORRENTE rechaça o entendimento do Fisco.

Convém, nesse momento, discorrer sobre o conceito de empresa.

A conceituação jurídica de empresa, parte da noção econômica, que se vincula à ideia central da organização dos fatores da produção (capital, trabalho, insumos e tecnologia para a realização de uma atividade econômica). Desse modo, pode-se afirmar que a empresa consiste na unidade produtora cuja tarefa é combinar fatores de produção com o fim de oferecer ao mercado bens ou serviços, não importando qual o estágio da produção.<sup>11</sup>

No Direito italiano – com forte influência para o Direito Comercial pátrio–, o Código Civil de 1942 adotou a Teoria da Empresa para definir o campo de aplicação do Direito Comercial. Todavia, a legislação italiana não formulou um conceito jurídico sobre o que seja empresa, restando à doutrina fazê-lo. Nesse sentido, destaca-se a teoria dos perfis da empresa elaborada por Alberto Asquini.<sup>12</sup>

Ao analisar o Código Civil italiano, Asquini concluiu pela diversidade de perfis no conceito, de forma a compreender a empresa como “um fenômeno jurídico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que ali concorrem”. Os perfis de empresa por ele identificados são os seguintes: subjetivo, funcional, objetivo ou patrimonial e corporativo.

O **perfil subjetivo** identifica a empresa com a figura do **empresário**, cujo conceito é fornecido pelo artigo 2.084 do Código Civil Italiano (bastante semelhante ao artigo 966 de nosso Código Civil) como "aquele que exercita profissionalmente atividade econômica organizada com o fim da produção e da troca de bens ou serviços". O **perfil funcional** identifica empresa com atividade empresarial, ou seja, ela (empresa) seria compreendida como um conjunto de atos tendentes a organizar os fatores da produção para a distribuição ou produção de certos bens ou serviços.

Por sua vez, o **perfil objetivo ou patrimonial** identificaria a empresa com o conjunto de bens destinado ao exercício da atividade empresarial, ao passo que, de acordo com o **perfil corporativo**, seria "aquela especial organização de pessoas que é formada pelo empresário e por seus prestadores de serviço, seus colaboradores (...) um núcleo social organizado em função de um fim econômico comum". Quanto a esse último perfil (corporativo), verifica-se que ele foi desconsiderado doutrinariamente, por lastrear-se não com fundamento em dados objetivamente apreciáveis, mas tão somente na ideologia fascista, fortemente marcante na elaboração do Código Civil italiano de 1942.

A utilidade dessa teoria reside no fato de que, à exceção do perfil corporativo – de natureza eminentemente político-ideológica –, os perfis restantes demonstram três realidades intimamente ligadas, e muito importantes na teoria da empresa: a empresa (perfil funcional), o empresário (perfil subjetivo) e o estabelecimento empresarial (perfil objetivo ou patrimonial).

<sup>11</sup> NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>12</sup> ASQUINI, Alberto. Perfis de Empresa. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro n. 104. Trad. Fábio Konder Comparato. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 1996, p. 109-126.

em 08/04/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 12/04/2016 por LEONARD

No ordenamento jurídico nacional, o Direito de Empresa encontra-se atualmente previsto nos artigos 966 a 1.195 do Código Civil.

Com base nos ensinamentos de Asquini pode-se afirmar, portanto, que empresa é a atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens ou serviços, equivalendo ao perfil funcional da teoria do citado doutrinador italiano.

Por atividade entende-se o conjunto de atos destinados a uma finalidade comum, não bastando, portanto, a ocorrência de um ato isolado para a caracterização de empresa. Faz-se necessária, para tanto, a realização de uma sequência de atos dirigidos a uma mesma finalidade, que, em razão do caráter econômico apresentado, exige que ela tenha o condão de criar novas utilidades, novas riquezas, afastando-se, desse modo, as atividades de mero gozo. Essa criação de novas riquezas abrange a transformação de matéria-prima (indústria), bem como também a atividade de intermediação na circulação de bens (comércio em sentido estrito).

A economicidade da atividade empresarial impõe que ela deva ser dirigida ao mercado, o que significa dizer que ela deve destinar-se à satisfação de necessidades alheias, de maneira que o titular da atividade deve ser diverso do destinatário último do produto ou do serviço. Nesse contexto, não caracteriza empresa a atividade daquele que cultiva ou fabrica para o próprio consumo. A finalidade perseguida pela atividade empresarial é o lucro (busca de excedente econômico para o fim de acumulação).

Outro traço característico da empresa consiste na **organização dos fatores da produção**, pois o fim lucrativo de criação de novas riquezas pressupõe atos coordenados, inter-relacionados e programados para a consecução de tal objetivo. Essa organização pode variar de acordo com as necessidades da atividade explorada, sendo que os fatores de produção tradicionalmente são divididos em: a) capital; b) trabalho ou mão de obra; c) tecnologia; e d) matéria-prima.

