



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 16561.720107/2017-17  
**Recurso** De Ofício e Voluntário  
**Acórdão nº** 1402-006.193 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 16 de novembro de 2022  
**Recorrentes** SENDAS DISTRIBUIDORA S/A  
FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2013

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

A legislação que permite a dedução da amortização do ágio em determinadas circunstâncias e desde que preenchidos determinados requisitos é norma indutora de comportamento do contribuinte.

Uma vez norteado o permissivo legal para a amortização do ágio contido no art. 7º da Lei 9532/97 ou art. 386 do RIR/99 e, de fato concretizada a confusão patrimonial que reúne as despesas de amortização fiscal do ágio e os lucros que motivaram o pagamento do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura, possibilitando o emparelhamento de receitas e despesas, torna-se legal a amortização do ágio.

Não havendo ocorrência de fraude ou simulação e tendo sido verdadeiras e legítimas as operações perpetradas, inclusive, com a ocorrência do efetivo pagamento do preço, a dedução do ágio é possível, ainda que o benefício fiscal seja o principal ou mesmo o único elemento motivador.

Uma vez demonstrado o devido propósito negocial e substância econômica na realização de reorganizações societárias, a dedução da amortização do ágio torna-se ainda mais justificada.

**ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. VALIDADE.**

O uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si só, não invalida as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida, estando diretamente vinculadas ideologicamente a um propósito negocial. Verificadas as condições legais, especialmente a confusão patrimonial entre investidora e investida, deve ser admitida a amortização fiscal do ágio.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em face do empate no julgamento, conforme determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, dar provimento ao recurso voluntário para cancelar os lançamentos, vencidos os conselheiros Marco Rogério Borges (relator), Evandro Correa Dias, Iágaro Jung Martins e Paulo Mateus Ciccone, que negaram provimento ao recurso. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio. Com a decisão, o recurso de ofício restou prejudicado.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marco Rogério Borges - Relator

(documento assinado digitalmente)

Junia Roberta Gouveia Sampaio – Redatora Designada

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogério Borges, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Evandro Correa Dias, Luciano Bernart, Iágaro Jung Martins, Jandir José Dalle Lucca, Antônio Paulo Machado Gomes, Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

## **Relatório**

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto em face de decisão proferida pela 2ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campo Grande - MS, através do acórdão 04-45.440, que julgou PROCEDENTE, EM PARTE, a impugnação do contribuinte em epígrafe.

### **Da autuação fiscal:**

Por bem descrever os termos da autuação fiscal, transcrevo o relatório pertinente na decisão *a quo*:

A contribuinte acima identificada teve contra si lavrados os autos de infração - AI relativos ao IRPJ e à CSLL (Autos de Infração - AI às fls. 1.686 a 1.705) em decorrência da infrações de: AJUSTE DO RTT EFETUADO INDEVIDAMENTE; CUSTOS/DESPESAS OPERACIONAIS/ENCARGOS NÃO DEDUTÍVEIS (CSLL); COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DA ATIVIDADE GERAL COM RESULTADO DA ATIVIDADE GERAL (CSLL); e MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ E DA CSLL

**SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA**, conforme Relatório Fiscal anexo, parte integrante dos Autos de Infração.

O procedimento de fiscalização está pormenorizado em Termo de Verificação Fiscal e Encerramento - TVF, parte integrante dos AI, às fls. às fls. 1.707 a 1.787.

O total do crédito tributário lançado e objeto deste processo é de R\$ 73.409.532,97, incluídos os juros moratórios e as multas incidentes até a data de encerramento da ação fiscal (lavratura dos AI em 06/10/2017).

Os valores lançados nos Autos de Infração, incluídos as multas e os juros moratórios incidentes até a data de encerramento da ação fiscal, referem-se a fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2013 e que influenciaram na apuração do Lucro Real correspondente, e constam do quadro a seguir.

#### Resumo – Valores Lançados nos Autos de Infração

TRIBUTOS	PRINCIPAL	MULTA (150%)	JUROS	MULTA ISOLADA	TOTAL
IRPJ	11.233.726,20	16.850.589,30	4.950.703,13	15.217.864,911	<b>48.252.883,54</b>
CSLL	6.989.670,23	9.043.834,63	3.080.347,66	6.042.796,919	<b>25.156.649,43</b>
<b>TOTAL</b>					<b>73.409.532,97</b>

Do Termo de Verificação Fiscal e Encerramento - TVF, às fls. 1.707 a 1.787, emitido pela Autoridade lançadora, podemos extrair as seguintes informações, que demonstram, em essência, as ocorrências havidas na ação fiscal, relacionadas à(s) infração(ões) lançada(s):

A Auditoria contextualiza sobre os fatos e Sujeitos envolvidos, transcreve um histórico cronológico de intimações, ofícios e respostas, para, em consonância com as apurações realizadas e relatadas, traçar as seguintes conclusões:

...

#### 1. PREÂMBULO

...

Preliminarmente cumpre esclarecer que as infrações ora relatadas foram constatadas na empresa BARCELONA COMÉRCIO VAREJISTA E ATACADISTA S/A – CNPJ 07.170.943/0001-01, incorporada pela fiscalizada em sessão datada de 27/04/2016, conforme Ata da Assembléia Extraordinária da Barcelona arquivada na JUCESP sob n.º 299.789/16-0 de 07/07/2016.

...

Esta autuação fiscal refere-se aos ágios amortizados pela fiscalizada no ano-calendário de 2013 decorrentes das operações de incorporação das empresas controladas SEVILHA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA - CNPJ 07.146.013/0001-12 (Sevilha), em 31/03/2008, e NERANO EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA - CNPJ 10.641.449/0001-92 (Nerano), em 30/04/2010, em continuação à ação fiscal desenvolvida pelo MPF-F n.º 08.1.85.00-2013-00128-0, referente período de 2008 a 2012.

Durante os procedimentos de auditoria fiscal aplicados pelo MPF-F n.º 08.1.85.00-2013-00128-0 foram apuradas infrações à legislação tributária que rege as atividades das pessoas jurídicas, faltas estas que acarretaram a insuficiência de recolhimento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ e da

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, tendo sido os Autos de Infração formalizados através do PAF n.º 16561.720117/2013-11.

Embora os ágios em estudo sejam originados em operações separadas, ambos são complementares, portanto serão tratados de forma conjunta daqui em diante.

## 2. DAS PROVAS EMPRESTADAS DO PAF n.º 16561.720117/2013-11

Consoante Termo de Verificação Fiscal anexado ao PAF n.º 16561.720117/2013-11, que contém todas as referências documentais pertinentes, e das quais tomamos como provas emprestadas, aquela Fiscalização constatou que a operação econômica engendrada pela fiscalizada refere-se à aquisição, com ágio fundamentado em rentabilidade futura, em duas etapas, por parte da empresa SÉ SUPERMERCADOS LTDA - CNPJ 01.545.828/0001-98 (SÉ), controlada direta da COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO - CNPJ 47.508.411/0001-56 (CBD), de parcela patrimonial relacionada especificamente à atividade de atacado e varejo ("atacarejo") de produtos alimentícios e outros que completam sua linha de supermercados, representada pela denominação comercial "ASSAÍ", então pertencente a ASSAÍ COMERCIAL E IMPORTADORA LTDA. – CNPJ 46.499.224/0001-90 (Assaí).

Para a consecução deste objetivo, foram efetuadas reorganizações societárias de cisão patrimonial parcial com incorporação da parcela cindida, vendas e compras de participações acionárias e incorporações reversas de controladoras (não operacionais) por controlada (operacional), em detalhes que serão narrados pormenorizadamente adiante.

Para uma melhor clareza, podemos demonstrar, em ordem cronológica dos fatos, os organogramas simplificados abaixo:

a) Cisão parcial realizada pela Assaí de 80,275379% do seu patrimônio líquido, para a Barcelona:

...

Em 31/10/2007, a Barcelona, empresa até então sem atividade operacional e com capital subscrito e integralizado de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), incorporou parte do patrimônio da Assaí (doravante, essa parcela da Assaí será denominada de Negócio), empresa atuante no mercado de atacado e autosserviço no setor alimentício, com 15 lojas (de varejo, atacado e centros de distribuição) em funcionamento e capital subscrito e integralizado de R\$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de reais).

Na ocasião:

1) SÉ e AYMAR GIGLIO JÚNIOR - CPF 021.861.968-59 (Aymar), por meio da cessão de titularidade, transferiram suas 10.000 (dez mil) ações da Barcelona para os Srs. RODOLFO JUNJI NAGAI - CPF 569.893.008-25 (Rodolfo) e LUIZ FUMIKAZU KOGACHI - CPF 075.351.338-27 (Luiz), únicos sócios da Assaí, e estes, por sua vez, subscreveram e integralizaram 4.000.000 (quatro milhões) de novas ações na Barcelona mediante a conferência da parcela cindida da Assaí.

2) Sé aumentou capital social da Sevilha para R\$ 198.010.000,00 (cento e noventa e oito milhões e dez mil reais), dos quais R\$151.000.000,00 (cento e cinquenta e um milhões) a serem integralizados em até 12 meses.

...

b) Aquisição de 60% do capital social da Barcelona pela Sevilha:

Em 01/11/2007, 01 (um) dia após a cisão parcial, conclui-se a 1ª etapa da aquisição do Negócio, em que a Sevilha, empresa controlada por SÉ e sem atividade operacional, adquire, com ágio fundamentado em rentabilidade futura de R\$203.471.162,15 (duzentos e três milhões, quatrocentos e setenta e um mil, cento e sessenta e dois reais e quinze centavos), 60% (sessenta por cento) das ações representativas do capital total e votante da Barcelona.

Desta feita, a SÉ, por intermédio de sua controlada direta Sevilha, passou a controlar indiretamente a Barcelona - e, conseqüentemente, o Negócio que 2 (dois) dias atrás era explorado pela Assaí.

O organograma simplificado ficou como demonstrado abaixo:

...

c) Incorporação da Sevilha pela Barcelona:

Em 31/03/2008, a Barcelona, agora com capital de R\$15.010.000,00 (quinze milhões e dez mil) devido às subscrições e integralizações efetuadas por seus acionistas em 28/11/2007, incorpora sua controladora Sevilha, passa a ser controlada diretamente pela SÉ e absorve o ágio de si mesma que se encontrava na empresa não operacional Sevilha.

