



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

Processo n° 16561.720059/2013-25
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1401-001.903 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de junho de 2017
Matéria ÁGIO
Recorrente COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010, 2011

FALTA DE INDICAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DA INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

A fundamentação legal não se estabelece somente pela indicação do dispositivo legal a que se refere. Ela também compreende a descrição do fato imponível, daquele que retrata a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, que, a meu ver, é de mais alto relevo do que a própria descrição legal, pois permite à outra parte o perfeito conhecimento do que lhe está sendo arrogado.

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. OUTRAS HIPÓTESES. INOCORRÊNCIA.

A nulidade somente se apresenta quando os atos e termos são lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões são proferidos por autoridade incompetente ou quando há preterição do direito de defesa.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2010, 2011

DECADÊNCIA. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO. RETROAÇÃO A FATOS OCORRIDOS ANTERIORMENTE. POSSIBILIDADE.

A decadência se conta a partir da ocorrência do fato gerador, não havendo base legal para contagem do prazo a partir de fatos ocorridos anteriormente à sua ocorrência, mesmo que repercutam no cálculo do tributo devido.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011

ÁGIO GERADO EM OPERAÇÃO ENVOLVENDO EMPRESA DO EXTERIOR. IMPOSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO.

A legislação que permite a amortização fiscal do ágio decorrente de expectativa de rentabilidade futura é nacional, devendo ser aplicada tão somente às empresas nacionais que adquirem investimentos com ágio. A extensão ao alcance das regras fiscais a reais adquirentes domiciliados no exterior, deve ser afastado pela fiscalização e o ágio amortizado deve ser objeto de glosa fiscal, justificada também em razão do desconhecimento do tratamento fiscal dispensado ao ágio no país de domicílio do real adquirente.

ÁGIO. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL.

A amortização fiscal do ágio somente tem amparo legal quando as empresas adquirente e adquirida se emaranham entre si, a partir de um dos institutos elencados no art. 7º da Lei 9.532/1997 (fusão, cisão ou incorporação), resultando dessa operação a confusão patrimonial entre ambas. Não se permite, em regra, a dedução do ágio se ambas as empresas permanecem ativas após todo o processo de reorganização societária.

MULTA QUALIFICADA. NÃO OCORRÊNCIA DE SIMULAÇÃO FRAUDULENTA. DESCABIMENTO.

A aplicação da multa de ofício qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio não deve ser mantida quando as razões que a motivaram não tiveram o condão de afrontar lei, a qual permitia interpretação diversa da que entendeu a autoridade fiscal. O ágio internalizado é instituto que gera muitas controvérsias em razão de carência de dispositivo inequívoco na legislação. A proibição de sua amortização decorre de interpretação da regra fiscal, de que o referido benefício somente pode ser aplicado às empresas nacionais. Além disso, a avaliação do propósito comercial da operação de geração e de amortização do ágio é exercício cuja conclusão não apresenta qualquer sincronismo por parte dos avaliadores. Somando-se a isso a publicidade dada aos instrumentos que deram azo à operação que gerou o ágio e sua amortização fiscal, tem-se que a suposta conduta simulatória fraudulenta não restou caracterizada, razão pela qual a multa qualificada deve ser afastada.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

De acordo com art. 161 do CTN, sobre o crédito tributário incidem juros de mora. Como a multa de ofício integra o crédito tributário, também sobre ela devem incidir juros de mora.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade. No mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário: i) em relação à glosa de amortização de ágio; neste ponto votaram pelas conclusões os Conselheiros Livia de Carli Germano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva e José Roberto Adelino da Silva. A Conselheira Livia De Carli Germano apresentará declaração de voto; ii) no que se refere à alegação de improcedência da multa de ofício. Também por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso para afastar a incidência da multa de ofício qualificada. Por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário no que diz respeito aos juros sobre a multa de ofício. Vencido o Conselheiro José Roberto Adelino da Silva. Declarou-se impedido o Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(assinado digitalmente)

Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Livia De Carli Germano, Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Abel Nunes de Oliveira Neto, Daniel Ribeiro Silva e José Roberto Adelino da Silva.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face de decisão proferida pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro 1 (DRJ/RJ1), que, por meio do Acórdão 12-62.148, de 13 de dezembro de 2013, manteve a autuação fiscal.

O crédito tributário lançado se refere à exigência do IRPJ devido nos anos-calendário 2010 e 2011, decorrentes de glosa de amortização indevida de ágio, baseado em expectativa de rentabilidade futura da recorrente. O referido ágio decorre da operação de venda da Companhia Brasileira de Distribuição (doravante denominada CBD), pertencente ao grupo brasileiro Pão de Açúcar, para o grupo supermercadista francês Casino Guichard Perachon S.A. (doravante denominado Casino).

Outrossim, foi lançado auto de infração que trata dos mesmos fatos aqui narrados, mas referente aos períodos de 2007, 2008 e 2009, e que constam no processo 16561.720195/2012-34.

Por bem delineado, transcrevo o relatório proferido pela turma da DRJ/RJ1 referente a este processo.

(Início da transcrição do acórdão da DRJ/RJ1)

Trata o presente processo do auto de infração de fls. 4943 a 4957, lavrado pela DEMAC/SPO, no qual consta o ajuste de base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ), relativos aos anos-calendário de 2010 e 2011, nos valores de R\$ 1.366.990,07 e R\$ 0,00, respectivamente, e a exigência de IRPJ, cód. 2917, no valor de R\$ 160.766.995,76, multa de ofício qualificada no percentual de 150 % e juros de mora.

Tal autuação se deu em continuidade de fiscalização referente aos anos-calendário de 2007 a 2009, que culminou no lançamento formalizado no processo administrativo fiscal nº 16561.720195/2012-34, pelas mesmas razões do auto de infração de que trata o presente processo.

De acordo com a descrição dos fatos e enquadramento legal de fls. 4946 e do termo de verificação fiscal de fls. 4905 a 4942, os lançamentos se devem a apuração da amortização indevida de ágio na aquisição do controle acionário da autuada pelo grupo supermercadista francês Casino Guichard Perachon S.A. com a base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica dos anos-calendário de 2010 e 2011, por ter sido considerado artificial o conjunto de atos societários que culminaram com a amortização tributária dos intangíveis efetuada pela fiscalizada, bem como de compensações indevidas de prejuízos fiscais, tendo em vista as reversões de prejuízos após as glosas de amortizações do ágio.

A autuação apresenta como fundamento legal os artigos 3º da Lei nº 9.249/95, 247, 248, 251, 299, 324, 385 e 386, do Decreto nº 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99), e os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, em relação aos valores não amortizáveis.

Cientificada pessoalmente em 24/06/2013, por meio de procurador regularmente constituído, a interessado apresentou em 23/07/2013 impugnação de fls. 4985 a 5103, acompanhada dos documentos de fls. 5107 a 5477, nas quais, alega, preliminarmente, em síntese:

1. a nulidade da autuação por cerceamento do direito de defesa, na medida que a autoridade fiscal deixou de apontar o dispositivo legal infringindo, em virtude de suposta simulação dos negócios jurídicos celebrados pela impugnante que dessem azo a autuação, conforme estabelece o art. 12, do Decreto nº 7.574/2011, bem como apontou dispositivo que não corresponde à regulamentação vigente a dedutibilidade do ágio (art. 299 do RIR/99);

2. a decadência do direito da Fazenda de questionar a dedutibilidade das amortizações do ágio gerado em decorrência das operações societárias realizadas em 08/07/2005, 22/06/2005, 30/06/2006 e 20/12/2006, e de constituir o crédito tributário, tendo em vista que a lavratura dos autos de infração ora impugnados se deu em 24/16/2013, ante ao disposto no art. 150, § 4º, do CTN, haja vista que o IRPJ é tributo sujeito ao lançamento por homologação.

E no mérito, que:

1. atendeu a todos os requisitos legais para aplicar a dedução fiscal do ágio pago na aquisição de participação societária em coligada ou controlada, registrando tais fatos em sua escrituração em conformidade com o disposto no art. 386, do RIR/99, nos arts. 13 e 14 da Instrução CVM nº 247/96, nos arts 1º e 3º, da Instrução Normativa SRF nº 11/99, e no art. 6º da Instrução CVM nº 319/99, pois efetuou o que se convencionou chamar de incorporação invertida, quando a impugnante incorporou sua controladora (Vieri), citando em seu favor precedentes administrativos do então Conselho de Contribuintes;

2. o mais lógico, natural e adequado à realidade fática do caso seria a incorporação da Vieri pela impugnante, haja vista que esta última é a empresa operacional com inúmeras filiais;

3. o ágio nada mais é do que parte do custo de aquisição desdobrado na forma imposta pela legislação, como conseqüência da adoção do Método de Equivalência Patrimonial, e que após a extinção da participação societária que lhe deu origem, por incorporação, deve ser considerado como despesa *sui generis* decorrente da baixa como custo de aquisição do investimento extinto;

4. o conjunto de operações societárias implementado teve como escopo viabilizar a aquisição inicial de participação, pelo Grupo Casino, no capital social da impugnante, e assim, a entrada no mercado brasileiro, que possuía alto valor estratégico para o Grupo Casino, contribuindo para a consolidação da impugnante como líder do setor de supermercados no País, superando seu maior rival, o Carrefour, e, posteriormente, decorrido um prazo para que o Grupo Casino pudesse conhecer os negócios da impugnante e avaliar o retorno dos investimentos e a perspectiva de crescimento da impugnante e do próprio País, possibilitar a aquisição do controle compartilhado da impugnante pelos Grupos AD e Casino, além de reduzir ainda mais o endividamento e possibilitar a continuidade de expansão da impugnante, possuindo, portanto, propósitos negociais, realizado entre partes não relacionadas, com efetivo aporte de recursos por parte do Grupo Casino, e efetuados com transparência e pautados na boa-fé de todos os envolvidos, em total consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, não tendo havido nenhuma ocultação, artificialidade ou premeditação, como tenta fazer crer a Fiscalização;