Fábio Ulhôa Coelho diz que na ausência de um desses fatores não se fala mais em organização. Isso significa que, faltando apenas um dos quatro fatores, não há organização e, conseqüentemente, não se pode falar em empresário. Por exemplo: um bar ou armazém cujo atendimento é feito apenas pelos proprietários, sem utilização de mão de obra, será uma sociedade simples. Isso implica que, faltando apenas um dos quatro fatores, não há organização e, conseqüentemente, não se pode falar em empresa.

Contudo, a doutrina e a jurisprudência dominantes sustentam que, se a natureza da atividade realizada prescindir na sua organização de um desses quatro fatores (por exemplo, força de trabalho), não há que se falar em descaracterização da atividade de empresa, desde que presentes e organizados os fatores de produção imprescindíveis para a consecução da atividade especificamente considerada.

No caso concreto, não há dúvidas que KORCULA não preenche tais requisitos. Os argumentos trazidos pela RECORRENTE não se mostram consistentes a ponto de alterar minha convicção sobre sua total inoperância. Os fatos são evidentes: a única operação relevante realizada por KORCULA foi a aquisição de ATACADÃO, sendo posteriormente por esta incorporada.

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.

A esse respeito, perfeitas as considerações da decisão recorrida, as quais ora reproduzo:

*A objeção da impugnante, contudo, não pode ser acatada. Embora tenham mencionado, como mais um dos indícios de que se tratava de empresa sem fim comercial próprio, o fato de a Korcula não ter tido empregados e praticamente nenhuma despesa administrativa em sua curta existência, os autuantes nem enfatizaram esse aspecto. Em verdade, é inquestionável que a constituição e a existência de uma sociedade cujo objeto seja a participação em outras é expressamente admitida pelo ordenamento. Em tese, pode-se também conceber que tal empresa não conte com nenhuma estrutura administrativa, embora isso somente é possível se ela fizer parte de um grupo econômico maior que se encarregue de a manter e arcar com um mínimo de despesas administrativas que seriam de sua responsabilidade, tais como a remuneração de seus diretores e os encargos decorrentes de sua escrituração. Note-se que a entidade prevista no § 3º do artigo 2º da Lei nº 6.404, de 1976, não tem de ser necessariamente a controladora das empresas cuja participação detenha. Assim, holdings sem um grupo econômico que as ampare e com apenas participações minoritárias necessariamente terão de ter gestão e encargos próprios.*

*De qualquer forma, a sociedade prevista pelo § 3º do artigo 2º da Lei nº 6.404, de 1976, não será classificada de empresa veículo se, de fato, for constituída com o objeto social de ter participação societária, ou seja, se esse for o propósito de seus fundadores ou proprietários. Não será o caso, porém, de uma holding cujo propósito, verificado pelas circunstâncias concretamente observadas, for o de apenas ter existência temporária e meramente formal, com o intuito mal disfarçado de apenas forjar um quadro de aparente cumprimento de exigências legais para a obtenção de benefício fiscal. Esse último definitivamente é o caso da Korcula, porque, como visto, não havia a intenção de a tornar uma sociedade cujo objeto social permanente fosse a participação no capital de outras sociedades. Para esse fim, o grupo Carrefour já contava, no Brasil, com a Brepa, e no exterior com a Carrefour BV. A Korcula, desde que foi adquirida pelo grupo Carrefour apenas dois meses de depois de constituída com o capital subscrito de R\$ 100,00, tinha o propósito específico de lhe ser atribuído o papel de adquirente aparente do Atacadão, e de contrair um empréstimo internacional, e em seguida ser incorporada pela empresa que havia supostamente adquirido. Portanto, o que lhe empresta o caráter de empresa veículo e sem propósito comercial não é o seu objeto social nem a sua parca estrutura administrativa, mas a sua existência efêmera, apenas formal, e para o cumprimento de uma única etapa numa cadeia de atos e negócios cujo objetivo é pura e simplesmente a obtenção de vantagens fiscais, sem que seja cumprida a essência das exigências legais para a obtenção dessas vantagens fiscais. Além disso, no caso da Korcula, o caráter artificial de sua participação na operação é evidenciado pela circunstância de que as suas funções na cadeia de operações poderiam ser satisfatoriamente realizadas por empresas que já faziam parte do grupo empresarial que estava por trás de todo o processo. Recorde-se ainda as cláusulas do contrato de aquisição do Atacadão que demonstravam a existência meramente protocolar da Korcula, pois estipulavam que*

*toda comunicação relativa ao negócio devia ser enviada para a Brepa e que esta assumia a responsabilidade de honrar todas as obrigações assumidas pela Korcula.*

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.