Vejamos o organograma:

...

d) Aquisição de 40% do capital social da Barcelona pela Nerano:

Em 25/07/2009, conclui-se a 2ª etapa da aquisição do Negócio, em que a Nerano, outra empresa controlada por SÉ, sem atividade operacional e com capital subscrito e integralizado de R\$10.000,00 (dez mil reais), constituída em 30/10/2008, adquire, com ágio fundamentado em rentabilidade futura de R\$172.181.773,14 (cento e setenta e dois milhões, cento e oitenta e um mil, setecentos e setenta e três reais e quatorze centavos), 40% (quarenta por cento) das ações representativas do capital total e votante da Barcelona.

Desta feita, a SÉ, direta e indiretamente, por intermédio de sua controlada Nerano, passou a controlar totalmente a Barcelona - e, conseqüentemente, o Negócio iniciado por Rodolfo e Luiz, que agora saíam de cena.

O organograma simplificado ficou como demonstrado abaixo:

...

e) Incorporação da Nerano pela Barcelona:

Em 30/04/2010, a Barcelona incorpora sua investidora Nerano, passa a ser subsidiária integral da SÉ e absorve o ágio de si mesma que se encontrava na empresa não operacional Nerano. Na oportunidade, seu capital subscrito e integralizado era de R\$16.592.270,51 (dezesesseis milhões, quinhentos e noventa e dois mil, duzentos e setenta reais e cinquenta e um centavos).

Vejamos o organograma:

...

Na sequência, o TVF descreve com detalhes as operações societárias antes observadas, quais sejam: a) Cisão parcial da Assaí para a Barcelona; b) Das empresa controladas pela CDB - COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO e Sé Supermercados - Barcelona, Sevilha e Nerano; c) Incorporação da Sevilha pela Barcelona; d) Incorporação da Nerano pela Barcelona. Dando continuidade, o TVF dá

continuidade à fundamentação do observado com relação às alterações societárias, como a seguir:

...

## 2.6 DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO PREVISTA NOS ARTIGOS 7º DA LEI Nº 9.532/97 E 386 DO RIR/99

...

Assim, para gozar da dedutibilidade preconizada no artigo 386 do RIR/99, não basta a simples incorporação da pessoa jurídica. Entre as condições e requisitos previstos, é necessário que haja a absorção de investimento.

A mera transferência do ágio da investidora para a investida, por meio de empresa veículo, ao final, quando incorporada aquela veículo, demonstra que o que houve foi a extinção da veículo, não da participação adquirida com ágio.

...

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

## 2.7 DA NÃO EXTINÇÃO DAS PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS DETIDAS PELA SÉ NA BARCELONA

...

Todavia, para que haja esse encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem, é imprescindível que o ágio contabilizado tenha sido efetivamente suportado por alguma das pessoas que participa da "confusão patrimonial". O investidor deve se confundir com o seu investimento.

Assim, em outras palavras, no caso de uma incorporação, para que o ágio registrado seja dedutível nos termos dos artigos 7º da Lei nº 9.532/97, e 386 do RIR/99, deve a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento incorporar esse investimento, ou ser incorporada por ele. O ágio deve ser de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participam da incorporação, fusão ou cisão societária. Se assim não for, será impossível o ágio ir ao encontro do investimento que lhe deu causa.

A sequência das reestruturações societárias até a ocorrência das incorporações começa com as situações existentes por ocasião das entradas da Sevilha, em 01/11/2007, e Nerano, em 25/07/2009, no capital da Barcelona, e a incorporação destas pela controlada.

Como já demonstrado, no caso em tela, a SÉ não deixou de existir e em nenhum momento perdeu seu investimento na Barcelona.

Assim, procedendo a uma série de "reestruturações societárias", dotadas apenas de atos formais desprovidos de racionalidade econômica, a SÉ conseguiu: i) permanecer com os seus investimentos na Barcelona intocados, apenas, agora, não mais apresentados contabilmente desdobrados em "investimento + ágio", e

ii) constituir, na contabilidade da Barcelona, uma conta de ativo não circulante em valor igual ao ágio com que aumentaram ou adquiriram o seu controle acionário, de forma a poder amortizar esse ativo, no prazo previsto na legislação tributária, forçando as condições para reduzir o lucro tributável.

O único fim visado era a utilização do tratamento fiscal de redução da carga tributária na Barcelona, cujo permissivo condicionava à incorporação/fusão/cisão da SÉ e a sua investida (Barcelona), ou vice-versa.

Como não foi essa a situação ocorrida, nem era vontade da detentora do controle acionário da Barcelona dela se desfazer, engendrou-se o artifício jurídico de interpor empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, efêmeras (Sevilha e Nerano), sem qualquer propósito comercial ou racionalidade econômica, aportar recursos financeiros para aquisição ou aumento das participações já existentes, com ágio por expectativa de rentabilidade futura, para logo em seguida, serem estas incorporadas pela sua controlada (Barcelona), e devolver as ações de sua emissão à sua controladora originária.

No comando dos artigos 1º da Lei n.º 9.532/97, e 386 do RIR/99, a legislação tributária, para permitir a dedutibilidade da amortização do ágio, tem sua inteligência fundamentada na efetiva existência e extinção do investimento através dos institutos da fusão, cisão ou incorporação entre as empresas (investidora original e investida); ou seja, a legislação tributária instituiu um disciplinamento para tributação do resultado de um negócio jurídico particular que culmina numa "confusão patrimonial" - o ágio de si mesmo.

No presente caso, não houve a requerida unificação patrimonial. A Real Investidora, SÉ, detentora das ações da Barcelona tentou se ajustar à letra da lei, sem atender à sua fundamentação; praticando uma série de "reestruturações societárias" sem qualquer motivação econômica para, ao final das operações, apresentar a mesma (e verdadeira) estruturação societária de antes. Tudo não passando de um estratagema para se tentar conseguir ganho tributário em prejuízo do Fisco Federal.

De sorte que, se considerarmos a participação societária indireta que a SÉ possuía na Barcelona em decorrência do exercício dos Contratos de Venda e Compra de Ações, essa mesma participação continuou existindo ao final do processo de reestruturação, agora de forma direta.

As interposições da Sevilha e Nerano entre a SÉ e a Barcelona, com o único desiderato de permitir o aproveitamento do ágio, faz com que a situação aqui versada não se enquadre nas condições preconizadas pela lei de forma a permitir a sua utilização.

## 2.8 DA ANÁLISE CONTÁBIL E FISCAL DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO DECORRENTE DA INCORPORAÇÃO DA CONTROLADORA PELA CONTROLADA

### 2.8.1. EXAMES NOS LIVROS FISCAIS E CONTÁBEIS

Por ocasião da incorporação da Sevilha, o ágio de rentabilidade futura no valor de R\$203.471.162,15 (duzentos e três milhões, quatrocentos e setenta e um mil, cento e sessenta e dois reais e quinze centavos), foi contabilizado pela Barcelona na conta contábil de ativo intangível "1306010001 - Ágio de controlada incorporada", e passou a ser amortizado a partir de 06/2008.

Já na incorporação da Nerano, o ágio de rentabilidade futura no valor de R\$172.181.773,14 (cento e setenta e dois milhões, cento e oitenta e um mil, setecentos e setenta e três reais e quatorze centavos), foi contabilizado pela fiscalizada

na conta contábil de ativo intangível "1306010003 - Ágio sobre empresas incorporadas", e passou a ser amortizado a partir de 02/2010.

No período de 06/2008 a 03/2011, as amortizações dos ágios advindos das incorporações foram contabilizadas na conta contábil de despesas "4207020002 - Amortização de ágio CVM 319". A partir de 04/2011, foram escriturados na conta contábil de despesas "4207030001 - Amortização Ágio em Invest. Emp. Incorp.". Este procedimento exerceu influência nos resultados trimestrais dos 2º, 3º e 4º Trimestre de 2008, anuais de 2009 a 2012 e no cálculo mensal das estimativas do IRPJ e CSLL de 01/2009 a 12/2012.

Dos exames efetuados nos Livros de Apuração do Lucro Real - LALUR e Livros de Apuração da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido dos anos de 2008 a 2012, constatamos que não houve qualquer adição ao Lucro Líquido do Exercício, quando da apuração trimestral (2008), anual (2009 a 2012) e das estimativas mensais (01/2009 a 12/2012) do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL.

## 2.8.2 CONSEQUÊNCIA FISCAL DA INCORPORAÇÃO DA CONTROLADORA

Vimos inicialmente nos organogramas que as operações de reorganização societária empreendidas pelo contribuinte se processaram em duas etapas. Vimos também, que no final das contas, a situação fática encontrada foi a de que, após as extinções da Sevilha e da Nerano, a real investidora da fiscalizada – SÉ – ficou com a totalidade de suas ações.

Entretanto, é importante, também, entendermos qual seria o motivo de constituir algumas empresas sem atividades operacionais, sem empregados, sediadas no endereço de seu acionista controlador, injetar-lhes capital e ao final verem-nas extintas por incorporação em curto espaço temporal.

A conclusão só poderia ser para o aproveitamento fiscal deste ágio. Ora, em virtude das incorporações, este passou a integrar o patrimônio de uma empresa operacional, possibilitando assim um reflexo tributário artificial, qual seja, a amortização de um ágio "transferido" por meio de uma manobra contábil sem substância econômica - já que os investimentos acrescidos do ágio integravam o patrimônio da investidora - e a consequente diminuição do lucro fiscal passível de oferecimento à tributação.

## 2.9 DA REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA SIMULADA

À luz da legislação tributária retro mencionada e analisados os documentos referentes à operação de aquisição com ágio fundamentado em rentabilidade futura das ações da Barcelona pela Sevilha e pela Nerano, e posterior incorporação destas últimas pela fiscalizada, serão expostos a seguir os motivos da não aceitação da diminuição do Lucro Líquido na apuração do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL da Barcelona decorrente da amortização desse ágio.

Como dito anteriormente, logo após as transações de aquisições das participações então pertencentes aos Srs. Rodolfo e Luiz, as novas acionistas Sevilha e Nerano são absorvidas, conforme Protocolos e Justificações de Incorporações, por sua controlada Barcelona.

As incorporadas são sociedades empresárias, sem atividades operacionais até as aquisições formais das participações societárias, que foram baixadas por incorporação tão logo se finalizasse o processo de aquisição da fiscalizada.

Quando de suas entradas no processo de compra da Barcelona, tinham capital subscrito de R\$10.000,00 (dez mil reais) cada uma. No período em que existiram, não apresentaram quaisquer movimentações negociais, a única exceção foi o negócio jurídico de aquisição das ações da Barcelona, e, em seguida, ocorreram suas incorporações. Claramente, foram utilizadas como empresas veículos.