5. que a operação teve como objetivo a aquisição do co-controle da impugnante, não o de gerar ágio, pois para o Grupo Casino, quanto menor fosse o preço, maior “apetite” teria para efetuar a aquisição, pois seria melhor para a adquirente pagar \$1.000, do que pagar \$1.500 para recuperar \$125 (= 25% de \$500), correspondente ao ágio da aquisição, pois o ágio gerado, é apenas consequência e implica numa recuperação do preço pago apenas parcial, na ordem de 25%, diluída em no mínimo cinco anos e sem sujeição de qualquer indexação monetária;

6. defende a legalidade da opção de constituição e utilização de *holdings* nacionais para se fazer aquisição de participação societária de empresas nacionais por grupos estrangeiros, inclusive com vistas na fruição de benefícios fiscais, com fulcro no § 3º do art. 2º, da Lei nº 6.404/76, e afirma que a não utilização desse tipo de sociedade por grupos estrangeiros, com exigência de realização de investimentos diretos, inviabilizaria a fruição do benefício fiscal de que trata o presente processo, em afronta aos princípios da isonomia e não discriminação, este último positivado no art. 24 do Tratado para Evitar dupla Tributação, celebrado entre o Brasil e a França, promulgado pelo Decreto nº 70.506/72;

7. contrapõe-se a afirmação do Fisco de que as *holdings* Masmanidis e Vieri atuaram como empresas-veículo, revestidas de artificialidade em sua constituição, afirmando que as mesmas atuaram efetivamente como *holdings* durante suas existências, participando de assembleias estatutárias, recebendo e distribuindo dividendos e efetuando o recolhimento dos tributos incidentes sobre sua atividade, dentre outros atos próprios de *holdings*;

8. afirma a impertinência da alegação do fisco do aproveitamento em duplicidade da amortização de ágio por utilização de “empresa-veículo”, uma vez que incorreta e não guarda relação com a matéria objeto dos autos;

9. procura demonstrar através da jurisprudência administrativa do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), a correção da geração e aproveitamento fiscal de ágios no contexto de reorganizações societárias complexas, mesmo com a utilização de “empresas-veículo”.

10. insurge-se contra a aplicação da multa de ofício, pois teria agido conforme a jurisprudência administrativa anteriormente mencionada, causa excludente da aplicação da penalidade, com fundamento no art. 76, da Lei nº 4.502/64; e em relação a majoração desta em 150 %, por inexistência de simulação e por ausência de comprovação do evidente intuito de fraude por parte da fiscalizada nas operações societárias realizadas com a devida publicidade, tendo inclusive a fiscalização em

diversas passagens do termo de verificação fiscal explicitado que a impugnante teria realizado “uma interpretação equivocada da legislação tributária”, o que demonstra o reconhecimento de inexistência de intenção em fraudar, motivo de qualificação da multa;

11. insurge-se quanto a cobrança de juros moratórios aplicados sobre a multa de ofício, sob a alegação de vício de legalidade dos art. 29 e 30 da Lei nº 10.522/2002.

Por fim, requer que seja conhecida e provida sua impugnação, para o fim de ser a exigência fiscal cancelada na sua totalidade, restabelecendo o saldo do prejuízo fiscal glosado e o arquivamento do processo administrativo instaurado.

(Término da transcrição do acórdão da DRJ/RJ1)

O processo foi distribuído para a 5ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento no Rio de Janeiro 1 (DRJ/RJ1), que julgou o lançamento procedente, proferindo o Acórdão nº 12-62.148, de 13 de dezembro de 2013, cuja ementa transcrevo a seguir:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2010, 2011

ERRO DE CAPITULAÇÃO LEGAL DA INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não há que se falar em cerceamento de direito de defesa, por suposto erro de capitulação legal da infração, quando a descrição dos fatos na autuação permite a impugnante conhecer das condutas que lhe são atribuídas, e esta se defende de todos fatos na sua impugnação.

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

DECADÊNCIA. EFEITOS.

O transcurso do prazo decadencial impede a fazenda pública de constituir o crédito tributário mediante a atividade administrativa do lançamento, não impedindo, contudo, a fiscalização de considerar fatos anteriores a ocorrência do fato gerador que tragam repercussões no cálculo do montante de tributo devido.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011

ÁGIO. REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA SEM MUDANÇA DE CONTROLE ACIONÁRIO. FUNDAMENTO ECONÔMICO. INEXISTÊNCIA.

O ágio na aquisição de participação da sociedade nacional por sociedade estrangeira, mediante interposição de holdings que foram sucessivamente incorporadas pelas autuada, sem alteração da composição do controle acionário da mesma, não tem fundamento econômico, logo é indedutível.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INCORPORAÇÃO REVERSA.
DOLO. CABIMENTO

A conduta planejada consubstanciada na incorporação reversa com o único propósito de gerar ágio artificial por meio da utilização de empresa veículo, adquirida tão-somente para este fim, opera no sentido de se concluir que existiram atos preparatórios e de execução que analisados objetivamente, compõem percurso notoriamente utilizado para lesar o Erário Público, devendo a autuação ser realizada com multa agravada.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

O crédito tributário não pago integralmente no vencimento é acrescido de juros de mora, qualquer que seja o motivo determinante. Por ser parte integrante do crédito tributário, a multa de ofício também se submete à incidência dos juros nas situações de inadimplência.

Após julgamento na instância *a quo*, a outrora impugnante foi cientificada da decisão por meio da Intimação DERAT/EQCOB nº 93/2014 na data de 13/01/2014 (Termo de Vista, Ciência e Recebimento de e-fl. 5548), assim como tomou ciência pessoal do Termo de Ciência e Recebimento de Intimação na data de 19/07/2013 (e-fl. 5358).

Insatisfeita com a decisão da DRJ/RJ 1, a empresa apresentou tempestivamente (em 10/02/2013) Recurso Voluntário (e-fls. 5550 a 5674), em que apresentou basicamente os mesmos argumentos trazidos na impugnação, alterados parcialmente para combater razões de decidir da delegacia de julgamento, os quais passo a resumir abaixo:

(i) O fato de a Recorrente ter compreendido a acusação e ter contestado as alegações da D. Fiscalização, não afasta a nulidade decorrente da falta de indicação clara e precisa do fundamento legal do lançamento. Tratando-se de acusação de simulação e desconsideração dos atos e negócios jurídicos formalmente realizados (incorporação da Vieri), o Agente Fiscal indiretamente utilizou-se do disposto no art. 116, parágrafo único, do CTN, que sequer foi regulamentado por lei ordinária;

(ii) Efetivamente transcorreu o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário, pois o ágio foi gerado e a incorporação realizada mais de 5 (cinco) anos antes da data da lavratura dos Autos de Infração;

(iii) A afirmação do Acórdão de que as operações foram realizadas entre empresas do mesmo grupo econômico é totalmente desvinculada da realidade dos fatos, tanto é assim que a própria Fiscalização reconhece que a aquisição originariamente se deu entre partes não relacionadas, com efetivo pagamento de ágio;

(iv) Houve mudança gradual no percentual de participação societária dos acionistas na Recorrente;

(v) A utilização de *holdings* para exercício do co-controle da Recorrente se justifica por questões totalmente negociais e extra fiscais;

(vi) Ao contrário do que restou afirmado pela Decisão recorrida, as *holdings* Masmanidis e Vieri, posteriormente incorporadas, não tiveram existência efêmera e não há identidade absoluta no papel desempenhado pelas *holdings* criadas após as incorporações (Sudaco e Wilkes);

(vii) A incorporação das sociedades investidoras (Masmanidis e Vieri) era condição essencial para a fruição do "benefício fiscal" concedido pela legislação, que tem objetivo de incentivar a realização de operações de fusões e aquisições;

(viii) A exigência de "junção" por incorporação entre a empresa controladora, financiadora da aquisição, e a adquirida, para fruição do benefício, implica inviabilidade de fruição do "benefício" por estrangeiros, em afronta à igualdade de tratamento que deve ser praticada em relação ao investimento estrangeiro, assegurada de forma expressa pela Constituição, pela legislação interna e pela Convenção Brasil-França para evitar a dupla tributação;

(ix) Em todo e qualquer caso em que ocorre a dedução fiscal da amortização de ágio, independentemente da utilização de "empresa-veículo", o custo de aquisição do acionista resta sempre preservado, pelo que a afirmação de que a utilização de "empresa-veículo" gere duplicação do ágio no âmbito do investidor decorre de uma incompreensão do disposto nos artigos 386, 391 e 426 do RIR/99, do método de equivalência patrimonial e da referência do que vem a ser "custo" para fins de cálculo de ganho de capital;

(x) Ainda que o lançamento não tivesse que ser integralmente cancelado, a penalidade não pode ser mantida, especialmente em percentual agravado, tendo em vista que a Recorrente agiu em consonância com a jurisprudência vigente à época dos fatos bem como com o atual entendimento desse E. CARF, que já convalidou operações semelhantes de aquisição por meio de *holdings* - além disso, jamais houve ação dolosa, por parte da Recorrente, tendente a reduzir o tributo devido, tampouco simulação na constituição das empresas e ocultação das operações realizadas.

A Procuradoria da Fazenda apresentou contrarrazões ao Recuso Voluntário (e-fls. 5690 a 5733) em que traçou as linhas com que a fiscalização motivou seu lançamento tributário, ficando seu principal argumento, para manutenção do auto de infração, no fato do ágio ter sido gerado no exterior.

O presente processo foi distribuído para julgamento, cabendo a mim sua Relatoria.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto dele conheço.

Entendo que devo enfrentar as questões mais importantes para o deslinde da causa, as quais foram postas no termo de verificação fiscal e no recurso voluntário:

i) Definição de grupo econômico e empresas ligadas para fins de caracterização de ágio interno.

ii) Amortização de ágio decorrente de aquisição de participação por empresa originária em outro país, embora finalizada por empresa (veículo) constituída no Brasil. Violação do princípio da isonomia, ao eventualmente atribuir efeito tributário distinto entre empresas domiciliadas no Brasil e no exterior. Necessidade, ou não, da confusão patrimonial entre a empresa originariamente adquirente e a empresa adquirida.

iii) Fraude (simulação) em operação cujo ágio foi gerado em venda de ações (ou incorporação de ações, ou permuta de ações/ativos) entre partes independentes e a cujos documentos foram dados publicidade - como registros nos órgãos competentes.