Novamente, por concordar integralmente com a decisão recorrida a respeito do tema, lanço mão de suas conclusões:

*Ora, o Atacadão e o Carrefour Brasil são colossos no ramo de distribuição de alimentos e de outros produtos de consumo, no atacado e no varejo, conforme afirma a própria impugnante. Na ocasião da aquisição, em conjunto passaram a posição de maior rede de supermercados e hipermercados do país, contando com mais de uma centena de unidades espalhadas pelo país e com faturamento anual na casa de bilhões de reais. Se de fato havia consideráveis discrepâncias na cultura empresarial das duas empresas, elas não desapareceriam num período relativamente curto de convivência no mesmo grupo. No entanto, a Korcula, cuja alegada função seria propiciar essa adaptação do Atacadão ao seu novo controlador, foi extinta apenas oito meses depois de ter sido ela mesma integrada ao grupo Carrefour.*

*Mais importante ainda é que, visto que a Korcula não contava com nenhuma estrutura administrativa e existia apenas formalmente, não podia ela desempenhar o papel de permitir a alegada adaptação do Atacadão às práticas do grupo Carrefour. Quem podia de fato se desincumbir da função de intermediário entre o Atacadão e o grupo era a Brepa, que era a controladora da Korcula. Logo, a Korcula se revela inteiramente desnecessária para essa função, e sua interposição entre a Brepa e o Atacadão definitivamente não tinha o objetivo alegado pela impugnante. Tanto era ela desnecessária para esse fim que, após a sua extinção, a Brepa assumiu ostensiva e formalmente a função que de fato já exercia.*

*A outra função empresarial que, segundo a impugnante, tornaria necessária a participação da Korcula na operação seria permitir que o Atacadão arcasse com o ônus do empréstimo tomado para em parte custear sua própria aquisição. Contudo, mais uma vez, não se mostra indispensável a participação da empresa veículo com semelhante objetivo. O mesmo fim poderia ser atingido caso a Brepa assumisse o empréstimo e o fosse quitando com as transferências de dividendos que o Atacadão lhe viria a fazer. Afinal, somente seria alcançado o objetivo de comprar o Atacadão parcialmente com recursos tomados de empréstimo de terceiros e de liquidar esse empréstimo por meio da própria empresa adquirida, se essa empresa adquirida propiciasse lucros suficientes para quitar o empréstimo, do contrário, para quitar a dívida contraída o adquirente deveria desfazer-se total ou parcialmente do investimento adquirido ou encontrar fonte diversa de recursos.*

*terem sofrido a incidência do IRPJ e da CSLL. Outra solução, ainda mais simples e na qual a participação da Korcula seria igualmente dispensável, seria o empréstimo sem ônus da Carrefour BV ter sido concedido à Brepa, a exemplo do que fizera em favor da Korcula. Caso de fato a Carrefour BV necessitasse que esses recursos lhe fossem devolvidos num prazo relativamente curto (supostamente por ter ela próprio tomado outro empréstimo para o custear), a Brepa poderia simplesmente determinar que o Atacadão (que já se encontrava inteiramente sob seu controle por já ter sido consumada a aquisição) obtivesse diretamente de terceiros um empréstimo oneroso e lhe repassasse a quantia mediante empréstimo com ônus mínimo estabelecido pelo artigo 22, § 2º, do Lei nº 9.430, de 1996. A Brepa então quitaria o empréstimo com a Carrefour BV e o Atacadão é que passaria a sofrer os ônus do empréstimo até que o liquidasse. Obviamente, esse segundo arranjo também implicaria que as despesas financeiras com o empréstimo seriam indedutíveis pelo Atacadão no montante que excedesse aos ônus repassados à Brepa, em virtude de o empréstimo não se caracterizar como útil e necessário a suas atividades e estar correlacionado a outro realizado sem ônus para uma parte relacionada. Mas essa desvantagem é inevitável em operações dessa natureza, qualquer que seja o arranjo societário posto em prática, [...]*

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” (KORCLA) 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 negocial perpetrada, no caso, a RECORRENTE.

Merece aprofundamento, ainda, a questão das operações estruturadas em sequência. Greco<sup>13</sup> trata o tema com a maestria peculiar:

### ***Operação Estruturadas em Sequência***

*Sob esta denominação estão as step transactions, vale dizer, aquelas sequências de etapas em que cada uma corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária ou negocial encadeado com o subsequente para obter determinado efeito fiscal mais vantajoso. Neste caso, cada etapa só tem sentido se existir a que lhe antecede e se for deflagrada a que lhe sucede.*

*Uma operação estruturada indica a existência de um objetivo único, predeterminado à realização de todo o conjunto. E mais, indica a existência de uma causa jurídica única que informa todo o conjunto. Neste casos, cumpre examinar se há motivos autônomos, ou não, pois se estes inexistirem, o fato a ser enquadrado é o conjunto e não cada uma das etapas. (p. 462)*

### ***Uso de Sociedades***

*[...] o elemento relevante quando estamos perante uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal (no registro competente etc.); tão importante ou até mais – em matéria tributária – é a identificação do empreendimento que justifica sua existência. A criação de uma pessoa jurídica tem sentido na medida em que corresponda à vestimenta jurídica de determinado empreendimento econômico ou profissional. A ideia de empresa é o núcleo a ser perquirido. (vide a importância que o Código Civil dá à noção de empresa – artigos 966 e segs.). (p. 468/469)*

### ***Conduit companies***

*A primeira situação a observar é das chamadas conduit companies (empresas-veículos ou de passagem) em que uma pessoa jurídica é criada apenas para servir como canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro sem que tenha efetivamente outra função dentro do contexto. (p. 470)*

*Este é o ponto a considerar, pois – dependendo das circunstâncias do caso concreto – pode configurar fraude à lei tributária. (p. 475/476) (grifos nossos)*

Na mesma linha de raciocínio desenvolvida, trata-se, aqui, do exame de operações realizadas em sequência, cujos fatos, *de per si*, não denotam qualquer infração, mas, em seu conjunto, demonstram inequivocamente que o único propósito negocial das operações foi antecipar a diminuição da carga tributária incidente sobre o negócio efetivamente realizado.