Ademais, a suposta reestruturação societária não resultou em concentração (confusão patrimonial) dos investimentos com o real investidor envolvido ou mesmo na liquidação desses investimentos. Ao contrário, tudo continuou como antes, a SÉ não deixou de existir nem perdeu suas ações na Barcelona.

As operações realizadas em sequência revelaram-se meramente formais e desprovidas de finalidade econômica, tendo como único objetivo a transferência do ágio (verdadeiramente pago por SÉ) para a contabilidade da Barcelona e a redução da sua carga tributária.

...

O que se pode perceber é que os procedimentos adotados não passaram de atos formais desprovidos de racionalidade econômica. Ainda que a operação seja formalmente regular no âmbito do direito empresarial, não é possível que a fiscalizada usufrua o efeito tributário almejado, pois não ficou caracterizada a situação prevista no artigo 386 do RIR.

Por conseguinte, a transferência do ágio pretendida pela contribuinte, na verdade, acabou por desvirtuar a aplicação do artigo 386 do RIR e representa uma fraude à finalidade legal.

Com a pretendida transferência, o ágio passou a ser amortizado na Barcelona, reduzindo a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Por outro lado, a investidora permaneceu de posse do seu ativo, cujo valor corresponderá ao valor de patrimônio líquido da Barcelona, o qual estará inflado pelo ágio. Assim, a investidora poderá alienar o seu investimento pelo mesmo valor pago na aquisição e recuperar o ágio sem incorrer em ganho de capital.

#### 2.9.1. DA FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL

Nas discussões sobre planejamento tributário, o foco não se situa na compreensão da hipótese de incidência da norma tributária, mas, sobretudo, na qualificação dos fatos jurídicos.

Somente se pode saber qual é a norma jurídica aplicável ao caso depois que se classifica o negócio jurídico. Primeiro se qualifica o ato para depois se verificar a regra aplicável.

Procurou-se a seguir determinar a causa da operação realizada pelo grupo econômico da Barcelona como meio de alcançar o equilíbrio entre finalidade e funcionalidade, entre substância e forma negocial, para se interpretar o negócio jurídico.

Não basta a vontade da Barcelona e das empresas Sevilha e Nerano, de se submeterem à disciplina atinente ao ato formalizado. Deve estar presente a vontade evidenciada ao realizá-lo. Nesse sentido, o próprio Código Civil prevê que "nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem" (art. 112).

Está-se questionando a criação das empresas veículo interpostas Sevilha e Nerano, a aquisição com ágio de 100% (cem por cento) das ações da empresa operacional Barcelona pelas empresas interpostas, e a incorporação das mesmas pela empresa operacional apenas para fornecer uma aparência de

conformidade ao direito, quando o contexto evidencia o fim prático a que o negócio se destinava: a redução do pagamento de tributos através da dedução de encargos de amortização de um ágio proveniente de um investimento que não foi extinto.

A apreciação dos documentos apresentados pelo contribuinte permitiu constatar a ausência de propósito negocial, bem como a incoerência entre a finalidade e a forma adotada.

Abaixo serão identificadas várias situações que corroboram tal conclusão.

## 2.9.2 OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA

...

Analisando-se a situação existente antes da deflagração da sequência de etapas e a situação final resultante da última das etapas, podemos afirmar que as situações são correlatas, ou seja, antes da deflagração das etapas, SÉ pretendia ser a controladora da Barcelona. Com a utilização da Sevilha, passou a deter indiretamente 60% (sessenta por cento) das ações da Barcelona, antes do processo de incorporação. Com a utilização da Nerano, passou a ter o controle integral.

O caso em foco é composto de operações estruturadas em sequência, vale dizer, de uma sequência de etapas em que cada uma corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária ou negocial encadeado com o intuito de 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.

...

No caso examinado, nenhum motivo autônomo se apresenta nos autos que venha a justificar a realização de cada uma das etapas da operação. Isto é, não existiam finalidades diferentes para cada etapa das operações que as justificassem. As finalidades eram de somente se obter, ao término de todas as etapas, a redução indevida do pagamento de tributos em função da amortização de um ágio introduzido artificialmente na Barcelona e a permanência dos investimentos intocados no patrimônio da SÉ, já que esta não tinha nenhuma intenção de incorporar ou ser incorporada pela empresa operacional.

Um elemento importante nestas operações em etapas diz respeito ao tempo decorrido entre cada uma delas. Na situação examinada, nenhum evento externo ocorreu que justificasse a sequência de operações nesse curto espaço de tempo, tais como: as capitalizações das empresas veículo Sevilha e Nerano, feitas por sua controladora SÉ nas datas em que deviam ser efetuados os pagamentos aos acionistas Rodolfo e Luiz e as incorporações nos dias 31/03/2008 e 30/04/2010, respectivamente, pela controlada Barcelona.

O curto espaço de tempo em que as operações foram realizadas já denotava que elas faziam parte de uma sequência de etapas, encadeadas com as anteriores e a depender das posteriores, visando à busca de um fim determinado, pois nenhum evento externo a coagir ou exercer pressão sobre a fiscalizada ocorreu que justificasse a velocidade com que as operações foram realizadas.

### 2.9.2.1 Inexistências operacionais e administrativas da Sevilha e da Nerano

O art. 981 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC), 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.

...

As empresas Sevilha e Nerano, conforme constam nas DIPJ 2008 e 2010, anos-calendário 2008 e 2010, respectivamente, informaram que não possuíam empregados, e que, além das despesas decorrentes das aquisições societárias, tais como, despesas bancárias de juros, não realizaram despesas operacionais a título de Remuneração a Dirigentes, de Prestação de Serviços por Pessoa Física sem Vínculo Empregatício, de Prestação de Serviços por Pessoa Jurídica, de Aluguéis, etc. As fichas 4A e 5A, onde são informados os custos e despesas incorridas pela empresa, estão praticamente zeradas.

Ora, se estas empresas não remuneraram dirigentes e não possuíram qualquer despesa a título de Prestação de Serviços por Pessoa Física sem Vínculo Empregatício e de Prestação de Serviços por Pessoa Jurídica, quem foi o executor dos serviços para constituição da empresa, dos serviços contábeis, dos serviços bancários, etc.? Como foi possível a contratação desses serviços? Houve prestação de serviço sem remuneração? Os dirigentes trabalharam sem remuneração?

O fato é que as empresas Sevilha e Nerano não possuíam qualquer estrutura operacional e administrativa. Foram utilizadas apenas para servirem de veículos entre a SÉ e os acionistas retirantes da Barcelona: Rodolfo e Luiz, repassando-lhes os recursos financeiros oriundos de sua controladora SÉ.

Como empresas veículos interpostas que eram, serviram, também, para transferir o ágio negociado nas transações de compra e venda para dentro da empresa Barcelona e posterior amortização contábil e tributária do mesmo, e nada mais.

Continua o TVF descrevendo mais dois motivos que levaram à consideração pela "Falta de Propósito Negocial, quais sejam: a) Breve existência formal das incorporadas Sevilha e Nerano, e b) Incorporação às Avestas. Na sequência, o TVF dá continuidade à narrativa:

#### 2.10 DA CONCLUSÃO: INDEDUTIBILIDADE DO ÁGIO

Face às análises efetuadas, conclui-se que os valores amortizados a título de ágio decorrente da incorporação da Sevilha e Nerano pela Barcelona são indedutíveis para fins de cálculo do IRPJ e CSLL.

O fato de que a interposição de duas sociedades com a única finalidade de servir de empresas veículo para registrar os ágios pagos em uma operação, ao invés da utilização da real investidora, e logo em seguida efetuar a incorporação destas empresas veículo pela investida, teve como único intuito promover a redução da carga tributária.

Ou seja, pelo fato desta operação não ter o condão de extinguir a participação societária, haja vista que quando concluído o processo de incorporação das empresas veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permaneceram inalterados na controladora original.

...

A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. Essa análise não há que ser feita para cada negócio isoladamente, mas em relação ao conjunto de negócios encadeados, como um todo.

...

A par de todo o ocorrido, tampouco as participações detidas pela SÉ na Barcelona saíram-lhes das mãos e foram para terceiros. No curto lapso temporal de existência formal das interpostas Sevilha e Nerano, a real investidora permaneceu tendo o efetivo controle econômico e administrativo da Barcelona, vez que conforme o Acordo de Acionistas, elegia a maioria de seus conselheiros e administradores que, conseqüentemente representavam-na perante terceiros (fornecedores, bancos, órgãos públicos, etc.).

É óbvio que o GPA, representado pela SÉ, não tinha interesse em se desfazer de suas participações acionárias, entretanto, seria muito melhor ficar com elas e se aproveitar da possibilidade de amortizar o ágio pago na empresa investida – a Barcelona.

...

Concluindo, no caso presente, pode-se afirmar que as operações realizadas e descritas anteriormente não representaram a extinção de nenhuma participação societária de fato e são ilícitas, uma vez que visaram, exclusivamente, a transferência de ágio pago, em operações artificiais, desprovidas de racionalidade e sem propósitos negociais. Nessas condições, a amortização do ágio é indedutível consoante as normas fiscais vigentes, não fazendo jus ao tratamento fiscal previsto nos artigos 7º da Lei nº 9.532/97, e 386 do RIR/99.