Procurarei abordar todos os temas acima ventilados, a partir da disposição cronológica contida na peça de Recurso Voluntário:

NULIDADE DO LANÇAMENTO

Segundo a recorrente, a fiscalização deixou de trazer no auto de infração a indicação clara e precisa da fundamentação legal contida no 167 do Código Civil (Lei 10.406/2002), que trata de atos simulatórios, cerceando seu direito de defesa. Veja o trecho legal:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

Além disso, aduz que o simples argumento de que a parte atuada entendeu plenamente o que lhe fora imputado não é suficiente para convalidar o lançamento tributário, pois calcado pelo vício de nulidade.

Pois bem.

Ab initio, observo que o lançamento tributário em comento foi efetuado em obediência ao disposto no artigo 142, do CTN, e somente se materializou após a autoridade fiscal estar convicta da ocorrência do fato gerador do tributo aqui discutido:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a

matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

O artigo 59 do Decreto nº 70.235/1972, por sua vez, somente admite como hipótese de nulidade do lançamento o seguinte:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. (gn)

O argumento da recorrente de que não foi citado o art. 167 do CC/2002 não merece ser acolhido para fins de reconhecimento do cerceamento de defesa.

A fundamentação legal não se estabelece somente pela indicação do dispositivo legal a que se refere. Ela também compreende a descrição do fato imponível, daquele que retrata a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, que, a meu ver, é de mais alto relevo do que a própria descrição legal, pois permite à outra parte o perfeito conhecimento do que lhe está sendo arrogado. Entender que a falta de dispositivo legal, não obstante a descrição pormenorizada dos fatos apurados, pode ocasionar *prima facie* o cerceamento do direito de defesa, nos levaria a padecer a um retrocesso que tanto se combate ao buscarmos o enriquecimento da hermenêutica jurídica. É óbvio que não se está aqui a militar em favor da completa falta de fundamentação legal de um ato jurídico, o que não se pode admitir, mas tão somente tenho em mente que deve ser sopesada tal ausência com o prejuízo causado à parte que a alega. No caso concreto, não vislumbro prejuízo à recorrente, uma vez que, como bem andou a decisão de piso, a recorrente entendeu perfeitamente o que lhe fora imputado, conforme se observa em suas peças recursais de impugnação e recurso voluntário.

Por conseguinte, entendeu que a fiscalização fundamentou seu lançamento com base no parágrafo único do artigo 116 do CTN, o qual, para sua aplicação, necessitaria de norma reguladora ainda inexistente, o que ensejaria a nulidade do lançamento tributário.

Observe-se a redação legal:

Art. 116 (CTN)

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Primeiramente, entendo que a conclusão da recorrente é equivocada, pois em momento algum a fiscalização citou o dispositivo legal em referência.

A fiscalização reproduziu no TVF que os atos meramente formais estabelecidos entre as empresas tiveram motivação exclusivamente tributária, não necessitando lançar mão do parágrafo único do artigo 116 do CTN para fundamentar o lançamento fiscal.

E mesmo que a fiscalização tivesse realmente se utilizado da referida norma, ao contrário do que prega a recorrente, entendo que o referido dispositivo legal é norma

plenamente vigente em nosso ordenamento jurídico, pois se trata de norma de eficácia plena. O que vejo da leitura do diploma legal é que *os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária* apenas servirão para determinar a forma como a autoridade tributária deverá desconsiderar os atos dissimulados, mas sua não regulação não proíbe as ações perpetradas pela fiscalização no intuito de coibir planejamentos tributários abusivos.

Aliás, entender ao revés somente convalida um retrocesso que vai de encontro ao que se apregoa em relação à evolução sociológica¹ da aplicação das normas ao dinamismo das alterações fáticas.

Por fim, convém mencionar que o disposto no artigo 10 do mesmo Decreto nº 70.235/1972 foi estritamente obedecido pela autoridade fiscal no lançamento aqui debatido:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Desta forma, entendo que o alegado cerceamento de defesa, tampouco outra hipótese de nulidade, não se perfizeram no lançamento deste auto de infração.

Assim, voto por rejeitar a preliminar de nulidade.

PREJUDICIAL DE MÉRITO

Decadência contada a partir da geração do ágio ou do evento de incorporação

A recorrente alega que o prazo decadencial do direito de a fazenda pública efetuar o lançamento tributário decorrente do ágio deve ser contado a partir de sua geração (ágio) ou, no máximo, do evento de incorporação.

Como no caso concreto as operações que geraram o ágio amortizado foram realizadas em 08/07/2005, 22/06/2005 e 30/06/2006, e a ciência, pela empresa, do lançamento tributário se deu em 20/12/2012, o lançamento estaria alcançado pela decadência. Alega ainda

¹ A interpretação sociológica, por seu turno, assemelha-se à busca da vontade da lei. Focando o presente, tenta verificar o sentido das palavras imprecisas analisando-se os costumes e os valores atuais da sociedade. Fonte: <http://introducaoaoDireito.info/wp/?p=615>

que, na melhor das hipóteses para o reconhecimento da decadência, como a incorporação da *holding* Vieri ocorreu em 20/12/2006, o lançamento também estaria alcançado pela decadência

Entendo que não tem razão a recorrente.

O prazo decadencial deve ser contado a partir do fato gerador do tributo (§4º do art. 150 do CTN) - lançamento por homologação - ou do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (inc. I do art. 173 do CTN) - lançamento direto.

Ou seja, a contagem do prazo decadencial tem pertinência com o fato gerador do tributo, com o fato que reduziu a base de cálculo do tributo, não cabendo interpretar que os eventos de geração do ágio e de incorporação têm seus efeitos diferidos no tempo para fins do pagamento do IRPJ decorrente da amortização de ágio, como quer fazer crer a recorrente.

Conforme bem concluiu a decisão de piso, *a decadência impede o fisco tão somente de constituir o crédito tributário após o transcurso do prazo decadencial, que no caso do lançamento por homologação tem início na data da ocorrência do fato gerador do tributo, e não de examinar fatos ocorridos anteriormente a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária que tragam repercussões para o cálculo do montante devido, como no caso presente.*

Pensar dessa maneira seria criar uma nova forma de contagem do prazo decadencial sem previsão legal para tanto.

Assim, nego provimento quanto a este ponto.

MÉRITO

Disciplina do Ágio e o Direito à Amortização

A recorrente traça considerações sobre o ágio decorrente de expectativa de rentabilidade futura e o direito à sua amortização fiscal:

- Que a fiscalização se equivoca ao utilizar o termo investimento como sinônimo de patrimônio, e não de participação societária, bem como atribuiu ao ágio a denominação de intangível, quando na verdade ele é custo de aquisição de participação societária.

- Que a regra geral abstraída dos artigos 391 e 426 do RIR/1999 estabelece que a dedução integral fiscal do ágio pode se materializar quando a participação societária a que ele estiver atrelado for objeto de alienação ou baixa.

- Que a fiscalização cometeu um equívoco ao não considerar a subscrição de capital de participação societária em outra sociedade como uma hipótese de alienação.

- Que o ágio em questão nada mais é do que uma despesa *sui generis* decorrente da baixa como custo de aquisição do investimento extinto, com regras próprias e específicas de dedutibilidade, reconhecendo o acerto da fiscalização ao interpretar que o ágio representa um "benefício" conferido pelo legislador.

Feitas tais considerações, completa que os requisitos legais para a fruição da dedutibilidade do ágio são: (i) que o ágio seja justificado pela rentabilidade futura do

investimento; (ii) que haja uma incorporação da controlada pela controladora, ou vice-versa; e (iii) que seja respeitado o limite de amortização de 1/60 por mês (20% ao ano).

Com base no TVF, alega que a fiscalização não questionou os itens (i) e (iii) acima, bem como não traçou uma linha sequer sobre a solenidade e observância às regras de regência das citadas incorporações. Da mesma forma, procedeu a turma julgadora.

Assim, conclui que atendeu todas as condições impostas por lei, uma vez que não há nenhuma outra restrição legal ao direito à amortização fiscal do ágio.

Por fim, não obstante a DRJ ter adotado a mesma linha da fiscalização, de que são artificiais as operações societárias consistentes na criação de *holdings* para aquisição do investimento na recorrente, constituídas apenas para posteriormente serem incorporadas, permitindo-se assim a amortização do ágio, reafirma o propósito negocial de toda a operação, assegurando ainda que tal operação não foi realizada dentro do mesmo grupo econômico.

Pois bem.

Relato dos Fatos

Antes de trazer aqui comentários a respeito do instituto do ágio e do direito de sua amortização fiscal, cumpre descrever as operações societárias que geraram o ágio e sua posterior amortização fiscal. Peço licença à Procuradoria da Fazenda Nacional para me servir de trecho das contrarrazões de recurso voluntário juntada ao processo (e-fls. 5706 a 5710):

(início de trecho das contrarrazões ao recurso voluntário)

(...)

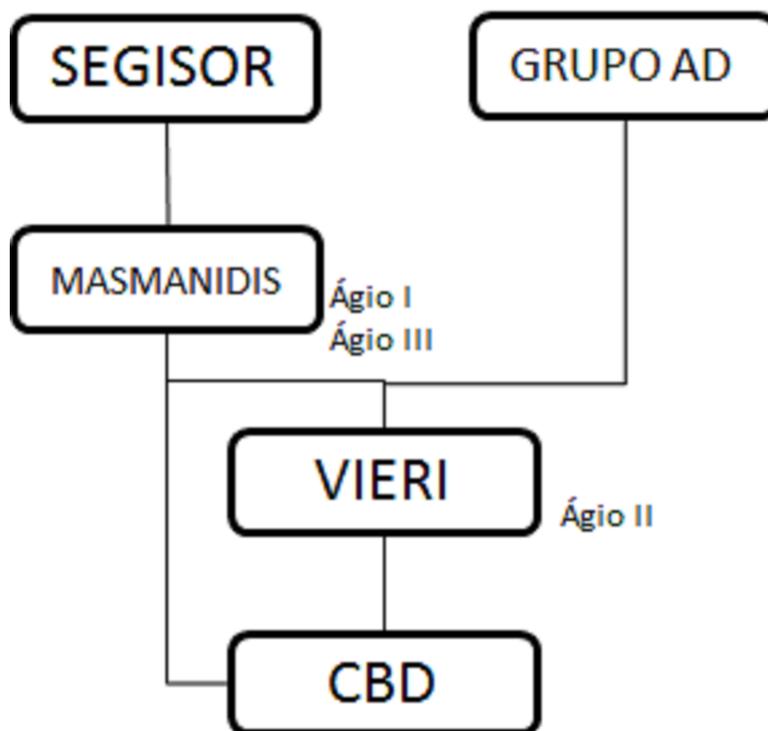
• **03/05/2005** - o Grupo AD e o Grupo Casino celebram um Acordo de Associação pelo qual ajustam o exercício do controle compartilhado da COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO (CBD) através da holding brasileira VIERI PARTICIPAÇÕES S.A..