Conforme se observa, os pontos destacados por Greco ressaltam aos olhos no caso concreto, pois as operações perpetradas pela RECORRENTE foram estruturadas em sequência (a- constituição de nova empresa – KORCULA – com imediata capitalização; b- aquisição de ATACADÃO; c – incorporação de KORCULA por ATACADÃO (vida efêmera de KORCULA); d – amortização do ágio das bases de cálculo de IRPJ e CSLL). Ou seja, utilizou-se de uma sociedade de passagem com único intuito de permitir a amortização do ágio criado na aquisição da própria RECORRENTE.

Impende-se repetir os ensinamentos de Marco Aurélio Greco: a motivação e a finalidade dos atos necessitam ser comprovadas pelo próprio contribuinte, desde que a Fiscalização tenha trazido elementos que demonstrem que a motivação e a finalidade mostrem-se preponderantemente fiscais. A Fiscalização, sem sombra de dúvidas, cumpriu com sua parte. Caberia à RECORRENTE fazer a sua.

Nesse contexto, conclui-se que competia ao contribuinte provar a veracidade do que afirmou, nos termos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (texto legal que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), art. 36:

*Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei.*

No mesmo sentido dispõe o art. 333 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC):

Art. 333. O ônus da prova incumbe: [...]  
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Corroborando tal tese, convém transcrever jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

*Allegare nihil et allegatum non probare paria sunt — nada alegar e não provar o alegado, são coisas iguais. (Habeas Corpus nº 1.171-0 — RJ, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 4, (39): 211-276, novembro 1992, p. 217)*

*Alegar e não provar significa, juridicamente, não dizer nada. (Intervenção Federal Nº8-3 — PR, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 7, (66): 93-116, fevereiro 1995. 99)*

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - APOSENTADORIA - NEGATIVA DE REGISTRO - TRIBUNAL DE CONTAS - ATOS ADMINISTRATIVOS NÃO COMPROVADOS - ART.**

**333, INCISO II, DO CPC - PAGAMENTO DOS PROVENTOS DE NOVEMBRO/96 E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO DAQUELE MESMO ANO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULAS 269 E 271 DA SUPREMA CORTE - 1. O ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, do Código de Processo Civil). Incumbe às Secretarias de Educação e da Fazenda a demonstração de que a professora havia sido notificada da suspensão de sua aposentadoria. (STJ - ROMS 9685 - RS – 6ª T. - Rel. Min. Fernando Gonçalves -DJU 20.08.2001 - p. 00538)**

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 08/04/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 08/04/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 12/04/2016 por LEONARD O DE ANDRADE COUTO

Impresso em 13/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - IMPOSTO DE RENDA - VERBAS INDENIZATÓRIAS - FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO - NÃO INCIDÊNCIA - COMPENSAÇÃO - AJUSTE ANUAL - ÔNUS DA PROVA - O ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cabe ao contribuinte comprovar a ocorrência de retenção na fonte do imposto de renda incidente sobre verbas indenizatórias e à Fazenda Nacional incumbe a prova de eventual compensação do imposto de renda retido na fonte no ajuste anual da declaração de rendimentos. Recurso provido. (STJ - REsp 229118 - DF - 1ª T. - Rel. Min. Garcia Vieira - DJU 07.02.2000 - p. 132)*

*PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS DO DEVEDOR - NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO - IMPRESCINDIBILIDADE - ÔNUS DA PROVA - 1. Imprescindível a notificação regular ao contribuinte do imposto devido. 2. Incumbe ao embargado, réu no processo incidente de embargos à execução, a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333, II). 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp 237.009 - (1999/0099660-7) - SP - 2ª T. - Rel. Min. Francisco Peçanha Martins - DJU 27.05.2002 - p. 147)*

*TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - IRPF - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - VERBAS INDENIZATÓRIAS - RETENÇÃO NA FONTE - ÔNUS DA PROVA - VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL CONFIGURADA - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA - SÚMULA 13/STJ - PRECEDENTES - Cabe ao autor provar que houve a retenção do imposto de renda na fonte, por isso que é fato constitutivo do seu direito; ao réu competia a prova de eventual compensação na declaração anual de rendimentos dos recorrentes, do imposto de renda retido na fonte, fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor - Incidência da Súmula 13 STJ - Recurso especial conhecido pela letra a e provido. (STJ - RESP 232729 - DF - 2ª T. - Rel. Min. Francisco Peçanha Martins - DJU 18.02.2002 - p. 00294)*

Por fim, cabe ressaltar que as normas legais citadas pelo autuante não abrigam aqueles que se posicionam artificialmente diante dela. Nada impede que os contribuintes busquem formas de pagar menos tributos, mas o procedimento deve estar dentro daquilo que é autorizado pelo ordenamento jurídico, mas sem o mascaramento dos atos praticados para o atingimento desses objetivos, como é o caso dos autos. De igual forma, o princípio da livre iniciativa insculpido na Constituição Federal não possui o condão de transformar os fatos efetivamente ocorridos.