### 3. DOS PROCEDIMENTOS REALIZADOS NA PRESENTE FISCALIZAÇÃO

... A fiscalizada apresentou, em 23/02/2017, demonstrativo que evidencia os valores referentes ao plano de amortização de ágio no ano-calendário de 2013 pela Barcelona, em R\$:

#### SEVILHA

ANO	JANEIRO	FEVEREIRO	MARÇO	ABRIL	MAIO	JUNHO	JULHO	AGOSTO	SETEMBRO	OUTUBRO	NOVEMBRO	DEZEMBRO	TOTAL
2013	1.604.781	1.604.781	1.604.781	1.677.726	1.677.726	1.677.726	1.873.615	1.873.615	1.873.615	2.188.338	2.188.338	2.188.338	21.883.380

#### NERANO

ANO	JANEIRO	FEVEREIRO	MARÇO	ABRIL	MAIO	JUNHO	JULHO	AGOSTO	SETEMBRO	OUTUBRO	NOVEMBRO	DEZEMBRO	TOTAL
2013	2.869.696	2.869.696	2.869.696	2.869.696	2.869.696	2.869.696	2.869.696	2.869.696	2.869.696	2.869.696	2.869.696	2.869.696	34.436.352

#### CONSOLIDADO - SEVILHA E NERANO

ANO	JANEIRO	FEVEREIRO	MARÇO	ABRIL	MAIO	JUNHO	JULHO	AGOSTO	SETEMBRO	OUTUBRO	NOVEMBRO	DEZEMBRO	TOTAL
2013	4.474.477	4.474.477	4.474.477	4.547.422	4.547.422	4.547.422	4.693.311	4.693.311	4.693.311	5.058.034	5.058.034	5.058.034	56.319.732

Compulsando-se o LALUR do ano-calendário de 2013 da Barcelona, e cruzando-se seus dados com o seu Livro Razão, constatei que foram deduzidos os seguintes valores referentes a título de ágio (em Reais):

JANEIRO	ABRIL	JULHO	OUTUBRO
4.474.477,28	17.970.853,72	31.759.008,55	46.203.664,72
FEVEREIRO	MAIO	AGOSTO	NOVEMBRO
8.948.954,56	22.518.275,60	36.452.319,62	51.261.698,75
MARÇO	JUNHO	SETEMBRO	DEZEMBRO
13.423.431,84	27.065.697,48	41.145.630,69	56.319.732,78

### 4. DAS INFRAÇÕES

#### 4.1 DO IRPJ E DA CSLL

Como já mencionado, a legislação tributária veda a dedutibilidade da amortização do ágio enquanto não houver a extinção da participação societária a que o mesmo está ligado. Se não ocorreu a extinção da participação societária, as despesas de amortização do ágio de rentabilidade futura - que nada mais são que a recuperação, ao longo do tempo, da expectativa de receita propiciada por determinado investimento - não podem ser deduzidas do Lucro Líquido do Exercício, visto que o aumento patrimonial causado pelo investimento avaliado pela equivalência patrimonial também não é tributado. No caso presente, face às simulações constatadas, essas despesas não são dedutíveis.

Em resposta ao Termo de Intimação 001, protocolizada em 15/03/2017, a fiscalizada esclareceu que, em razão da adoção dos novos padrões contábeis instituídos pela Lei nº 11.638/07, deixou de amortizar contabilmente o valor de ágio pago na aquisição de participação societária, sem prejuízo, porém, da sua dedução fiscal, em decorrência da adoção dos novos padrões de contabilidade.

Detalhou que, nesse contexto, no ano-calendário de 2013, não procedeu a qualquer amortização de ágio em sua escrituração contábil, tendo, não obstante, realizado a dedução fiscal em conformidade com o RTT e Lei nº 9.532/97, no valor de R\$56.319.732,78.

Em resposta ao TI 005 do Procedimento Fiscal nº 08.1.85.00-2016-00056-0, em que foi solicitada a detalhar os lançamentos que compõem o valor de R\$50.174.601,88 informado nos campos "Ajustes do Regime Tributário de Transição – RTT" da DIPJ AC 2013, das Fichas 09 e 17 da Barcelona, a fiscalizada apresentou a planilha denominada "Composição RTT", a qual evidencia, de forma analítica, os valores que compõem o ajuste líquido de R\$50.174.601,88, formado pela exclusão de R\$56.319.732,78 e pela adição dos valores de R\$4.675.347,26 e R\$1.469.783,64.

Como consequência desta exclusão indevida do RTT, efetuar-se-á a glosa do valor deduzido a título de despesa de amortização de ágio, de R\$56.319.732,78, no AC de 2013, alterando, assim, o valor do Lucro Real da fiscalizada, e o consequente reflexo na base de cálculo da CSSL.

#### 4.2 DA COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DA CSLL

Compulsando os sistemas da SRFB, verifiquei que o saldo de Bases de Cálculo Negativas da CSLL da Barcelona no AC de 2013 era de R\$12.070.148,57. Este valor reflete as alterações efetuadas de ofício por consequência das autuações referentes aos anos-calendário de 2008 a 2012.

Segundo a DIPJ da Barcelona AC de 2013, esta efetuou compensação da base cálculo da CSLL no valor de R\$33.413.418,44. Destarte o valor de R\$21.343.269,87 foi compensado indevidamente.

Sendo assim, esta fiscalização, por dever de ofício, realiza a tributação da CSLL sobre a compensação indevida de R\$21.343.269,87, com aplicação da multa de ofício de 75% prevista no inciso I art. 44 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, que assim dispõe:

...

#### 4.3 DA MULTA QUALIFICADA

Excetuando-se a situação descrita no item 4.2, a intenção das operações realizadas foi, claramente, o aproveitamento do ágio nos resultados da Barcelona, com a dedução dos encargos de amortização desse ágio, através de atos

elaborados em curto espaço de tempo, os quais tiveram a função de distorcer o resultado final que se daria naturalmente caso as partes não engendassem elaborado planejamento.

O que se verificou na prática acima exposta é que o contribuinte, de forma elaborada, buscou uma construção artificial e que teve como intuito único e exclusivo dificultar a análise por parte da fiscalização do real motivo da reorganização societária.

...

Portanto, pode-se concluir que as definições de sonegação e fraude que dão suporte à qualificação da multa implicam ações tendentes a provocar a emissão de um juízo errôneo por parte da autoridade fiscal quando diante da amortização do ágio.

A princípio, ao se deparar com a amortização do ágio, a fiscalização está diante de um valor dedutível por força da previsão legal, já que, tanto o surgimento do ágio quanto a reestruturação societária são aceitos pelo ordenamento.

No entanto, existem circunstâncias que, como visto, permitem a glosa das despesas de amortização do ágio.

Nesse sentido, o contribuinte, ao formalizar seus registros contábeis e societários de forma a dar uma aparência de correção à indedutibilidade das despesas de amortização do ágio e à reestruturação societária sem propósito negocial, pretende induzir a fiscalização a avalizar uma operação que, nessas circunstâncias, é inoponível à Fazenda.

Ao agir desta maneira, portanto, não pode a Barcelona, ou sua sucessora, invocar desconhecimento ou prática de erro escusável: nem quando foram interpostas as empresas Sevilha e Nerano para carrear o ágio, nem quando as empresas veículos foram incorporadas e nem quando ele começou a ser amortizado, pois esses ágios gerados na aquisição dos 100% (cem por cento) da participação societária foram transferidos artificialmente para a investida.

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 das incorporadas como meras "empresas veículo", interpostas, para transferência do ágio para a incorporadora, apenas com o fim almejado de redução do valor tributável do IRPJ e CSLL.

Para permitir a incorporação de pessoas jurídicas e procurar se enquadrar no disposto nos artigos 7º da Lei 9.532/97, e 386 do RIR/99, foram utilizadas a Sevilha e Nerano, sem qualquer outro propósito que não a redução do valor dos tributos devidos. Empresas que, em seu curto período de existência, não incorreram em custos, despesas ou receitas, além daquelas decorrentes do pretenso investimento na Barcelona e seu ágio.

...

#### 4.4 DA MULTA ISOLADA

A Barcelona, no período de 01/01/2013 a 31/12/2013, optou como forma de tributação do lucro e apuração do IRPJ e da CSLL pelo Lucro Real Anual.

Utilizou-se também para o cálculo do Imposto de Renda Mensal por Estimativa e para o cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido por

Estimativa do Balanço ou Balancete de Suspensão ou Redução, previsto nos art. 35 e 57 da Lei n.º 8.981/95, "in verbis":

...

De acordo com a análise efetuada na contabilidade da Barcelona, durante o período de 01/2013 a 12/2013, verificou-se que as despesas de amortização de ágio decorrente das incorporações da Sevilha e Nerano foram contabilizadas mensalmente e influenciaram na apuração do Lucro Líquido de Exercício, todavia, essas despesas não foram adicionadas mensalmente na apuração do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL levantados com base em Balanços ou Balancetes de Suspensão ou Redução.

Compulsando-se o LALUR, e cruzando-se seus dados com o Livro Razão, que foram deduzidos os seguintes valores referentes a título de ágio (em Reais):

JANEIRO	ABRIL	JULHO	OUTUBRO
4.474.477,28	17.970.853,72	31.759.008,55	46.203.664,72
FEVEREIRO	MAIO	AGOSTO	NOVEMBRO
8.948.954,56	22.518.275,60	36.452.319,62	51.261.698,75
MARÇO	JUNHO	SETEMBRO	DEZEMBRO
13.423.431,84	27.065.697,48	41.145.630,69	56.319.732,78

...

Na sequência, o TVF traz os demonstrativos de apuração dos valores devidos de IRPJ e CSLL por estimativa dos meses de 2013, que no caso servem como base de cálculo para aplicação da multa isolada de 50%. A seguir, o TVF dá continuidade à narrativa:

Como consequência, houve uma redução nos cálculos mensais do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido devidos por Estimativa conforme demonstrado nas Planilhas "Cálculo do IRPJ e da CSLL por Estimativa" abaixo.

Estas planilhas apresentam os valores mensais devidos, após a exclusão dos efeitos fiscais do ágio na apuração do Lucro Real (e da Base de Cálculo da CSLL) e aproveitamento dos valores do Imposto de Renda e CSLL retidos na fonte - apurados conforme DIPJ apresentadas pelo contribuinte e confirmados pelas respectivas DCTF.

Como consequência, houve uma redução nos cálculos mensais do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido devidos por Estimativa em todos os meses de 2013.

A falta de recolhimento da estimativa mensal do IRPJ e da estimativa mensal da CSLL constitui conduta ilícita sancionada pelo ordenamento jurídico conforme preceitua o art. 44, inciso II, alínea "b", da Lei n.º 9.430/96, com redação dada pela Lei n.º 11.488/2007, "in verbis":

...

Assim, impende a aplicação da multa isolada, a razão de 50% (cinquenta por cento), em decorrência da falta de recolhimento das estimativas mensais do IRPJ e das estimativas mensais da CSLL nas competências 01/2013 a 12/2013, cujos valores estão abaixo descritos:

ESTIMATIVA NÃO DECLARADA E NÃO RECOLHIDA/AC 2013		
MÊS	IRPJ — não declarado e não recolhido (R\$)	CSLL - não declarada e não recolhida (R\$)
JANEIRO	185.875,48	67.635,17
FEVEREIRO	633.208,98	228.675,23
MARÇO	3.332.494,52	1.282.905,95
ABRIL	1.136.855,47	536.642,53
MAIO	1.252.027,22	620.007,72
JUNHO	3.636.715,28	1.242.797,28
JULHO	1.173.327,78	661.060,68
AGOSTO	2.291.880,88	1.038.910,08
SETEMBRO	2.179.405,46	804.621,72
OUTUBRO	4.147.517,10	1.561.626,95
NOVEMBRO	2.173.309,79	889.224,65
DEZEMBRO	8.293.111,92	3.151.485,86

#### 4.5 DA RETIFICAÇÃO DO LALUR E DO LIVRO DE APURAÇÃO DA CSLL

As infrações aqui mencionadas alteraram os resultados fiscais dos períodos de apuração abrangidos por esta fiscalização acarretando a anulação e/ou diminuição dos Prejuízos Fiscais e das Bases de Cálculo Negativa da CSLL e aumento dos Lucros Reais e das Bases de Cálculo Negativa da CSLL do ano-calendário de 2013.