• **08/07/2005** - em face da formalização do Acordo de Associação acima citado, a empresa francesa SEGISOR (controladora do Grupo Casino) transfere a sua subsidiária brasileira MASMANIDIS PARTICIPAÇÕES LTDA as empresas ZABALETA, ONYX 2007, GEANT FIN e ONYX 2006 (empresas cujo patrimônio fora formado apenas com recursos depositados em contas bancárias). Em seguida, a MASMANIDIS transfere ao Grupo AD essas quatro empresas e 2.236.310 mil ADR's da CBD, e, em troca, recebe 62,2% da VIERI pelo valor de 2.105.268.103,00. Em razão dessa operação, **a MASMANIDIS registra um ágio relativo a VIERI no valor de R\$ 1.300.619.420,00 (Ágio I).**

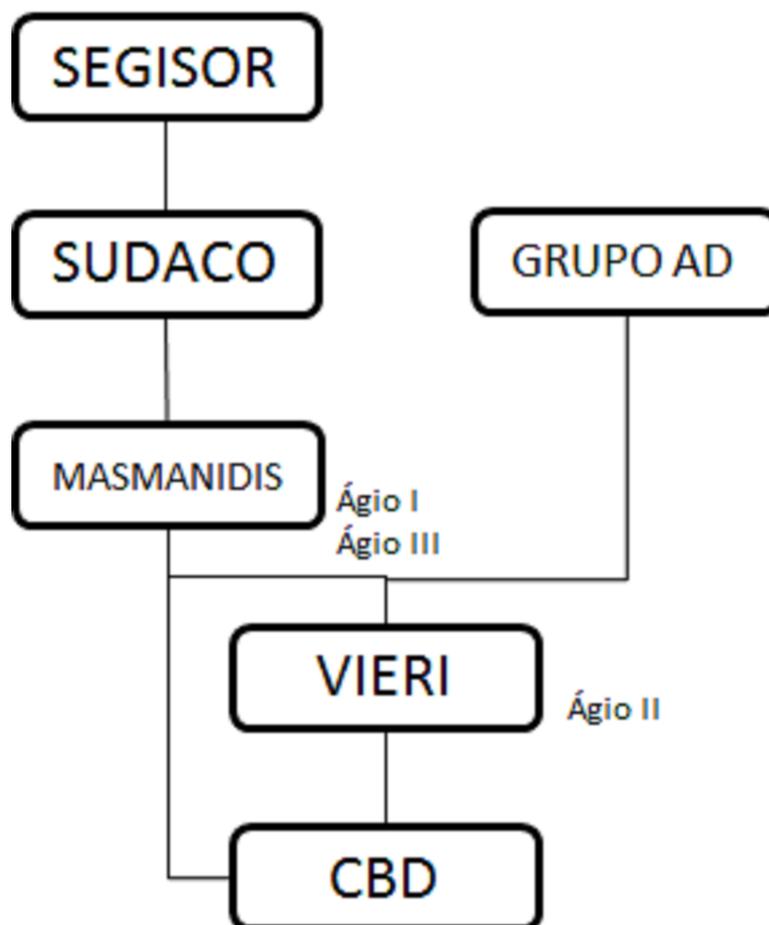
• **22/06/2005** - utilizando ações da CBD que foram adquiridas ao longo dos anos de 1999 a 2002, a SEGISOR integraliza o capital da VIERI com 6,6% das ações que representam o capital social da CBD pelo valor de R\$ 199.364.000,00. Em face dessa operação, **a VIERI registra um ágio relativo a CBD no valor de R\$ 119.746.000,00 (Ágio II).**

• **30/06/2006** - utilizando mais uma vez as ações adquiridas durante o período de 1999 a 2002, a SEGISOR integraliza o capital da MASMANIDIS com

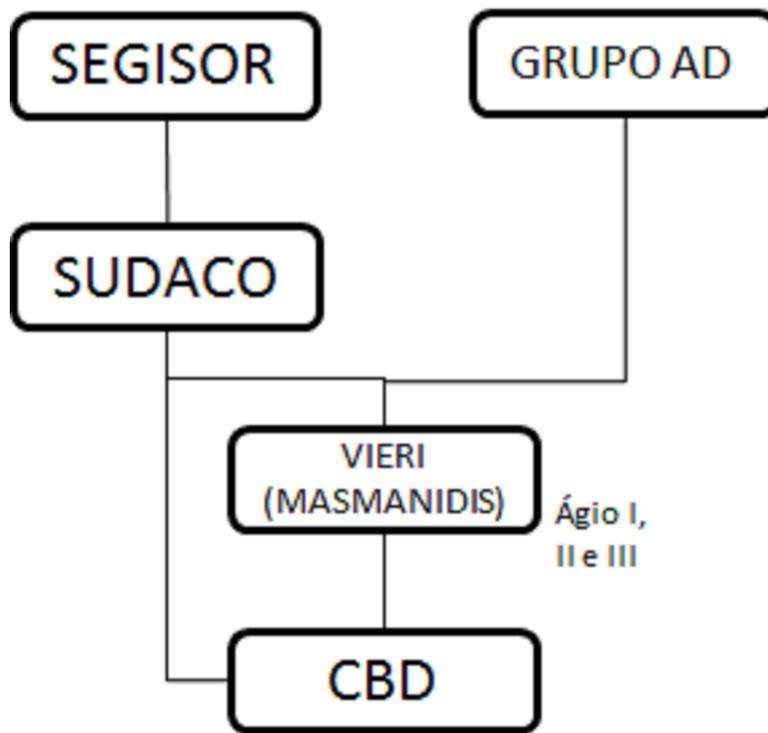
12,5% das ações que representam o capital social da CBD pelo valor de R\$ 1.197.283.263,00. Em razão dessa operação, a **MASMANIDIS registra um ágio relativo a CBD no valor de R\$ 648.809.436,77 (Ágio III)**. Ao final das operações até aqui citadas, a estrutura do controle acionário da CBD pode ser assim resumida:



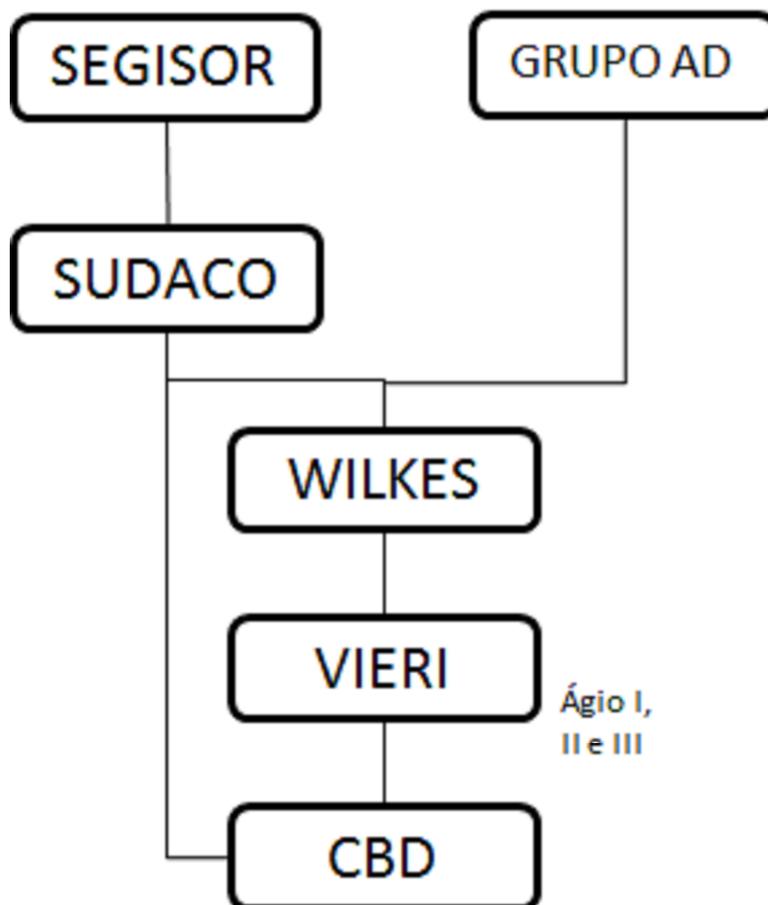
• **14/08/2006** - a SEGISOR adquire participação na pessoa jurídica SUDACO PARTICIPAÇÕES LTDA e integraliza o seu capital com a totalidade do investimento que detinha na MASMANIDIS.