Isso posto, peço vênias a Marco Aurélio Greco para tomar como minhas suas conclusões, já transcritas no corpo de meu voto, que muito se encaixam no fechamento do meu entendimento sobre o caso, em especial o conflito entre livre iniciativa e solidariedade:

*Minha concepção ideológica é de que sempre haverá de ponderar os dois conjuntos de valores; ou seja, para mim o*

*ponto de partida é o de que ambos devem estar sentados à mesa para dialogar. Vale dizer, não é a rigor um “ponto” de partida, mas uma “dualidade” de partida. Não há caso que não envolva dois tipos de valores. Isso está escrito com todas as letras no artigo 3º, I, da Constituição de 1988 – quando formula os objetivos do Estado brasileiro – ao estabelecer que um deles é o de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Formulação linguística muito feliz, pois coloca numa ponta a liberdade (típica do Estado de Direito) e, na outra ponta, a solidariedade (típica do Estado Social) e entre elas a justiça que resultará da ponderação das duas. Ou seja, **só vamos ter justiça se e quando houver ponderação entre os valores liberdade e solidariedade.**<sup>14</sup>*

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

Destaca-se ainda, que o lançamento não se baseia no disposto no art. 116, § 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.

## 2.2 MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA EM RELAÇÃO À AMORTIZAÇÃO/EXCLUSÃO DO ÁGIO

A RECORRENTE contesta a qualificação da multa, asseverando que não ocorreu nenhuma conduta simulada, dolosa ou fraudulenta. Acrescenta ainda que cabe às autoridades fiscais trazer provas inequívocas da ocorrência desses vícios.

Para a decisão recorrida, as circunstâncias caracterizadoras da fraude e da conduta dolosa da autuada e, por conseguinte, o cabimento da multa qualificada estão cabalmente comprovados pelo conjunto de provas reunido pela fiscalização.

O fundamento do voto condutor do aresto pode ser sintetizado a partir do seguinte trecho da decisão recorrida:

*A utilização de uma empresa veículo, a exemplo do que fizeram a autuada e os seus sócios controladores, por intermédio da Korcula, com o propósito específico de forjar uma incorporação para fins meramente tributários, sem que haja absorção efetiva do patrimônio, quer de quem pagou pelo investimento, quer da empresa cujo patrimônio fora adquirido, caracteriza fraude e uma burla evidente tanto do texto legal como dos objetivos do legislador ao instituir o benefício fiscal.*

Dirirjo de tal entendimento. 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 1402-00.802 – Caso Santander).

Conforme já abordado em meu voto, somente no julgamento do Caso Bunge – Acórdão 1402-001.460, 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%.

### 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. 9101-00589, 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 vênica 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 autuada 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 1302-001.293, 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.

#### 2.4 COMPENSAÇÕES INDEVIDAS - INSUFICIÊNCIA DE SALDOS DE PREJUÍZO FISCAL E DE BASE NEGATIVA DE CSLL

Em razão das compensações de prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL realizadas de ofício e em prol do contribuinte no momento do lançamento, houve apuração de insuficiência de saldos já compensados pela Recorrente em outros períodos.

Em relação à insuficiência de saldo de prejuízos fiscais, essa foi a base de cálculo do lançamento:

<b>Fato Gerador</b>	<b>Valor Apurado (R\$)</b>
31/12/2008	2.808.338,80
31/12/2010	19.531.088,40
31/12/2011	719.302,18

No tocante à base de cálculo da infração relativa à insuficiência de saldo de base negativa de CSLL, esses são os valores constantes no auto de infração:

<b>Fato Gerador</b>	<b>Valor Apurado (R\$)</b>
31/12/2008	2.808.338,80
31/12/2010	18.944.822,10
31/12/2011	1.305.568,48

Ocorre que, com o restabelecimento da dedutibilidade das despesas financeiras a que se refere o item precedente deste voto (2.3), há de se restabelecer também os

saldos de prejuízo fiscal e base negativa de CSLL que haviam sido compensados de ofício por ocasião do lançamento.

O valor das despesas financeiras glosadas pela autoridade fiscal autuante e restabelecidas neste julgado são esses:

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)
30/06/2008	17.707.024,45
30/09/2008	17.247.737,74
31/12/2008	20.271.349,13
31/12/2009	80.267.522,23
31/12/2010	78.508.216,49
31/12/2011	66.641.040,15

Conforme se observa, os valores de despesas restabelecidas, em quaisquer dos períodos de apuração em questão, são substancialmente superiores aos que deram ensejo ao lançamento por insuficiência de saldos de prejuízo fiscal e base negativa de CSLL.

Por conseguinte, como decorrência do restabelecimento da dedutibilidade de tais despesas financeiras, voto por cancelar também a infração referente à insuficiência de saldos de prejuízo fiscal e base negativa de CSLL (item XI.4 do Termo de Verificação Fiscal – fls. 15528-15529).