Em face das infrações tributárias aqui apontadas, fica o contribuinte intimado a empreender as devidas retificações nos Livros de Apuração do Lucro Real - LALUR e nos Livros de Apuração da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido referentes ao ano-calendário de 2013.

....

A ciência da Contribuinte, relativamente aos autos de infração, ocorreu no dia 09/10/2017, conforme consignado no "Termo de Abertura de Documento-Comunicado", anexo às fls. 1795, e no "Termo de Ciência por Abertura de Mensagem-Comunicado, às fls. 1796.

#### Da Impugnação:

Por bem descrever os termos da peça impugnatória, transcreve-se o relatório pertinente na decisão *a quo*:

Em sua peça impugnatória, a Contribuinte se defende da autuação, sendo essas, a seguir, em síntese, as suas razões de defesa:

#### DO MÉRITO

#### II - QUESTÕES INCONTROVERSAS EM RELAÇÃO À OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO QUE RESULTOU NA AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

a) A Impugnante, antes de apresentar, propriamente, a impugnação àquilo que foi sustentado pela D. Fiscalização no Termo de Verificação Fiscal constante do Processo Administrativo nº 16561.720117/2013-11, explicitará os pontos sobre os quais não há qualquer tipo de controvérsia, a seguir elencados:

- a) Aquisição de participação societária entre partes não relacionadas;
- b) Houve efetiva circulação de riquezas com desembolsos de numerário;

- c) Houve observância dos critérios contábeis e fiscais de mensuração do ágio;
- d) Não há qualquer dúvida acerca de que o ágio foi gerado sob o fundamento de rentabilidade futura, conforme certificado em Laudos de Avaliação;
- e) Foram observadas todas as solenidades dos atos societários.

### **III — OBJETO DA CONTROVÉRSIA NO PRESENTE PROCESSO**

b) Nos autos do Processo Administrativo n.º 16561.720117/2013-11, a controvérsia instaurada decorre da manifesta resistência, por parte da D. Fiscalização, na aceitação de que as aquisições do controle acionário foram realizadas diretamente pelas sociedades holdings, Sevilha e Nerano, e não pela sociedade SÉ, considerada pelo D. Fiscal atuante como real adquirente.

c) A Fiscalização, nos autos do Processo Administrativo n.º 16561.720117/2013-11, sustenta que Sevilha e Nerano foram empresas veículo usadas premeditadamente pela SÉ para figurarem como adquirentes do controle acionário da empresa Barcelona, para, posteriormente, depois de cumpridos seus objetivos, participarem de um mecanismo de reorganização empresarial para obtenção de reduções fiscais indevidas, originadas dos eventos de incorporação dos acervos patrimoniais de Sevilha e Nerano.

d) Em face das considerações trazidas do TVF constante do Processo Administrativo n.º 16561.720117/2013-11, fica claro que o ponto central que se coloca em discussão diz respeito à glosa realizada em outro processo 16561.720117/2013-11, no qual se discutia a validade ou não, para fins tributários, das amortizações de ágio decorrentes das aquisições do controle acionário da Barcelona, perpetradas pelas sociedades Sevilha e Nerano.

### **IV — DUPLICIDADE DE GLOSA DE SALDO DE BASE NEGATIVA DE CSLL DE PERÍODOS ANTERIORES**

e) Além da glosa das amortizações de ágio realizadas no ano-calendário de 2013, a Fiscalização procedeu à glosa de parcela da compensação de base negativa de CSLL de períodos anteriores, no valor de R\$ 21.343.269,87, sob a alegação de que em decorrência do lançamento consubstanciado no Processo Administrativo n.º 16561.720117/2013-11, que resultou na recomposição das bases de cálculo dos anos-calendário de 2008 a 2012, a compensação do referido montante se configurou indevida.

f) Neste particular, como mencionado, linhas atrás, por meio do PAF n.º 19515.720309/2017-02, a Impugnante foi compelida ao pagamento de diferença de CSLL apurada em decorrência da glosa de compensação de base negativa de CSLL de períodos anteriores.

g) Como demonstram o Termo de Verificação e o respectivo Auto de Infração (Doc. 02) que instruem o PAF n.º 19515.720309/2017-02, a glosa procedida foi de R\$ 21.343.269,87.

h) Logo, sem dúvida, é evidente que a Fiscalização responsável pelo lançamento tributário ora combatido, acabou por efetuar uma cobrança em duplicidade. Assim sendo, essa parte do lançamento deverá ser julgada totalmente improcedente, com consequente cancelamento das exigências de CSLL e encargos de multa e juros.

### **VI— DIREITO**

## **VI.1 — PRELIMINARMENTE — DA NULIDADE DO LANÇAMENTO: FALTA DE INDICAÇÃO DO CORRETO FUNDAMENTO LEGAL DA AUTUAÇÃO**

i) O Auto de Infração objeto do Processo Administrativo n.º 16561.720117/2013-11 foi lavrado em face da glosa das despesas de amortização de ágio, sob acusação de "despesas não necessárias". Verifica-se, portanto, que o principal fundamento da acusação fiscal é o artigo 299, do RIR/99, invocado pela D. Fiscalização para fundamentar a glosa das amortizações de ágio deduzidas fiscalmente pela Barcelona.

j) No entanto, só se pode cogitar na aplicação do artigo 299, do RIR/99, em relação a situações que não tenham sido objeto de regulamentação legal específica, no que concerne à dedutibilidade.

l) No PAF n.º 16561.720107/2017-17, a nulidade é ainda maior, posto que o Sr. AFRF sequer citou os dispositivos legais constantes nos autos de infração que instruem o PAF n.º 16561.720117/2013-11. O agente fiscal fundamentou apenas a aplicação da multa (arts. 222 e 843 do RIR/99), a alíquota (art. 32, da Lei n.º 9.249/95) e o Regime Tributário de Transição (arts. 15 a 17, da Lei n.º 11.941/2009).

m) Portanto, a D. Fiscalização deixou de apontar o fundamento legal da autuação, haja vista que os dispositivos legais mencionados não se prestam a caracterizar a infração de que é acusada.

n) Ao deixar de apontar o dispositivo legal em que se enquadrariam os fatos narrados (segundo a sua ótica), a D. Fiscalização cerceou o direito de ampla defesa assegurado constitucionalmente aos litigantes no âmbito administrativo de julgamento. Como se defender de uma acusação que não define corretamente qual o dispositivo legal infringido e qual a regra descumprida?

o) A falta de indicação precisa dos dispositivos legais em que se baseiam os Autos de Infração dificulta o exercício do direito de defesa, ensejando a nulidade do lançamento, conforme estabelece o artigo 12 do Decreto n.º 7.574/2011.

p) Vale salientar que tanto a C. Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRFB, quanto o CARF e o então Conselho de Contribuintes, já proferiram acórdãos em que declararam a nulidade de autos de infração em razão da inexistência de capitulação legal precisa (correta e completa).

## **VI.2 - DESNECESSIDADE DE PRONUNCIAMENTO DA NULIDADE APONTADA NO TÓPICO ANTERIOR, EM CASO DE DECISÃO FAVORÁVEL NO MÉRITO**

q) A Impugnante entende que as razões de mérito a serem expostas mais adiante serão totalmente suficientes para que essa D. DRJ verifique a absoluta regularidade dos procedimentos fiscais adotados pela Barcelona, na linha do que, inclusive, já decidiu o CARF.

## **VI.3 - DECADÊNCIA DO DIREITO DO FISCO DE QUESTIONAR O REGISTRO CONTÁBIL DO ÁGIO E CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO**

r) Partindo-se da premissa de que ao IRPJ e à CSLL são aplicáveis a regra de decadência prevista no artigo 150, §42, do CTN, é possível verificar a ocorrência de decadência, tendo em vista que a lavratura dos Autos de Infração objeto do Processo Administrativo n.º 16561.720117/2013-11 se deu em 15/10/2013.

s) As operações que geraram parte do ágio glosado na autuação objeto do Processo Administrativo n.º 16561.720117/2013-11 (operação de aquisição da participação

societária pela Sevilha) foram realizadas em 01/11/2007, sendo que a incorporação da Sevilha ocorreu em 31/07/2008.

t) A partir do 2º Trimestre de 2008 e ao longo dos anos seguintes, a Barcelona nada mais fez que amortizar, como lhe assegura a legislação, o ágio para fins de apuração do IRPJ. Ora, passados tantos anos da geração e registro contábil do ágio, da efetiva incorporação e do início do exercício do direito à amortização, como poderia a D. Fiscalização questionar a legitimidade dos atos somente em outubro de 2013?

u) Por conta disso, é indubitável que decaiu o direito da Receita Federal do Brasil glosar as amortizações do ágio, em decorrência do transcurso do prazo de cinco anos verificado entre o lançamento tributário objeto do Processo Administrativo n.º 16561.720117/2013-11 e a data de formação/registo do ágio questionado, ou mesmo da incorporação da Sevilha e da primeira amortização (2º Trimestre de 2008), já que é neste momento que se materializa o evento, que, por força da legislação específica, tem seus efeitos diferidos no tempo. Sendo assim, a D. Fiscalização não poderia ter glosado a dedução fiscal do ágio, uma vez que o prazo decadencial teria se encerrado, na melhor das hipóteses, em 30/06/2013 (encerramento do 2º Trimestre de 2008 — primeira amortização).

v) Consequentemente, ao menos parte do crédito tributário constituído está extinta pela decadência, conforme, inclusive, já reconhecido pelo antigo Conselho de Contribuintes. *Transcreve partes da Ementa e do Voto do 1º CC, 7ª C, Ac. 107-08.306, Conselheiro Relator Luiz Martins Valero, julg. em 20/10/2005.*

x) Como se infere, as Autoridades Fiscais estão impedidas de examinar fatos ocorridos no passado, atingidos pela decadência, ainda que seus efeitos continuem repercutindo no presente. Isto porque o procedimento fiscal equivaleria a efetuar um lançamento de ofício em relação ao período passado.

z) Se decaiu o direito de glosar o ágio, também está decaído o direito de glosar as despesas de suas amortizações, conforme se infere do Acórdão n.º 107-06.061. *Transcreve Ementa e trechos do Voto do Acórdão citado.*

a.1) Importante observar que em todos os períodos de apuração apontados nos Autos de Infração objeto do Processo Administrativo n.º 16561.720117/2013-11 houve efetivo pagamento de IRPJ e CSLL, o que se verifica através dos DARF's e PER/DCOMP's (documentos juntados nos autos do Processo Administrativo n.º 16561.720117/2013-11) e DIPJ's transmitidas à RFB (fls. 1075 a 1279 dos autos do Processo Administrativo n.º 16561.720117/2013-11), as quais evidenciam as retenções na fonte que, conforme sedimentada jurisprudência da CSRF, equivale ao pagamento antecipado, determinando a aplicação da regra decadencial disposta no artigo 150, §42, do CTN. Nestes termos, a Impugnante requer, em preliminar de mérito, que o Auto de Infração ora impugnado seja parcialmente cancelado, em face da extinção do crédito tributário objeto do Processo Administrativo n.º 16561.720117/2013-11 pela decadência, conforme artigo 156, inciso V, do CTN.