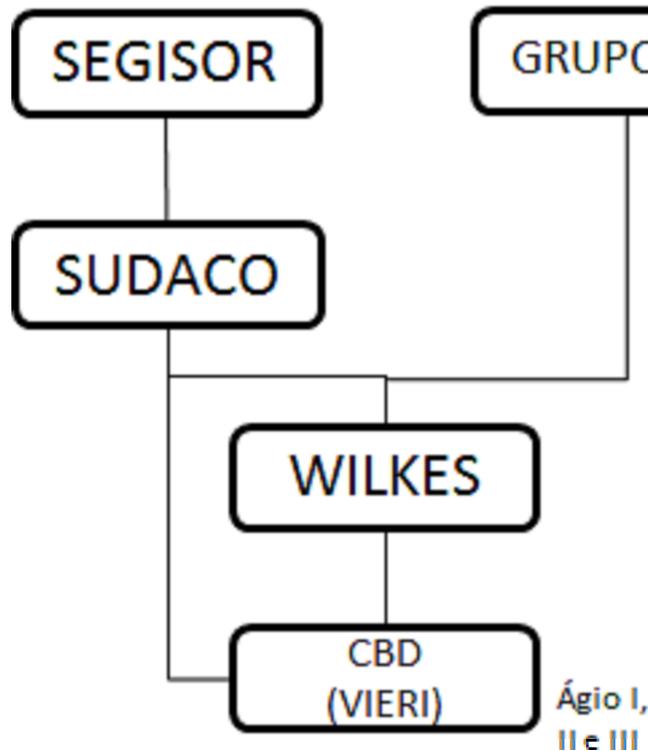
- **28/09/2006** - a VIERI incorpora a MASMANIDIS e absorve o ágio relativo a suas próprias ações no valor de R\$ 119 milhões (Ágio I) e aquele relativo a CBD no valor de R\$ 649 milhões (Ágio III).



• 27/11/2006 - a SUDACO e o Grupo AD constituem a pessoa jurídica WILKES PARTICIPAÇÕES S.A. e integralizam o seu capital com os investimentos totais que detinham na VIERI.



- **20/12/2006** - a CBD incorpora a VIERI, absorve os três ágios registrados e passa a deduzi-los fiscalmente. A partir dessa data o controle acionário da CBD passou a ser o seguinte:



(término de trecho das contrarrazões ao recurso voluntário)

Agora, trarei alguns comentários a respeito do instituto do ágio e seus efeitos contábeis e fiscais.

O ágio, segundo Heleno Torres², representa o preço adicional, quando participações societárias ou ativos de uma empresa são adquiridas por um custo de aquisição superior ao valor contábil registrado nas demonstrações financeiras. O preço do custo adicional é a sua causa jurídica. O ágio só surge porque houve disposição de pagar um maior preço, a título de custo de aquisição, superior ao valor contábil do empreendimento.

Até a edição da Lei nº 9.532/1997 (popularmente conhecida como Lei das Privatizações), o tratamento fiscal do ágio tinha como fundamento o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77:

Art 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

² TORRES, Heleno Taveira. O ágio fundamentado por rentabilidade futura e suas repercussões tributárias.

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

§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

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

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

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Assim, o ágio deveria ser fundamentado em uma (ou mais de uma) das hipóteses elencadas no seu § 2º. Digo "mais de uma" porque entendo, ao contrário de alguns militantes do direito tributário, que o ágio poderia ter como parte de seu fundamento econômico, por exemplo, a diferença de valor de mercado superior ao custo registrado na contabilidade e como parte remanescente do custo de aquisição o fundamento na expectativa de rentabilidade futura. Tanto o é que a partir da Lei nº 11.638/2007 e os pronunciamentos editados pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) foi esclarecido que, antes de se calcular do ágio por rentabilidade futura (hoje denominado *goodwill*), deve-se verificar o valor da mais-valia³ dos ativos e passivos adquiridos. Posteriormente, com a edição da Lei nº 12.973/2014, atribuiu-se efeito fiscal⁴ aos atos normativos contábeis referentes ao ágio.

Como não havia previsão explícita sobre o tratamento do ágio na baixa da empresa adquirida, entendia-se que, na hipótese de sua baixa ou realização (por alienação, por exemplo), o ágio surgido na operação era baixado integralmente.

Assim, durante a vigência isolada do art. 20 supra, empresas lucrativas se aproveitaram de sua interpretação para desenvolver planejamentos tributários com o fito de adquirir empresas deficitárias, desembolsando valores exorbitantes como custo de aquisição e contabilizando, com isso, valor relevante de ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura. Assim, ao baixar o investimento adquirido com ágio, a empresa servia-se do benefício fiscal de baixar integralmente o valor do ágio, reduzindo como isso a base de cálculo do IRPJ.

Com a edição da Lei nº 9.532/1997, à figura do ágio despenderam tratamento distinto àquele permitido pelo art. 20 do Decreto-lei supra, justamente com objetivo de obstaculizar os planejamentos abusivos acima destacados.

Deste modo, a Lei nº 9.532/1997 postergou o prazo de amortização do ágio surgido em decorrência de rentabilidade futura, permitindo sua amortização, no caso de evento

³ Segundo a Interpretação Técnica ICPC 09 (R2), do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, a mais-valia é a diferença entre o valor justo dos bens e o seu valor contábil.

⁴ A partir da vigência da lei nº 12.973/2014, a mais-valia será realizada na medida da realização do bem a que estava atrelada, como, por exemplo, a depreciação fiscal do bem.

de incorporação, fusão e cisão, no máximo, em 1/60 (um sessenta avos)⁵, quer dizer, no máximo em 20% ao ano do valor pago pelo ágio. Veja a redação:

Art. 7º 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 art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.203)

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do §2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do §2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do §2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados em até dez anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do §2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, 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; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do §2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

⁵ Na redação original da Lei 9.532/1997, a empresa tinha um prazo máximo para início da amortização fiscal do ágio, que era de 10 (dez) anos do evento de incorporação, fusão ou cisão, sendo também estabelecido um prazo máximo de 20% ao ano de amortização fiscal. Após alteração promovida pela Lei 9.718/1998, restou estabelecido somente o piso máximo de 20% ao ano de amortização fiscal.

a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do caput:

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Como faz parte do custo de aquisição, em investimentos avaliados pelo MEP, o ágio deve ter o mesmo tratamento fiscal de anulação dos efeitos decorrentes da variação patrimonial na investida. Assim, para fins fiscais, a amortização contábil do ágio, deve ser anulada na parte A do livro fiscal de apuração do lucro real (Lalur), e controlada, na parte B do Lalur, para posteriormente ser incorporada ao custo de aquisição do investimento.

O ágio, por sua vez, vai sendo amortizado contabilmente em razão da apuração do resultado que o gerou. Na medida em que a investida apresenta o lucro, a investidora vai amortizando contabilmente o ágio, porque pagou por aquela mais valia⁶ justamente por ter uma expectativa de que aquele investimento iria gerar um retorno positivo.

Veja trecho no item 148 do Termo de Verificação Fiscal (e-fl. 4937 e 4938):

⁶ A mais valia aqui trazida tem a acepção de ágio, e não da mais valia decorrente da diferença entre o valor justo e o valor contábil do bem, trazida pelas alterações promovidas pela Lei 11.638/2007 e Lei 12.973/2014.

148. Os ensinamentos de José Luiz Bulhões Pedreira (Imposto sobre a Renda - Pessoas Jurídicas, Justec Editora, Vol. I, p. 539 e 540), um dos pais da Lei das S.A. e do DL n. 1.598/77, são particularmente elucidativos com relação ao papel do ágio e da sua amortização:

As contrapartidas da amortização de ágio ou deságio são em regra excluídas do lucro líquido do exercício para efeito de determinar o lucro real, porque têm a natureza de ajustamento (em função do capital aplicado na aquisição do investimento) da participação nos resultados da controlada ou coligada, que a investidora reconhece nas suas contas de resultado em decorrência do ajuste do valor de patrimônio líquido do investimento. Se o ajuste no valor de investimento não é computado na determinação do lucro real, a amortização do ágio ou deságio também não deve ser computada.

A contrapartida da amortização desempenha essa função na medida em que os valores que serviram de fundamento ao ágio ou deságio são realizados nos exatos montantes previstos. Assim, por exemplo, se a investidora pagou 100 de ágio pela totalidade das ações de uma companhia que tinha em determinado bem do seu ativo lucro potencial de 100, quando esse lucro for realizado pela companhia será reconhecido nas contas de resultado da investidora

através do ajuste no valor de patrimônio líquido da subsidiária. O débito da amortização do ágio nas contas de resultado da investidora compensa o ajuste no valor de patrimônio líquido, impedindo que a investidora reconheça como lucro do exercício o que é recuperação de capital aplicado na aquisição do investimento.

O mesmo ocorre no caso do deságio que corresponde a prejuízo potencial: a amortização do deságio é crédito às contas de resultado que impede a investidora de reduzir o lucro líquido do exercício em função de prejuízo da controlada ou coligada do qual não participa, porque excluído do valor da participação societária por ocasião da aquisição.

Tecidas essas considerações, devo enfrentar os pontos trazidos pela recorrente:

Não concordo com alegações de que o direito à amortização do ágio não seria um benefício fiscal, em razão da Lei nº 9.532/1997 ter supostamente ampliado o prazo de amortização do ágio para 20% ao ano, reduzindo, com isso, um direito que se perfazia imediatamente no evento de baixa do patrimônio adquirido.

Mesmo que se entendesse que houve mitigação do direito à amortização, isto não altera a natureza jurídica do direito à amortização do ágio. Ora, não é porque se altera o direito à utilização de um benefício que se pode concluir que tal benefício deixa de ter essa natureza (ou que, ainda, nunca teve).

Em uma situação hipotética, é como se uma lei, que alterasse a base de redução do cálculo do lucro da exploração, impondo uma porcentagem de redução menor, desnaturasse o enquadramento do lucro da exploração como benefício fiscal.

O que deve ser cotejado é o tratamento dispensado ao instituto que se quer aferir com os demais institutos similares e verificar se os entes sujeitos à regra geral aproveitam em menor escala de vantagem fiscal, ou não têm benefício algum. Trazendo essa premissa para um plano de concretude, e aplicando o mesmo exemplo acima, basta verificar se o tratamento dispensado às empresas que calculam o lucro da exploração, mesmo tendo sua base de cálculo de benefício reduzida em virtude de alteração legal, ainda assim se servem de vantagem fiscal sobre as empresas que calculam o lucro real nos termos da regra geral da legislação fiscal, ou seja, sem a possibilidade de cálculo pelo lucro da exploração.