## 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:

*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:*

<i>DIPJ/ Ano-calendário</i>	<i>Lucro Real (R\$) BREPA</i>	<i>Lucro Real (R\$) CARREFOUR</i>
2010/2009	539.321.979,15	220.620,74
2011/2010	-613.111,78	-378.514.320,22
2012/2011	-1.360.273,82	-198.903.749,12

*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 pessoas jurídicas), 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 dia, 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. Corrobora 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 conseqüências 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 conseqüência 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 auçada 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.*

Ano-calendário	Valor JCP pago	Valor JCP dedutível	Valor que seria glosado
2009	30.186.796,18	21.424.046,40	8.762.749,78
2010	85.419.779,39	44.845.924,32	40.573.855,07
2011	104.467.725,99	63.880.743,28	40.586.982,71

*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 auçada, 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 negocial 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.

## 2.6 DA MULTA ISOLADA

Em razão da glosa de despesas, a Recorrente deixou de recolher valores a título de estimativas de IRPJ e CSLL, ensejando a exigência de multas isoladas.

Há de separar a exigência em dois períodos distintos em razão da nova redação dada ao art. 44 da Lei nº 9.430/1996: o primeiro até o advento da Medida Provisória nº 351/2007 (convertida na Lei nº 11.488/2007) e o segundo após a edição de tal ato.

Em relação à aplicação da multa isolada de forma concomitante com a multa de ofício, em que pese meu entendimento pessoal sobre a matéria, recentemente foi aprovada súmula impedindo tal cobrança quando baseada no art. 44, §1º, inciso IV, da Lei nº 9.430/96, conforme se observa do enunciado nº 105 da Súmula CARF: "*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.*"

Considerando-se que a Medida Provisória nº 351/2007 - que em seu art. 14 deu nova redação ao art. 44 da lei nº 9.430/1996 - foi editada em 22 de janeiro de 2007 (e

posteriormente convertida na Lei nº 11.488/2007), as multas isoladas cujos recolhimentos deveriam ter sido realizados antes de tal data devem ser exoneradas. Assim sendo, como o vencimento para pagamento da estimativa é o último dia útil do mês subsequente, deve-se exonerar as multas isoladas relativas às estimativas referentes ao período de janeiro a novembro de 2006, já que a estimativa referente ao mês de dezembro de 2007 deveria ter sido recolhida até o dia 31/01/2007, quando já vigia a nova redação do dispositivo legal em questão.

No caso concreto, contudo, o lançamento diz respeito a fatos geradores ocorridos a partir de janeiro de 2008, quando já vigia a nova redação do dispositivo legal em questão.

Com a edição da Medida Provisória nº 351/2007 em 22/01/2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.488/2007, a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas de IRPJ e CSLL passou a ter novo regramento, não se aplicando, portanto, a Súmula CARF nº 105. Confira-se a nova redação do dispositivo em questão:

*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:*

*a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;*

*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.*

*[...]*

As multas exigidas juntamente com o tributo ou isoladamente, como definidas no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, vinculam-se a infrações de natureza distinta. A Lei nº 9.430, de 1996, em seu art. 1º, estabeleceu como regra geral, a partir do mês de janeiro de 1997, a apuração do lucro real trimestral. Apenas por exceção a pessoa jurídica poderia optar pela apuração do lucro real anual, situação em que fica obrigada a efetuar os recolhimentos do IRPJ e da CSLL mensalmente, calculados por estimativa (artigo 2º).

As bases de cálculo do IRPJ e da CSLL devidos mensalmente são determinadas por meio da aplicação, sobre a receita bruta do mês, de percentuais estabelecidos pelo artigo 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, de acordo com as atividades desenvolvidas pela pessoa jurídica.

Consoante se verifica pela redação das normas transcritas, são essencialmente duas as penalidades previstas no art. 44 retrotranscrito (“*serão aplicadas as seguintes multas*”, “*I..II*”): uma, exigida juntamente com o tributo faltante, nas hipóteses de “*de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata*”. Essa penalidade está valorada em 75% sobre a totalidade ou diferença de imposto ou

*contribuição*”; outra, exigida de forma isolada, no percentual de 50%, na hipótese da falta recolhimento das estimativas mensais de IRPJ e da CSLL.

É pertinente esclarecer que os recolhimentos efetuados mensalmente a título de estimativas (art. 2º, §§ 3º e 4º, da Lei nº 9.430, de 1996) não são definitivos, porquanto a apuração definitiva do tributo devido se dará somente ao final de cada ano-calendário. Esse o motivo pelo qual a penalidade pelo inadimplemento dessa obrigação é denominada multa isolada, uma vez que pode ser exigida independentemente de haver ou não tributo devido ao final do período de apuração. E também não há qualquer correlação entre o valor do tributo devido ao final de apuração e a multa isolada: sua base de cálculo é o valor do pagamento mensal (estimativa) de IRPJ ou CSLL que deixar de ser recolhido.

Diante dessas constatações, é imperioso concluir que as multas são distintas e autônomas. Isso decorre, acima de tudo, das evidentes diferenças que existem entre as hipóteses de incidência e os consequentes das normas punitivas.