## **VI.4 — MÉRITO**

### **VI.4.1 — CONTEXTO DA AQUISIÇÃO**

b.1) No final de outubro de 2007, o Grupo Pão de Açúcar - GPA, do qual a Barcelona e a Impugnante são integrantes, atravessava um momento de desempenho ruim, refletido diretamente na precificação de suas ações na bolsa de valores, devido ao fraco crescimento e baixa rentabilidade apresentada. À época, o GPA mantinha-se como o único

dentre as três grandes redes de varejo alimentício que não possuía nenhuma participação no segmento denominado atacarejo, fazendo com que perdesse importante fatia de mercado para seus concorrentes. Nesse contexto, nasceu o interesse de GPA em adquirir a rede Assai, sendo certo que, antes mesmo do anúncio de conclusão das negociações, surgiram rumores no mercado a respeito de tal operação de aquisição, conforme se verifica das matérias jornalísticas abaixo. Na sequência, colaciona notícia jornalística sobre a operação de aquisição.

c.1) Diante dos rumores no mercado, no próprio dia 01/11/2007, o GPA, representado pela Companhia Brasileira de Distribuição - CBD, empresa que consolida as informações do grupo, informou ao mercado, por meio de Fato Relevante (Doc. 06), estar em negociações com vistas a uma possível associação. No dia 02/11/2007, a CBD emitiu novo Fato Relevante (Doc. 07), agora, para informar ao mercado ter concluído a associação, por meio da Sevilha, sociedade controlada indireta (controlada direta de SÉ). Nessa ocasião, a operação foi devidamente esclarecida, conforme se depreende dos trechos a seguir transcritos. *Traz trechos de Comunicações ao Mercado - Fato Relevante.*

d.1) A Impugnante continua citando as operações societárias realizadas e as notícias veiculadas na imprensa, para concluir que: "...de tudo quanto foi exposto, não restam dúvidas de que a aquisição do controle acionário da Barcelona foi (i) real, (ii) condizente com a vontade de cada uma das partes envolvidas, (iii) fundamentada à luz do ordenamento jurídico vigente à época de cada etapa da operação, (iv) precedida de efetivos pagamentos em espécie (milhões de Reais) aos ex-controladores, (v) conduzida entre partes não relacionadas que estiveram na mesa de negociação para discussão das condições do negócio, e (vi) concluída com a mais absoluta transparência e comunicação ao mercado a aos órgãos regulatórios.

#### **VI.4.2 — UTILIZAÇÃO DE HOLDINGS: OPÇÃO LEGAL**

e.1) Não se pode olvidar que a escolha da melhor forma de se implementar determinado investimento cabe única e exclusivamente ao próprio investidor, de modo que qualquer forma de ingerência da D. Fiscalização a esse respeito constitui total e indiscutível arbitrariedade, o que não se pode permitir. Nesse sentido, já se manifestou o antigo Conselho de Contribuintes, em inúmeras oportunidades, e, mais recentemente, o CARF.

f.1) O §3º do artigo 2º da Lei nº 6.404/76, que autoriza a criação de sociedades *holdings* no Brasil, prevê, expressamente, que estas podem ser utilizadas como forma de aproveitamento de benefícios fiscais. *Transcreve a citada legislação.*

g.1) Tanto a criação de sociedade holding para fins de figurar como veículo de aquisição ("*sociedades veículo de aquisição*") de participação societária é aceita pela legislação pátria, que foi o modelo jurídico adotado maciçamente durante os processos de privatização ocorridos, principalmente, no final da década de 90. O próprio Governo se vale de sociedades dessa natureza para gestão de suas atividades na iniciativa privada. *Traz citações doutrinárias que embasam sua colocação.*

#### **VI.4.3— OS PAPÉIS EFETIVAMENTE DESEMPENHADOS POR SEVILHA E NERANO**

h.1) Em conexão com o tópico anterior, a Impugnante reitera que as *holdings*, Sevilha e Nerano, sem dúvidas, exerceram os papéis de sociedades veículo de aquisição do seu controle acionário.

i.1) No entanto, é absolutamente imprópria a alegação de falta de propósito negocial e de *racionalidade econômica* nas operações que envolveram a aquisição do controle

acionário da Barcelona, uma vez que tal aquisição se mostrou absolutamente (i) real, (ii) condizente com a vontade de cada uma das partes envolvidas, (iii) fundamentada à luz do ordenamento jurídico vigente à época de cada etapa da operação, (iv) precedida de efetivos pagamentos em espécie (milhões de Reais) aos ex-controladores, (v) conduzida entre partes não relacionadas que estiveram na mesa de negociação para discussão das condições do negócio, e (vi) concluída com a mais absoluta transparência e comunicação ao mercado, por meio dos Fatos Relevantes datados de 02/11/2007 e 10/07/2009 e Comunicado ao Mercado datado de 05/11/2007 (documentos já mencionados).

j.1) O fato de terem tido seu capital social integralizado às vésperas das operações de aquisição nada significa além de uma decisão estratégica de negócios. Afinal, no mundo dos negócios, sobretudo nos grandes conglomerados corporativos que usam o expediente do caixa centralizado, a administração financeira é voltada para a gestão do caixa de modo a preservar e gerar maior rentabilidade do capital no tempo. Desta maneira, a integralização de capital de Sevilha e Nerano dependia da evolução das negociações, que precisavam ser firmes e irretroatáveis entre as partes. Antes disto, enquanto só havia a expectativa de que as partes poderiam chegar a um consenso, não era justificável, sob o ponto de vista financeiro, manter sociedades *holdings* com caixa represado à espera de oportunidades de negócios.

l.1) Não é relevante para a análise do propósito negociado e da substância econômica o fato de Sevilha e Nerano terem sido financiadas com recursos da sócia SÉ Supermercados, mediante subscrição e integralização de aumento de capital social. Não custa repetir, o propósito negociado está na aquisição da participação societária e não propriamente na integralização de capital realizada pela SÉ Supermercados, como forma de gerar liquidez para que Sevilha e Nerano efetuassem os pagamentos em nome próprio. Logo, a mera constatação de que os recursos utilizados pela Sevilha e Nerano na aquisição do controle acionário da Barcelona vieram da sócia SÉ Supermercados não é suficiente para sustentar a alegação de que as aquisições são resultantes de uma simulação.

m.1) Imaginem se a aquisição tivesse sido financiada com recursos de terceiros, providos por uma instituição financeira. Neste caso, seria possível considerar como real adquirente a instituição financeira financiadora dos recursos? Por uma razão óbvia, não, pois há que prevalecer, dentre outros, o instituto da personalidade jurídica que confere autonomia patrimonial a direitos e obrigações contraídos por uma sociedade, ainda que se origem de relações praticadas entre sociedades integrantes de um mesmo grupo econômico.

n.1) As palavras de José Luiz Bulhões Pedreira e Alfredo Lamy Filho, notórios conhecedores da legislação tributária, societária e das práticas contábeis, corroboram que a subscrição em aumento de capital social de Sevilha e Nerano, feita pela SÉ Supermercados com recursos em espécie, não é sinal de prática de nenhum ato ilícito. Pelo contrário, é uma exteriorização de que agiu legitimamente no interesse dos acionistas do grupo ao qual pertence.

o.1) A despeito do efeito prático-contábil ser idêntico no final do dia, a distinção jurídica entre uma sociedade veículo de aquisição e uma sociedade veículo de transferência de ágio é gritante. Para exemplificar, basta registrar que uma característica da sociedade veículo para transferência de ágio é ausência de participação direta no processo de aquisição da participação societária. Esse tipo de sociedade, à medida que não atua como parte no processo de aquisição, não assume compromisso contratual de efetuar o pagamento das contraprestações do preço de aquisição da participação societária. E isto, com frequência ocorre porque essas sociedades surgem depois que há o encerramento do processo de aquisição da

participação societária, já num contexto de reorganização societária, almejando a dedução fiscal de ágio anteriormente pago, em consonância com os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/07.

p.1) Seja como for, é fato que mesmo nessas circunstâncias algumas Turmas da 1ª Seção do E. CARF tem se manifestado favoravelmente ao direito de amortização do ágio, quando este é resultante de um processo legítimo, real, verdadeiro de aquisição de participação societária, havido entre partes não relacionadas, em total comutatividade, e precedido de efetivo pagamento, com mais razão deve ser admitida a reorganização societária indicada nos autos.

q.1) Nos autos do Processo Administrativo nº 16561.720117/2013-11, foi exatamente o que restou decidido pelo Eg. CARF. *Transcreve trechos do citado Acórdão do CARF.*

r.1) Neste ponto, deve ser mencionado que sequer havia em favor de SÉ Supermercados, de Sevilha ou de qualquer outra entidade do GPA, garantia na negociação para aquisição do controle acionário da Barcelona. Naturalmente, o que havia e geralmente há em toda e qualquer negociação de Merger and Aquisition ("M&A"), era a garantia de confidencialidade, sem efeito vinculante do negócio.