Assim caminha o ágio. O ágio deveria apenas fazer parte do custo de aquisição da participação adquirida e somente ensejar efeitos fiscais no momento da baixa (por alienação) do bem adquirido. Permitida a amortização fiscal do ágio, nas hipóteses previstas no art. 7º da Lei 9.532/1997, o direito à amortização transmutou-se em um benefício fiscal, o qual somente é atribuído às empresas que ali se enquadram. Caso não se encaixe assim, ressurgue a regra geral de que o ágio não é amortizável fiscalmente, tão somente fazendo parte do custo de aquisição e, desta forma, deve ser tratado como tal.

Por um lado, tenho que concordar com a recorrente que o ágio foi gerado entre partes independentes. Não é porque são empresas que já possuíam participação conjunta em uma investida devem se tornar dependentes entre si, ou pertencentes a um mesmo grupo econômico. O grupo Casino não tem os mesmos controladores do grupo Pão de Açúcar, razão pela qual não há que se falar em ágio surgido dentro de um mesmo grupo econômico.

A relação de dependência entre empresas é bem definida pela Lei 12.973/2014 que, apesar de ter sido editada após os fatos geradores aqui tratados, pode ser utilizada como parâmetro para a questão lançada pela fiscalização:

Art. 25. Para fins do disposto nos arts. 20 e 22, consideram-se partes dependentes quando: (Vigência)

I - o adquirente e o alienante são controlados, direta ou indiretamente, pela mesma parte ou partes;

II - existir relação de controle entre o adquirente e o alienante;

III - o alienante for sócio, titular, conselheiro ou administrador da pessoa jurídica adquirente;

IV - o alienante for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro das pessoas relacionadas no inciso III; ou

V - em decorrência de outras relações não descritas nos incisos I a IV, em que fique comprovada a dependência societária.

Parágrafo único. No caso de participação societária adquirida em estágios, a relação de dependência entre o(s) alienante(s) e o(s) adquirente(s) de que trata este artigo deve ser verificada no ato da primeira aquisição, desde que as condições do negócio estejam previstas no instrumento negocial.

Da leitura art. 25 acima, somente a situação descrita no parágrafo único poderia dar guarida a uma relação de dependência entre as empresas. Porém, no ato da primeira aquisição do grupo Casino por ações da CBD, tal relação era inexistente, o que afasta a pretensão da fiscalização de enquadrar a operação como decorrente de empresas de um mesmo grupo econômico.

Quanto ao argumento da recorrente de que houve propósito negocial na operação que gerou o ágio e deu o direito à sua amortização, tenho a dizer que o referido propósito negocial deve estar presente em duas etapas do processo de utilização fiscal do ágio:

1º) Geração do ágio - Na aquisição do investimento com ágio, o propósito negocial se faz presente quando o ágio é gerado entre partes independentes e há pagamento de preço pelo investimento adquirido.

2º) Amortização fiscal do ágio - Além das condições acima, o propósito se faz presente quando ocorre a confusão patrimonial entre adquirida e adquirente, sendo a empresa que suportou o ônus domiciliada no Brasil.

Entendo que houve um fundamento econômico na operação de aquisição de participação da CBD por parte do Casino, veja:

Fato Relevante⁷

Renovando a confiança que sempre teve no Brasil, nas suas instituições e na sua economia, o Grupo Pão de Açúcar decidiu dar mais um passo importante para ampliar ainda mais sua presença no mercado nacional. O Grupo Pão de Açúcar e o Grupo Casino da França resolvem consolidar as suas bem-sucedidas relações comerciais já em curso há seis anos, fazendo uma operação em que todos saem fortalecidos. O objetivo básico desta transação é dar liquidez a uma parte do imobilizado do Grupo Pão de Açúcar e com esses recursos reduzir o endividamento de curto e longo prazo e dar continuidade ao plano de expansão do Grupo Pão de Açúcar. Isto significa crescimento, ganhos de produtividade, geração de emprego e reforço no compromisso de atender bem o consumidor brasileiro.

Entendo também que houve propósito negocial na geração do ágio. As empresas eram independentes, houve pagamento de preço pela aquisição do investimento e houve elaboração de laudo de avaliação do investimento não questionado pela fiscalização.

Entretanto, quanto ao propósito das operações engendradas com o fito de amortizar o ágio fiscal aqui no Brasil, entendo que não tem razão a recorrente:

O ágio, como já destacado aqui, é um benefício fiscal que necessita, assim como todo benefício, de preenchimento de condições para seu usufruto.

Como visto, uma das condições essenciais para o direito à amortização do ágio, é que o real adquirente do investimento seja empresa domiciliada no Brasil. É esta condição que percebo não ter sido preenchida no caso vertente, pois o real adquirente do negócio é domiciliado na França (empresa Segisor). Logo, o ágio pertence a empresa não residente no Brasil.

O que deduzo é que a recorrente tentou apenas estabelecer o requisito formal do ágio, para aproveitá-lo fiscalmente. Assim, encadeou uma série de operações que tinham objetivo meramente tributário.

A Segisor é a real adquirente do investimento, pois foi ela quem transferiu todos os recursos necessários para que suas *holdings* adquirissem ações da CBD (dinheiro, ações da própria CBD, ADR's da CBD). As *holdings* criadas após o processo de reorganização societária - Sudaco e Wilkes - não possuíam propósito operacional nenhum, como toda holding é, mas se demonstrou que somente foram criadas para internalizar o ágio e amortizá-lo.

A falta de propósito nas operações que internalizaram o ágio torna-se mais patente em relação aos ágios II e III, gerados no exterior para serem aproveitados no Brasil. A formação destes ágios já havia se dado há pelo menos 4 anos antes das operações societárias, sendo que os ágios pertenciam à empresa Segisor, na França. No entanto, após todo esse

⁷ Extraído do site: http://www.gpari.com.br/arquivos/GPA_FR_20050504_port.pdf

período em que os ágios estava na empresa no exterior é que resolveram internalizá-los, com o único objetivo fiscal de amortizá-los.

Além disso, não se sabe se o ágio que foi transferido para o Brasil realmente foi contabilizado corretamente pela real adquirente, pois se sujeita às normas contábeis do país de seu domicílio (França). Desta forma, como o ágio original, que se pretendeu internalizar, não se sujeitou às regras brasileiras, não se pode aceitar a operação de internalização do ágio para fins fiscais. A Procuradoria da Fazenda Nacional também se manifestou a esse respeito, nas contrarrazões apresentadas (e-fl. 5716):

Desta feita, pelo exposto, demonstra-se que a dedutibilidade dos ágios em questão é indevida, antes de tudo, pela **impossibilidade de se analisar a sua validade com base nas verdadeiras operações de aquisição de investimento**. Como as verdadeiras operações foram realizadas pela SEGISOR, a qual é residente na França, não há como aferir se houve o cumprimento dos requisitos exigidos pela legislação brasileira. **Não há como autorizar a dedução no Brasil de uma despesa que foi realizada no exterior**.

Quanto à confusão patrimonial a que se refere a lei que concede o benefício de amortização fiscal do ágio, a fiscalização bem fundamentou seu auto de infração, ao trazer informação de que não houve a referida confusão patrimonial entre adquirente e adquirida, conclusão com a qual compartilho (e-fls. 4935).

133. Na hipótese de “confusão patrimonial”, não há mais que se falar em ganho de capital, uma vez que não se pode alienar algo que se extinguiu. Por isso, quando a extinção é real e legítima, o art. 426 não é aplicável. Ele só se aplica na hipótese de alienação da participação societária. Quando há “confusão patrimonial”, a única hipótese de recuperação fiscal do ágio é por via da amortização. Não há o risco de aproveitamento tributário duplo do intangível. A “confusão”, no presente caso, só existiria se Segisor incorporasse CBD ou vice-versa.

Além disso, a PFN alega que a real adquirente é quem tem direito à amortização do ágio, revelando que empresas veículos não poderiam amortizar o ágio, pois não se sacrificaram financeiramente para aquisição do investimento com ágio. A Lei nº 9.532/1997 somente permite a amortização fiscal do ágio (que deve ser interpretada restritivamente, por se tratar de um benefício que decorre de renúncia de receita por parte do Estado) por quem suportou o ônus de adquirir investimento com ágio, não cabendo a amortização a quem recebeu investimento com ágio suportado por terceiros.

Não entendo dessa forma. Acho que as situações devem ser analisadas caso a caso. Nem sempre empresas veículos são criadas com objetivo tão somente de permitir o aproveitamento indevido do ágio. Empresas que se revestem de formalidades, e que têm propósito em período consideravelmente superior à operação societária, eventualmente podem ser aceitas como empresas veículos.

Por outro lado, no caso presente, a utilização deste artifício pela recorrente somente teve intenção de trazer o ágio que foi gerado no exterior.

Apesar de terem ocorrido de fato, todas as criações e incorporações das empresas utilizadas para transferir o ágio internamente somente convalidaram o interesse meramente fiscal da real adquirente do negócio.

Afronta ao tratamento isonômico entre empresas brasileiras e estrangeiras

Quanto à alegação de que houve violação ao tratamento isonômico dispensado ao capital estrangeiro, entendo que não se aplica ao caso em discussão. O direito à amortização fiscal do ágio é um benefício fiscal, que, por sua vez, é aplicável às empresas que se submetem à legislação pátria. Assim, empresas domiciliadas fora do Brasil não podem usufruir de tal benefício.

Duplicidade do ágio

Quanto à duplicidade do ágio, entendo que tal discussão deve ser superada, pois minhas razões de decidir perpassam por este ponto.

Improcedência da Multa de Ofício

A empresa alega improcedência da aplicação da multa de ofício, pois, à época da utilização do benefício fiscal do ágio, a jurisprudência do CARF favorecia a amortização fiscal conforme efetuou a recorrente. Cita, para isso, permissivo legal contido no art. 76 da Lei 4.502/1964:

Art. 76. Não serão aplicadas penalidades:

I - aos que, antes de qualquer procedimento fiscal, procurarem espontaneamente, a repartição fazendária competente, para denunciar a falta e sanar a irregularidade, ressalvados os casos previstos no art. 81, nos incisos I e II do art. 83 e nos incisos I, II e III do art. 87;

II - enquanto prevalecer o entendimento - aos que tiverem agido ou pago o impôsto:

a) de acôrdo com interpretação fiscal constante de decisão irrecurável de última instância administrativa, proferida em processo fiscal, inclusive de consulta, seja ou não parte o interessado;

b) de acôrdo com interpretação fiscal constante de decisão de primeira instância, proferida em processo fiscal, inclusive de consulta, em que o interessado fôr parte;

c) de acôrdo com interpretação fiscal constante de circulares instruções, portarias, ordens de serviço e outros atos interpretativos baixados pelas autoridades fazendárias competentes.