No IRPJ e na CSLL, observamos que os critérios material e temporal são completamente distintos. O tributo não pago, decorrente da existência de lucro apurado trimestralmente ou anualmente, submete-se à multa do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430 de 1996, enquanto que a estimativa não recolhida, decorrente da existência de receita bruta mensal ou balanços de redução, submete-se à multa do inciso II do dispositivo antes citado.

No caso do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430 de 1996, a quantificação toma por base o tributo devido em função do lucro, fazendo incidir o percentual de 75% (regra geral passível de qualificação e agravamento - §§ 1º e 2º do art. 44). No caso do inciso II, letra “b”, do dispositivo antes citado, a quantificação toma por base a estimativa apurada em função da receita bruta ou resultados mensais, fazendo incidir o percentual de 50% (regra geral não passível de qualificação ou agravamento).

Como se pode observar, são duas normas distintas e autônomas, que punem, em diferentes graus, ilicitudes diversas.

Alega a Recorrente que a aplicação da penalidade isolada, tal qual perpetrada no auto de infração, viola o princípio da legalidade. Aduz ainda que não se poderia aplicá-la após o encerramento do exercício, tampouco em concomitância com a multa de ofício de 75%. Cita diversos acórdãos do CARF que dariam guarida a sua tese.

Não merecem prosperar os argumentos de defesa. Vejamos.

Em primeiro lugar, conforme já transcrito, a penalidade isolada por ausência de recolhimento de estimativas mensais está prevista no art. 44, II, da Lei nº 9.430/96, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da legalidade. Nesse sentido, também, não há ofensa ao art. 97, V, do CTN, uma vez que a multa em discussão foi instituída por lei.

Em relação a não aplicabilidade das multas isoladas após o encerramento do exercício, implicaria ofensa à literalidade do art. 44, II, “b”, da Lei nº 9.430/96, dispositivo que prevê, de forma expressa, a aplicação da penalidade isolada “*ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente*”. Ora, se a própria norma prevê sua aplicação ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa de CSLL, pressupõe-se, por óbvio, que o exercício já tenha sido encerrado, sem o que não se poderia falar em apuração do resultado do exercício.

Pode-se concluir que o ordenamento jurídico protege, com a multa isolada, o fluxo financeiro advindo do pagamento mensal das estimativas. Ora, inexistindo penalidade pelo seu não recolhimento não haveria como obrigar o contribuinte a antecipar o tributo, e o pagamento das estimativas acabaria por se tornar mera faculdade do contribuinte, retirando da norma a sua força cogente, o que não se mostra razoável.

Em relação às decisões colacionadas pela Recorrente, frise-se que se baseiam na redação anterior do art. 44 da Lei nº 9.430/96. **Em que pese minha particular discordância com a interpretação do referido dispositivo dada pelos acórdãos em questão, não se pode olvidar que os argumentos utilizados não se amoldam a novel redação dada ao dispositivo pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007.** Vejamos.

Ao se comparar a alteração da redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96, constata-se que se buscou adequar o dispositivo à jurisprudência então dominante no CARF, mais precisamente a firmada em torno do entendimento do então Conselheiro e Presidente de Câmara José Clóvis Alves, que atacava a redação do *caput* do art. 44 da Lei nº 9.430/96 ("*Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição...*"), e também o fato da ocorrência de *bis in idem*, pois a "mesma" multa seria aplicada quando do lançamento de ofício do tributo (Acórdão CSRF 01-05503 - 101-134520). Na nova redação do citado artigo, o *caput* não mais faz referência à diferença de tributo ("*Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas...*"), sendo tal expressão utilizada somente no inciso I, que trata da multa de 75% aplicada sobre a diferença de tributo lançado de ofício. A referência à multa isolada agora é tratada em dispositivo específico (inciso II), com multa em percentual distinto da multa de ofício (esta é de 75%, e aquela de 50%). Vê-se, assim, que a nova multa isolada é aplicada, em percentual próprio, sobre o valor do pagamento mensal que deixou de ser efetuado a título de estimativa, não mais se falando em diferença sobre tributo que deixou de ser recolhido.

Assim sendo, concluo que as multas isoladas devem ser mantidas, ainda que aplicadas em concomitância com as multas de ofício pela ausência de recolhimento/pagamento de tributo apurado de forma definitiva. Tal conclusão decorre da constatação de se tratarem de penalidades distintas, com origem em fatos geradores e períodos de apuração diversos, e ainda aplicadas sobre bases de cálculos diferenciadas. A legislação, em nenhum momento, vedou a aplicação concomitante das penalidades em comento.

Isso posto, voto por manter a exigência das multas isoladas.

## 2.7 DA INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

Por fim, alegou o contribuinte que a cobrança de juros sobre a multa de ofício seria ilegal.

Observa-se, inicialmente, que a questão tem sido objeto intenso debate pela Câmara Superior, haja vista que, num lapso de poucos meses, ocorreram votações em sentidos opostos, ambos decididos por maioria apertada de votos, como se verifica dos acórdãos nº 9101-00539, de 11/03/2010, e nº 9101-00.722, de 08/11/2010.