De início, convém observar que o julgador do CARF deve se basear no seu livre convencimento para emitir opiniões sobre dadas matérias.

Desta forma, mesmo que a recorrente tenha colacionado jurisprudência favorável ao seu pleito, ressalto que este julgador não é obrigado a seguir orientação dada por turma ordinária desta 2ª instância. A jurisprudência apenas serve como bússola aos julgadores,

para que formem sua convicção sobre determinada matéria, mas não é dado a ela o *status* de norma cogente.

O artigo 100 do CTN é quem define quais são as normas complementares da legislação tributária:

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

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

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

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

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

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Entretanto, o citado dispositivo legal, mais precisamente o inciso II acima, não pode ser aplicado ao presente caso, por inexistência de lei que atribua eficácia normativa à referida norma aqui colacionada.

Exceções a esta regra estão elencadas nas Súmulas do CARF, que devem ser seguidas com rigor pelos órgãos de julgamento administrativo. Entretanto, no presente caso, também não há orientação sumulada no sentido de aceitar o pedido da recorrente.

Assim também caminha o entendimento proferido no Parecer Normativo CST nº 390/1971, que posteriormente foi atualizado pelo Parecer Normativo Cosit nº 23/2013, o qual manteve o mesmo entendimento:

Assunto: Decisões de Conselho de Contribuintes não constituem normas complementares da legislação tributária porquanto não existe lei que lhes confira efetividade de caráter normativo.

(...)

4. Entenda-se aí que, não se constituindo em norma legal geral a decisão em processo fiscal proferida por Conselho de Contribuintes, não aproveitará seu acórdão em relação a qualquer outra ocorrência senão aquela objeto da decisão, ainda que de idêntica natureza, seja ou não interessado na nova relação o contribuinte parte no processo de que decorreu a decisão daquele colegiado.

(...)

Além disso, a multa de ofício é estabelecida pelo art. 44 da Lei nº 9.430/1996 e não contempla norma de exceção quanto ao IRPJ.

A legislação em que consta o dispositivo legal trazido pela recorrente para pugnar pela exoneração da multa de ofício (art. 100 da Lei 4.502/1964) é específica do IPI (antigo Imposto sobre Consumo), portanto em nada se aplica ao IRPJ objeto desta autuação. E, mesmo que se venha argumentar que a referida norma se aplica ao IRPJ, pois no caso de qualificação de multa de ofício a base legal consta nos artigos 71, 72 e 73 da mesma lei, que se aplica ao IRPJ, convém afastar tal pleito, pois referidos artigos somente são aplicados aos demais tributos - além do IPI - por expressa disposição das leis que os regem - no caso do IRPJ, é o § 1º do art. 44, da Lei nº 9.430/1996.

Por fim, o Acórdão nº 106-09.343, da 6ª C, do 1º CC, trazido pela Recorrente: *"Para que se possa caracterizar simulação é necessário que o ato não pudesse ser realizado, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. Se não houve isso, não há como qualificar-se a operação de simulada. Os objetivos visados com a prática do ato não interferem na qualificação dos atos praticados, portanto, se os atos praticados eram lícitos, as eventuais consequências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de evasão ilícita..."* não se enquadra ao presente caso, para fins de exoneração da multa de ofício de 75%. Poderia, talvez, ser analisado em relação à multa qualificada de 150%, o que será discutido mais adiante.

Desta feita, afasto o pedido de exoneração da multa de ofício de 75%.

Multa Qualificada

A recorrente invoca a exoneração da multa qualificada em razão da "...inexistência de simulação e por ausência de comprovação do evidente intuito de fraude por parte da fiscalizada nas operações societárias realizadas com a devida publicidade, tendo inclusive a fiscalização em diversas passagens do termo de verificação fiscal explicitado que a impugnante teria realizado "uma interpretação equivocada da legislação tributária", o que demonstra o reconhecimento de inexistência de intenção em fraudar, motivo de qualificação da multa."

Entendo que assiste razão à recorrente.

O direito à amortização fiscal do ágio é assunto que traz bastante controvérsia no âmbito administrativo e judicial. A legislação anterior à vigência da Lei 12.973/2014 (conversão da MP 627/2013), no que se refere ao tratamento do ágio, não trazia regras muito claras quanto à sua aplicação, principalmente quanto ao ágio decorrente de aquisição efetuada com pagamento de preço e exercida entre partes independentes, em que a empresa adquirente estivesse domiciliada no exterior.

Na maioria dos casos de ágio, as empresas serviam-se de brecha legal para poder reduzir a carga tributária do IRPJ, como é o caso aqui em comento.

Esta premissa, por si só, já nos induz à aplicar o benefício da dúvida, afastando a aplicação da referida multa.

Mas não é só!

A aplicação da multa qualificada pressupõe a prática da conduta ilícita e a intenção em lesar o fisco. É uma exceção às condutas praticadas pelos contribuintes. Não pode a exceção virar a regra.

No caso concreto, não há nenhum fato indicador da intenção em fraudar o fisco. A empresa utilizou-se de instrumentos legais de operação de reorganização societária com objetivo de reduzir a carga tributária. Não é porque o objetivo, como já visto alhures neste voto, era meramente fiscal, que se deve travestir como conduta fraudulenta.

Os atos societários foram todos publicados, a fiscalização teve acesso aos documentos que surgiram na operação societária, não há documentos que se revestem de uma formalidade que se contradiz ao que foi praticado.

Não quero aqui tornar a mera publicidade dos atos norma imperativa no intuito de descaracterizar a fraude ou simulação decorrentes de ações perpetradas pelas empresas envolvidas em processo de reorganização societária com objetivo de reduzir sua carga tributária, e, com isso, torná-la suficiente (publicidade) para afastar a aplicação da multa qualificada. Entretanto, no caso concreto, tanto a publicidade dos atos - o fisco teve (ou poderia ter) acesso às informações contidas nos documentos societários e fiscais -, quanto à origem do ágio - decorrente de operação entre partes independentes e com pagamento de preço -, afastam uma possível constatação de conduta fraudulenta por parte da recorrente.

Desta feita, não presentes nenhuma das características que pudessem imputar uma conduta fraudulenta à recorrente, voto por afastar a multa qualificada.

Juros sobre Multa de Ofício

A recorrente alega vício de legalidade dos art. 29 e 30 da Lei nº 10.522/2002 e pede pelo afastamento da aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício.

Não entendo possuir amparo a alegação da recorrente.

O art. 161 do CTN determina que ao crédito vencido e não pago acresce-se de juros de mora:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

Já a parte final da redação do supra dispositivo legal define que a incidência de juros de mora não prejudica a imposição de penalidades.

O art. 142 do CTN, por sua vez, apresenta a definição de crédito tributário:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Conforme se extrai da cláusula legal, o crédito tributário é composto pelo montante do tributo devido e pela penalidade cabível.

Da conjugação dos dois dispositivos acima, conclui-se que ao tributo e à multa de ofício (crédito tributário) incidem os juros de mora.

Desta forma, aplica-se o art. 30 da Lei 10.522/2002, que determina a incidência da Selic como taxa referencial para a atualização do crédito tributário.

Art. 30. Em relação aos débitos referidos no art. 29, bem como aos inscritos em Dívida Ativa da União, passam a incidir, a partir de 1º de janeiro de 1997, juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) no mês de pagamento.

Desta forma, nego o pedido quanto ao afastamento da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Conclusão

Diante do exposto, voto por AFASTAR a preliminar de nulidade, e, no mérito, voto por DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário, para exonerar a multa qualificada, mantendo a ofício no patamar de 75%.

(assinado digitalmente)

Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa

Declaração de Voto

Conselheira Livia De Carli Germano

Solicitei expressar meu voto neste acórdão tendo em vista que, na votação ocorrida no Colegiado, acompanhei o ilustre relator em suas conclusões, mas por outros fundamentos, no que fui acompanhada pela maioria.

Concordo com o relator que está correta a glosa da despesa com amortização de ágio no caso em questão. Entretanto, entendo que não há provas suficientes a corroborar a afirmação de que a Sergisor é a verdadeira adquirente do investimento na CBD, até porque, no meu entender, isso necessariamente envolveria admitir que as *holdings* Masmanidis e Vieri nunca existiram e não passaram de empresas "veículo", meramente simuladas (simulação absoluta).

Pelo contrário, entendo que as provas dos autos levam à conclusão de que, como *holdings*, tais pessoas jurídicas parecem ter cumprido o seu papel de adquirentes do investimento da CBD. Tanto tais empresas foram necessárias à estrutura que, após a sua suposta extinção via incorporação, foram imediatamente substituídas por sociedades *holdings* que passaram a ocupar o mesmo papel societário e negocial que elas antes exerciam.

E aí está o cerne da questão. Quando se analisam as operações de incorporação praticadas (as quais supostamente dariam ensejo ao início da amortização dos ágios ora contestados), percebe-se que não há substancial diferença entre a situação final e o status inicial -- a não ser pelo nome e número de CNPJ das *holdings*, que de Masmanidis e Vieri passaram a respectivamente Sudaco e Wilkes.

Em outras palavras, o caso aqui não foi de simulação da existência das *holdings*, mas de simulação de sua extinção via incorporação.

O Termo de Verificação Fiscal trilha esse caminho e traz provas dessa circunstância em diversas de suas passagens, valendo destacar as seguintes:

10. O cerne da Estrutura está na “extinção” das duas empresas. A “extinção”, como procuraram fazer crer os grupos, não por acaso é condição para a dedutibilidade estipulada no art. 386 do RIR. Evidentemente, a condição prevista no art. 386 não se confunde com a situação aqui analisada. Empresas idênticas ocuparam o lugar das formalmente extintas. Não houve absorção genuína de patrimônio, mas apenas uma formalização que tentou dar uma aparência de que teria havido reais incorporações. As “extintas” foram utilizadas como empresas-veículo.

11. A falta de propósito negocial evidenciada pela Estrutura traz como consequência a glosa dos ágios amortizados pela fiscalizada. Ainda que, apenas por hipótese, a implementação da Estrutura fosse considerada válida do ponto de vista tributário, o art. 386 pressupõe, como será mais bem explorado a partir do parágrafo 68, que a participação societária adquirida com ágio (ou a adquirente original) seja efetivamente extinta. Todos os ágios aqui analisados têm origem na rentabilidade futura da CBD e, nem remotamente, pode-se considerar que a CBD (ou as suas controladoras diretas ou indiretas) tenha sofrido algum tipo de extinção. Houve, portanto, ainda que se pudesse abstrair a falta de propósito do planejamento, uma interpretação equivocada da legislação tributária, o que resultaria, igualmente, na glosa dos encargos de amortização.

(...)

46. Nada mudou também em relação ao controle e à participação total sobre a CBD. A Vieri tinha em 30 de junho de 2005, portanto logo após a celebração do Acordo de Associação, 65,61% do capital votante e 28,8% do capital total da CBD (doc. 38). Em 31 de março de 2007, já implementada a Estrutura, Wilkes possuía 65,61% do capital votante e 28,72% do capital total da CBD (doc. 38).

(...)

50. A falta de informações minimamente detalhadas apresentadas a respeito da motivação demonstra que o real motivo da operação era outro. É ainda contraditório que se fale em “diminuição de custos operacionais e uma administração mais eficiente” quando, no lugar da empresa extinta, surge outra de idênticas características, a Sudaco. Se era para haver economia de custos e uma administração eficiente, por que surgiu outra igual no lugar? A resposta é simples: a incorporação ocorreu exclusivamente por motivos tributários. A empresa que substituiu a sociedade “extinta” passou a exercer as funções societárias originalmente previstas, mantendo-se intactos, inclusive, os percentuais de controle sobre o capital votante e total da *holding* que controlava diretamente a CBD. A Masmanidis atuou meramente como veículo.

(...)

53. A extinção da Vieri, à semelhança da Masmanidis, foi apenas implementada para artificialmente tirar proveito do art. 386 do RIR. Até porque, como já demonstrado, a extinção da Vieri em nada modificou a estrutura societária do grupo, uma vez que o papel originalmente designado para ser desempenhado pela Vieri passou a sê-lo pela Wilkes. Também a Vieri atuou como empresa-veículo no contexto da Estrutura.

(...)

56. No entanto, apenas para continuarmos na linha de raciocínio atual, os fatos até aqui apresentados demonstram que a formalização das incorporações da Masmanidis e da Vieri não teve qualquer outro propósito além do tributário. Os sete passos extraídos do *First Amended and Restated Goodwill Amortization Structure Agreement* visaram unicamente transportar o ágio (visto da ótica da legislação brasileira) da francesa Segisor para ser amortizado tributariamente pela brasileira CBD.

(...)

60. No Contrato de Opção de Venda de Ações sob Condição (doc. 114), em cumprimento à determinação de alterar os documentos originais por força da modificação da Estrutura de Amortização do Ágio, informa-se que:

Considerando que, em virtude da sucessão de Vieri pela Wilkes devido à implementação da Estrutura de Amortização de Ágio, as Partes por meio do presente instrumento concordam em celebrar o presente Contrato de Opção de Venda, em substituição ao Contrato de Opção de Venda de Original datado de 22 de junho de 2005.

(...)

61. Por fim, ainda que não caibam mais dúvidas do propósito exclusivamente tributário da implementação da Estrutura de Amortização do Ágio, vale transcrever excertos da Primeira Alteração ao Contrato de *Joint Venture*, de 28 de setembro de 2006, apresentada traduzida pela Sudaco (doc. 138) em resposta a intimação desta fiscalização. No “Preâmbulo” do documento, constam os seguintes considerandos:

CONSIDERANDO que as Partes celebraram um Contrato de *Joint Venture* em 3 de maio de 2005 (o “Contrato de *Joint Venture*”), na qualidade de Acionistas Controladores da CBD, de acordo com o qual a Casino e o Grupo AD concordaram em continuar a compartilhar o Controle da CBD através da participação direta das Partes na Vieri Participações S.A. (...), que é, atualmente, a Acionista Controladora da CBD;

CONSIDERANDO que as Partes celebraram um Termo de Pré-Fechamento em 22 de junho de 2005 (“Termo de Pré-Fechamento”) pelo qual as Partes implantaram medidas adicionais para o Fechamento da Transação;

CONSIDERANDO que as Partes neste ato concordam irrevogavelmente que os termos e as condições do Termo de Pré-Fechamento serão, em todos e quaisquer momentos, interpretados pelas Partes para todos e quaisquer fins como complementares e parte integrante dos termos e condições de Contrato de *Joint Venture* e desta Alteração;

CONSIDERANDO que as Partes pretendem alterar a estrutura de amortização de ágio (“Estrutura de Amortização de Ágio Original”), cujas diretrizes gerais foram previstas na Cláusula 2.4 do Contrato de *Joint Venture* a fim de refletir, entre outras disposições aplicáveis, a incorporação da Vieri na CBD e o exercício de co-controle da CBD pelo Grupo AD e pela Casino através da Wilkes Participações S.A. (...) (“Controladora”), e não mais através da Vieri; e

CONSIDERANDO que as Partes celebram, na data do presente, uma Primeira Alteração e Consolidação ao Contrato de Planejamento e Estrutura de Amortização de Ágio (“Contrato de Ágio”) e um Termo de Fechamento de Estrutura de Ágio, que consiste do guia para implementar a Estrutura de Amortização de Ágio;

DESTE MODO, tendo em vista o exposto acima, e de forma a refletir o exercício de co-controle da CBD pela Partes através da Controladora, como consequência da incorporação da Vieri na CBD, as Partes decidem celebrar esta Alteração conforme segue:

1. O objeto do Contrato de *Joint Venture*, conforme previsto em sua Cláusula 2.1, foi e continuará sendo permitir que a Casino e o Grupo AD continuem compartilhando o Controle da CBD através da Vieri. Por outro lado, o objeto desta Alteração é permitir que a Casino e o Grupo AD, a partir da data da contribuição de capital de seu investimento direto total da Vieri na Controladora (“Data de Contribuição de Capital da Wilkes”), **continuem compartilhando o Controle da CBD através da Controladora, sem quaisquer alterações quanto a todos e quaisquer direitos e obrigações de qualquer uma das Partes decorrentes do Contrato de *Joint Venture*.**

(...)

63. Perguntamos, por fim, ao Grupo AD e ao Casino o que mudara com a substituição da Vieri pela Wilkes. A empresa do Grupo AD que era sócia da Vieri e que passou a ser sócia da Wilkes é a Península Participações, que deu a seguinte resposta:

Com relação ao quanto questionado, informa a ora intimada (Península) que, sob a sua ótica, não houve mudança em relação ao controle conjunto da Wilkes, comparando-se com o controle anterior exercido na Vieri.

(...)

64. Pelo grupo Casino, a resposta foi dada pela Sudaco, que passou a ser sócia da Wilkes e antes era sócia da Vieri:

Sob a ótica da Sudaco, com a incorporação da Vieri em CBD, a Wilkes Participações S.A. (“Wilkes”) passou a ser diretamente a controladora da CBD. Após essa incorporação, a Sudaco resgatou 14,3 bilhões de ações preferenciais (PNs) Wilkes, reduzindo sua participação total em Wilkes de 82,41% para 76,63%.

65. Note-se que o resgate das ações a que se referiu a Sudaco foi realizado no sentido de voltar ao mesmo *status* que a Masmanidis tinha em relação à Vieri. Tanto é assim que a Sudaco terminou com o mesmo número de ações ordinárias e preferenciais da Wilkes que a Masmanidis detinha na Vieri (v. parágrafo 45).

66. Enfim, os documentos trazem farta informação que demonstra que as sucessões da Masmanidis pela Sudaco e da Vieri pela Wilkes foram meramente formais e motivadas exclusivamente por razão tributária. Masmanidis e Vieri foram formalmente extintas (e prontamente substituídas por Sudaco e Wilkes) apenas para atender ao objetivo de promover a transferência dos ágios da Segisor para a CBD, além de deixá-los – segundo interpretação equivocada das partes e por meio de transações sem propósito negocial – passíveis de serem amortizados tributariamente pela fiscalizada.

(...)

146. (...)

extinção das empresas condutoras do ágio ocorreu de fato. A Masmanidis e a Vieri simplesmente continuaram com nomes diferentes. Como todos os ágios transferidos para a CBD foram amortizados sob uma falsa condição de dedutibilidade – por não ter ocorrido a “confusão patrimonial” entre CBD e Segisor –, os encargos de amortização deduzidos na apuração do imposto de renda nos anos sob fiscalização devem ser glosados.

(...)

162. A implementação da Estrutura pressupunha a extinção da Masmanidis e da Vieri, as quais, em essência, continuaram “vivas”, mas com outras denominações. O cumprimento do estabelecido pelas partes com a implementação da Estrutura deu-se por meio de operações sem qualquer propósito negocial.

Não obstante as afirmações acima transcritas, em sua conclusão o Termo de Verificação Fiscal acaba por desconsiderar toda a estrutura de aquisição ocorrida no Brasil, em especial quando afirma que "*A condição de dedutibilidade do ágio só seria atendida, no caso, se a CBD incorporasse a Segisor*" (item 115).

É dessa conclusão que este voto discorda. Isso porque, vale repetir, nos autos há provas -- apenas -- de que a extinção de Masmanidis e Vieri ocorreu meramente em termos formais e de que tais sociedades permaneceram "vivas" e atuantes sob os prismas societário e negocial, sob outros nome e CNPJ. E, se permaneceram vivas, é porque continuaram cumprindo o seu papel de *holdings* adquirentes dos investimentos com os ágios ora contestados.

(assinado digitalmente)

Livia de Carli Germano