Abstraindo-se de argumentos finalísticos, como o enriquecimento ilícito do Estado, os quais fogem à alçada deste tribunal administrativo, conforme determina a Súmula

CARF nº 2, expõe-se os fundamentos considerados suficientes para justificar a cobrança nos presentes autos, com espelho no acórdão nº 9101-00539, de 11/03/2010, de lavra da Conselheira Viviane Vidal Wagner:

*O conceito de crédito tributário, nos termos do art. 139 do CTN, comporta tanto tributo quanto penalidade pecuniária.*

*Uma interpretação literal e restritiva do caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96, que regula os acréscimos moratórios sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições, pode levar à equivocada conclusão de que estaria excluída desses débitos a multa de ofício.*

*Contudo, uma norma não deve ser interpretada isoladamente, especialmente dentro do sistema tributário nacional.*

*No dizer do jurista Juarez Freitas (2002, p.70), "interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do direito". Merece transcrição a continuidade do seu raciocínio:*

*"Não se deve considerar a interpretação sistemática como simples instrumento de interpretação jurídica. É a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se compreendem os enunciados prescritivos nos plexos dos demais enunciados ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação." (A interpretação sistemática do direito, 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74).*

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

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

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

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

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

*Art. 113 A obrigação tributária é principal ou acessória.*

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

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

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

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

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

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

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

*Eventual alegação de incompatibilidade entre os institutos é de ser afastada pela previsão contida na própria Lei nº 9.430/96 quanto à incidência de juros de mora sobre a multa exigida isoladamente. O parágrafo único do art. 43 da Lei nº 9.430/96 estabeleceu expressamente que sobre o crédito tributário constituído na forma do caput incidem juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.*

*O art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, ao se referir a débitos decorrentes de tributos e contribuições, alcança os débitos em geral relacionados com esses tributos e contribuições e não apenas os relativos ao principal, entendimento, dizia então, reforçado pelo fato de o art. 43 da mesma lei prescrever expressamente a incidência de juros sobre a multa exigida isoladamente.*

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

*Art.950. Os débitos não pagos nos prazos previstos na legislação específica serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa*

*de trinta e três centésimos por cento por dia de atraso (Lei n° 9.430, de 1996, art. 61).*

*§1ª multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do imposto até o dia em que ocorrer o seu pagamento (Lei n° 9.430, de 1996, art. 61, §1º).*

*§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento (Lei n° 9.430, de 1996, art. 61, §2º).*

*§3ª multa de mora prevista neste artigo não será aplicada quando o valor do imposto já tenha servido de base para a aplicação da multa decorrente de lançamento de ofício.*

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

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

*JUROS DE MORA - MULTA DE OFÍCIO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.*

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

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

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

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

*REsp 1098052 / SP RECURSO  
ESPECIAL2008/0239572-8 Relator(a) Ministro*

CASTRO MEIRA (1125) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 04/12/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 19/12/2008 Ementa PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. LANÇAMENTO. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

1. É infundada a alegação de nulidade por maltrato ao art. 535 do Código de Processo Civil, quanto o recorrente busca tão-somente rediscutir as razões do julgado.

2. Em se tratando de tributos lançados por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte e na falta de pagamento da exação no vencimento, a inscrição em dívida ativa independe de procedimento administrativo.

3. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários (Precedentes: AgRg nos EREsp 579.565/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 11.09.06 e AgRg nos EREsp 831.564/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 12.02.07).

No âmbito administrativo, a incidência da taxa de juros Selic sobre os débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal foi pacificada com a edição da Súmula CARF nº 4, de observância obrigatória pelo colegiado, por força de norma regimental (art. 72 do RICARF), nos seguintes termos:

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

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

créditos da Fazenda Nacional cuja inscrição e cobrança como Dívida Ativa da União seja de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional.

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

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

*DIREITO TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE MULTA FISCAL PUNITIVA.*

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

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

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

Isso posto, voto por manter tal exigência.

## 2.8 DA TAXA SELIC

No que tange ao questionamento da aplicação da taxa Selic, a matéria encontra-se absolutamente pacificada no âmbito do CARF, tendo sido alvo, inclusive de súmula, cujo enunciado número 4 recebeu a seguinte redação:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 08/04/2016 por FERNANDO BRASILE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente

em 08/04/2016 por FERNANDO BRASILE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 12/04/2016 por LEONARD

O DE ANDRADE COUTO

Impresso em 13/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*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.*

Conforme determina o *caput* do art. 72 do Regimento Interno do CARF, os enunciados da súmula CARF são de observância obrigatória por parte de seus membros.

Desse modo, correta a aplicação da taxa Selic sobre os tributos apurados.

### 3 CONCLUSÃO

Isso posto, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário para: (i) cancelar a exigência referente à glosa de despesas financeiras e determinar a reconstituição do saldo de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSLL como decorrência desse entendimento, cancelando também a infração referente à insuficiência de saldos de prejuízo fiscal e base negativa de CSLL; e ii) reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%.

*(assinado digitalmente)*

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Relator