s.1) Esta constatação demonstra ser forçosa e frágil a alegação de que SÉ Supermercados sempre objetivou deter o controle acionário direto da Barcelona. Tal não é verdadeira, já que sequer existia garantia de que o negócio ocorreria. Logo, desde que as condições do negócio fossem acertadas entre as partes, as aquisições estavam livres para serem realizadas por qualquer sociedade integrante do GPA (i.e., CBD, SÉ, Sevilha, Nerano, etc.).

t.1) No caso em análise, decidiu a Administração do GPA, e tal fato restou esclarecido no decorrer do procedimento de fiscalização, que o papel de sociedades veículo de aquisição do controle acionário da Barcelona fosse desempenhado pelas sociedades Sevilha e Nerano, tendo cada qual a missão de participar nas etapas: de aquisição de 60% das ações com direito a voto (controle acionário), por meio de Sevilha, em 01/11/2007; e de aquisição de 40% das ações com e sem direito a voto (ações dos minoritários), consolidando, por meio de Nerano, em 25/09/2009, a titularidade de 100% das ações ordinárias e preferenciais da Barcelona pelo GPA.

u.1) A decisão tomada pela Administração de GPA teve motivação em questões estratégicas e operacionais do negócio adquirido. Como mencionado na resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 10, nos autos do Processo Administrativo nº 16561.720117/2013-11 (fls. 70 a 75), e que ora se reitera, a Barcelona mantinha - e ainda mantém - como atividade preponderante, o comércio atacadista e varejista de alimentos (chamado de atacarejo ou *cash & carry*), enquanto a SÉ Supermercados e as demais empresas do GPA centralizam suas atividades no comércio varejista de alimentos ("varejo").

v.1) Em suma, pelas inúmeras razões operacionais, econômicas e pelas motivações particulares dos ex-acionistas controladores, ao contrário do que tenta induzir a D. Fiscalização, não era viável a aquisição do controle acionário da Barcelona diretamente pela SÉ Supermercados. Por tais razões é que, então, Sevilha e Nerano, cumpriram o papel de reais adquirentes.

x.1) A Impugnante destaca, abaixo, como forma de melhor ilustrar as razões econômicas, não tributárias, para a realização da operação do modo como realizado, sem a incorporação da Barcelona pela SÉ Supermercados, o que foi integralmente acolhido pelo Eg. CARF. *Transcreve quadro constando diferenças entre Varejo x Atacarejo.*

z.1) Na sequência, a Impugnante apresenta fundamentos para concluir que não se sustentam as afirmações genéricas que a D. Fiscalização se utiliza para chegar à conclusão de que as operações de aquisição do controle acionário da Barcelona, feitas por Sevilha e Nerano, foram simuladas.

a.2) Há que se ponderar que SÉ, Sevilha e Nerano integravam o GPA, cuja principal sociedade é a CBD. Sob este viés, se levada a "ferro e fogo" a argumentação fiscal, por dedução lógica, nem mesmo a SÉ Supermercados poderia ser rotulada como real adquirente do controle da Barcelona, haja vista que parte relevante dos recursos necessários para o financiamento de sua atividade é, naturalmente, provida pela controladora CBD, a qual, como já mencionado, é a principal sociedade do GPA e responsável pela centralização do caixa corporativo. Ou seja, sob esse prisma, SÉ Supermercados também seria uma sociedade veículo sem propósito negocial.

b.2) Isto é mais uma evidência que prova que os indícios trazidos pela D. Fiscalização, nos autos do Processo Administrativo n.º 16561.720117/2013-11, na tentativa de demonstrar a caracterização de simulação, não passam de argumentos retóricos, trabalhados a partir de um ponto de vista de "propósito negociai" e de "substância econômica" que privilegiam a conveniência fiscal, em detrimento de institutos jurídicos positivados no ordenamento brasileiro.

c.2) Não é difícil diagnosticar na leitura do TVF que o frágil argumento de ocorrência de simulação não passa de um estratagema lançado pela D. Fiscalização para, em última análise, manifestar sua indignação quanto aos efeitos fiscais que, naturalmente, se originam da legislação tributária, em especial: das disposições dos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/97, consolidados no artigo 386 do RIR/99, que autorizam a dedutibilidade do ágio pago na aquisição de participação societária quando há junção do patrimônio da controlada (investida) com o da controladora (investidora) e vice versa.

d.2) Trata-se, inequivocamente, de uma estratégia adotada pela fiscalização. É dizer, sem a alegação de simulação, são inócuas todas as demais considerações a respeito dos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/97. Por isso que, em face das inúmeras evidências apresentadas pela Impugnante, admitida a inoccorrência de simulação, automaticamente, caem por terra todo o arrazoado exposto no TVF constante dos autos do Processo Administrativo n.º 16561.720117/2013-11.

#### **VI.4.4— AS INCORPORAÇÕES DE SEVILHA E NERANO**

e.2) A D. Fiscalização, nos autos do Processo Administrativo n.º 16561.720117/2013- 11, apontou como artificial as operações de incorporações realizadas, em que as sociedades controladoras foram incorporadas pela sociedade controlada, sustentando que "*num grupo societário em que uma pessoa jurídica controle outra, caso haja necessidade de reunir ambas num único empreendimento, o caminho que a experiência aponta como natural é a controladora incorporar sua controlada e não o inverso (incorporação às avessas)*" e que não havia "*qualquer razão específica sustentável, a não ser o desejo de dedutibilidade das despesas de amortização de ágio, para a ocorrência da referida incorporação às avessas*" (TVF constante nos autos do Processo Administrativo n.º 16561.720117/2013-11 — item 9.2.3).

f.2) Inicialmente vale destacar que a chamada incorporação invertida (também tratada como "*reversa*" ou "*às avessas*") está prevista expressamente na legislação (artigo 8º da Lei n.º 9.532/97). Dessa forma, por contrariar o espírito da lei, é imprópria qualquer alegação de abuso de direito ou estranheza na utilização do instituto da incorporação às avessas.

Ademais, se a lei não fixa condição outra que não a incorporação entre investida e investidora, ou vice-versa, não cabe ao seu intérprete querer fazê-la ou limitá-la ao seu exclusivo talante.

g.2) Importante destacar, neste contexto, que a Medida Provisória n.º 627, de 11 de novembro de 2013, no seu artigo 23, de forma expressa, manteve a autorização que faculta a realização de incorporação reversa, com a preservação dos mesmos efeitos de dedutibilidade do ágio verificados na incorporação de controlada por controladora, o que revela que não há qualquer intenção do legislador em vedar tal procedimento.

h.2) No caso conexo ao presente, o CARF concluiu que "o uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si só, não invalida as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida, estando diretamente vinculadas ideologicamente a um propósito negociai. Verificadas as condições legais, especialmente a confusão patrimonial entre investidora e investida, deve ser admitida a amortização fiscal do ágio" (Acórdão n.º 1201-001.554, já mencionado — Doc. 03). Destaque-se, ainda, que a incorporação às avessas já foi reconhecida pelo CARF e também pelo antigo Conselho de Contribuintes como uma operação natural, confira-se. *Colaciona trechos de Acórdãos do CC/CARF.*

i.2) Ora, além da previsão legal mencionada, é certo que no caso ora analisado, o mais lógico, natural e adequado à realidade fática do caso seria, justamente, a incorporação da Sevilha e da Nerano pela Barcelona, haja vista que esta última é a empresa operacional com inúmeras filiais.

j.2) Diga-se, adicionalmente, que, sob a perspectiva lógica da ciência das finanças, é natural, em qualquer operação de aquisição de participação societária realizada entre partes independentes e com total publicidade ao mercado, a pressão exercida pelos acionistas controladores e minoritários para ter à sua disposição o produto da recuperação/retorno do investimento realizado — o que, no caso, só se alcançaria mediante a incorporação dos acervos de Sevilha e Nerano pela Barcelona.

l.2) Não se furta a Impugnante da afirmação de que a incorporação de Sevilha e Nerano justificou-se, sim, pela faculdade da legislação fiscal, e diríamos até obrigatoriedade — sob a perspectiva da boa gestão empresarial — de utilização do benefício fiscal instituído pelos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/97 (de amortização fiscal, pelo período mínimo de 5 anos, do ágio incorrido nas aquisições da Barcelona, fundamentado em expectativa de rentabilidade futura), cuja condição é exatamente a incorporação da pessoa jurídica detentora do ágio fundamentado em rentabilidade futura, pela pessoa jurídica que efetivamente gera a referida rentabilidade futura, ou vice-versa.

m.2) A Impugnante prossegue ressaltando que a matéria em voga já foi objeto de diversos julgamentos no âmbito do CARF, que se pronunciou exatamente no sentido de que os artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/97 foram instituídos sob o pressuposto de facultar a utilização de um benefício de ordem tributária, mediante amortização do ágio efetivamente pago, tendo, para tanto, estabelecido como condição para sua fruição, a necessidade de junção, por incorporação, do acervo patrimonial líquido da investida com o da investidora, ou vice-versa.

#### **VI.4.5 — DUPLICIDADE DE GLOSA DE SALDO DE BASE NEGATIVA DE CSLL DE PERÍODOS ANTERIORES**

n.2) No Auto de Infração lavrado para cobrança das supostas diferenças de CSLL, além da glosa das amortizações de ágio realizadas no ano-calendário de 2013, a D. Fiscalização procedeu à glosa de parcela da compensação de base negativa de CSLL de períodos

anteriores, no valor de R\$ 21.343.269,87, sob a alegação de que em decorrência do lançamento consubstanciado no Processo Administrativo n.º 16561.720117/2013-11, que resultou na recomposição das bases de cálculo dos anos-calendário de 2008 a 2012, a compensação do referido montante se configurou indevida.

o.2) Com o devido respeito, a Impugnante não pode concordar com a exação fiscal, pois, como já outro mencionado, já foi compelida ao pagamento de igual diferença de CSLL quando da lavratura do Auto de Infração que deu origem ao PAF n.º 19515.720309/2017-02, tal como evidenciam o Termo de Verificação e o respectivo Auto de Infração (Doc. 02).

p.2) Para que não reste dúvida, a Impugnante elaborou e ora reproduz quadro comparativo do valor de CSLL apurada (vide coluna "Ficha 17 — DIPJ" do quadro) conforme informações reportadas na Ficha 17 "Cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido" da DIPJ do ano-calendário 2013 (Doc. 16), e o valor que seria devido (vide coluna "Ficha 17 - DIPJ (Recomposta)") caso as matérias discutidas neste processo e no PAF n.º 19515.720309/2017-02 tivessem sido objeto de lançamento único:

	<b>Ficha 17 - DIPJ</b>	<b>Ficha 17 - DIPJ (Recomposta)</b>
<b>Lucro Líquido após RTT</b>	<b>103.014.307,72</b>	<b>103.014.307,72</b>
(+) Adições	8.435.739,95	8.435.739,95
(+) Glosa de Amortização Ágio	-	56.319.732,78
(-) Exclusões	71.986,22	71.986,22
<b>Lucro Real</b>	<b>111.378.061,45</b>	<b>167.697.794,23</b>
(-) Compensação Prejuízo Fiscal	(33.413.418,44)	(12.070.148,57)
<b>Lucro Real após Compensação P. Fiscal</b>	<b>77.964.643,01</b>	<b>155.627.645,66</b>
<b>CSLL Devida</b>	<b>7.016.817,87</b>	<b>14.006.488,11</b>
CSLL Recolhida	(7.016.817,87)	(7.016.817,87)
<b>Diferença de CSLL (sujeita lançamento)</b>	<b>-</b>	<b>6.989.670,24</b>

q.2) Como se verifica, se a glosa das amortizações de ágio e da parcela da base negativa de CSLL de períodos anteriores, compensada indevidamente, tivesse ocorrido através de lançamento tributário único, o valor da diferença de CSLL sujeita à cobrança seria de R\$ 6.989.670,24, valor bem inferior à somatória dos valores cobrados (vide coluna "Consolidado") nesse processo (vide coluna "AI CSLL (PA n.º 2017-17)") e no PAF n.º 19515.720309/2017-02 (vide coluna "AI CSLL (PA n.º 2017-02)"), do quadro abaixo:

	AI CSLL (PA nº 2017-02)	AI CSLL (PA nº 2017-17)	Consolidado
<b>Lucro Líquido após RTT</b>	-	-	-
(+) Adições	-	21.343.269,87	21.343.269,87
(+) Glosa de Amortização Ágio	-	56.319.732,78	56.319.732,78
(-) Exclusões	-	-	-
<b>Lucro Real</b>	-	<b>77.663.002,65</b>	<b>77.663.002,65</b>
(-) Compensação Prejuízo Fiscal	21.343.269,87	-	21.343.269,87
<b>Lucro Real após Compensação P. Fiscal</b>	<b>21.343.269,87</b>	<b>77.663.002,65</b>	<b>99.006.272,52</b>
<b>CSLL Devida</b>	<b>1.920.894,29</b>	<b>6.989.670,24</b>	<b>8.910.564,53</b>
CSLL Recolhida	-	-	-
<b>Diferença de CSLL (sujeita lançamento)</b>	<b>1.920.894,29</b>	<b>6.989.670,24</b>	<b>8.910.564,53</b>

r.2) 151.De se destacar que, não por coincidência, a diferença entre a somatória dos valores cobrados nos referidos processos (ou seja, R\$ 8.910.564,53) e o valor que seria apurado se tivesse ocorrido um lançamento só abrangendo as duas matérias (R\$ 6.989.670,24), é exatamente igual (R\$ 1.920.894,29) ao valor que fora outrora cobrado da Impugnante no PA nº 19515.720309/2017-02.

s.2) Logo, sem dúvida, é evidente que a D. Fiscalização responsável pelo lançamento tributário ora combatido, acabou por efetuar uma cobrança em duplicidade. Assim sendo, essa parte do lançamento deverá ser julgada totalmente improcedente, com consequente cancelamento das exigências de CSLL e encargos de multa e juros.

## **VI.5 — IMPROCEDÊNCIA DA MULTA PERPETRADA**

### **VI.5.1— INAPLICABILIDADE DE PENALIDADE - MULTA DE OFÍCIO**

t.2) O lançamento impugnando aplicou multa de ofício em percentual de 150% sobre diferença de tributos apurada, em decorrência da glosa de amortizações de ágio, por supostamente terem sido "artificiais" as operações cujas "finalidades eram de somente se obter, ao término de todas as etapas, a redução indevida do pagamento de tributos em função da amortização de um ágio" (TVF constate dos autos do Processo Administrativo nº 16561.720117/2013-11).

u.2) Vale destacar, novamente, que as alterações societárias que ensejaram a constituição e amortização do ágio foram procedidas em 2010, 2011 e 2012, período em que a jurisprudência administrativa considerava válidos os planejamentos que não implicassem ilicitude, sob a influência da doutrina de Alberto Xavier. Alguns precedentes recentes, inclusive, adotam o entendimento de que "*em direito tributário não existe o menor problema em a pessoa agir para reduzir sua carga tributária, desde que atue por meios lícitos (elisão)*".

v.2) A orientação jurisprudencial desperta confiança legítima nos contribuintes, que adotam práticas com base nas decisões proferidas pelos órgãos de julgamento, agindo com boa-fé objetiva, que deve ser observada pelos julgadores, de modo a não ser mantida a penalidade aplicada.

x.2) O órgão administrativo de julgamento no âmbito de tributos federais tem enfrentado a questão da boa-fé, tendo chegado a afastar a aplicação de multa de ofício, ou de

reduzi-la, com base no instituto penal do "erro de proibição", em razão da nova orientação adotada naquela instância de julgamento.

z.2) O Professor Marco Aurélio Greco sustenta que nesses casos deveria ser afastada a multa de ofício, com base no artigo 112, inciso I, do Código Tributário Nacional. Conclui no sentido de que...*Traz excerto da doutrina.*

a.3) Nesse sentido, já se posicionou o CARF, que cancelou a multa de ofício aplicada, em razão de o contribuinte ter agido em conformidade com o entendimento firmado pela instância administrativa de julgamento. Assim, exatamente pelas mesmas razões, deve ser cancelada a multa aplicada no caso dos presentes autos, tendo em vista que a Impugnante agiu em conformidade com a orientação jurisprudencial firmada anteriormente, razão pela qual não pode sofrer qualquer punição.

## VI.5.2 — INAPLICABILIDADE DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA

b.3) De início, é totalmente descabida a qualificação da multa porque, tal qual exaustivamente demonstrado pela Recorrente nos tópicos anteriores, não houve (e nunca ocorreu) simulação em suas operações societárias.

c.3) Ademais, conforme estabelecido pelos artigos 71 a 73 da Lei n.º 4.502/64, verbis, para a aplicação da multa qualificada, é necessário comprovar o evidente intuito de sonegação ou de fraude, a partir de ação ou omissão dolosa, o que efetivamente não foi realizado pela D. Fiscalização.

d.3) A conclusão da r. decisão recorrida, de que o simples fato de terem sido utilizadas empresas veículo revelaria o dolo de simular, com o objetivo de reduzir o IRPJ e a CSLL, com todo o respeito, se mostra absurda e despropositada. A respeito da inaplicabilidade de multa qualificada, transcreve-se abaixo os ensinamentos de Marco Aurélio Greco. *Transcreve trecho da doutrina do autor citado.*

e.3) O CARF reiteradamente vem decidindo que a multa qualificada não pode subsistir quando não ficar comprovado o intuito de fraude, como se observa da transcrição abaixo... *Transcreve excertos dos Acórdãos n.º 1302-00.834, sessão de 14/03/2012, e n.º 1402-00.802, sessão de 21/10/2011.*

f.3) Se o pressuposto para aplicação da multa qualificada é a existência de intenção (dolo) em fraudar, tal dispositivo jamais poderia ser aplicado àquele que cometeu um erro de interpretação, ou seja, não se pode aplicar a multa agravada àqueles que não tenham burlado conscientemente a norma tributária.

g.3) Percebe-se, assim, que a Recorrente, através desses documentos e de outros destacados anteriormente, sempre trouxe publicidade na sua operação de reestruturação societária, amplamente noticiada pela Imprensa. Ora, I. Conselheiros, a sonegação importa necessariamente em práticas de encobrir o fato realizado! Assim, pergunta-se: quem traz publicidade aos seus atos pratica ato doloso e engana o Fisco?

h.3) Ademais, o próprio CARF tem decidido, de forma sistemática, em questões envolvendo planejamento tributário, no sentido de que se o contribuinte não agiu vislumbrando enganar o fisco, mas sim determinou seus atos observando dispositivos legais, não há que se falar na aplicação da multa de 150%, pois a conduta carece de requisito essencial para subsumir-se à sanção disposta no § 12 do artigo 44 da Lei n.º 9.430/96, senão vejamos...*Traz excertos de Acórdãos do CARF.*

i.3) Com base em tais decisões, as D. DRJs também vêm entendendo que a multa qualificada deve ser reduzida nos casos em que a Fiscalização não comprova de forma cabal a ocorrência da fraude, como se vê nos casos abaixo. *Traz excertos de Acórdãos da DRJ.*

j.3) Portanto, ainda que pudesse ser mantida a multa de ofício, pelo acima exposto, a penalidade teria que ser desqualificada, haja vista a inexistência de dolo, que não pode ser presumido.

#### **VI.5.3 — IMPROCEDÊNCIA DE APLICAÇÃO DE MULTA ISOLADA CONCOMITANTEMENTE COM MULTA DE OFÍCIO E EM VALOR SUPERIOR AO VALOR APURADO APÓS O ENCERRAMENTO DO EXERCÍCIO**

l.3) Ocorre que não podem ser concomitantemente exigidas (i) a multa de ofício calculada sobre os valores apurados a título de IRPJ e CSLL, em razão da glosa das amortizações de ágio, e (ii) a multa isolada sobre antecipações dos tributos, haja vista que tal medida caracteriza dupla (e inadmissível) imposição de pena ao mesmo fato.

m.3) A multa punitiva, prevista no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, absorve a imposição da multa isolada. Nesse sentido é que a cumulatividade de multas (de ofício e isolada) impostas sobre falta de recolhimento por estimativa de IRPJ e CSLL, vem sendo rechaçada pela CSRF, consoante se verifica das recentes decisões, cujas ementas transcreve a seguir...*Transcreve trechos de Acórdãos da CSRF.*

n.3) Vale observar, ainda, que a multa isolada, mesmo que pudesse ser aplicada de forma concomitante com a multa de ofício, jamais poderia ser aplicada após o encerramento do exercício e em valor superior ao quantum apurado no encerramento do período, conforme decidido reiteradas vezes pela 1ª Turma da CSRF, o que se observa das ementas abaixo... *Transcreve trechos de Acórdãos da CSRF.*

o.3) Pelo exposto, a multa isolada deve ser cancelada por ter sido aplicada concomitante com a multa de ofício e, ainda que fosse devida, não poderia ultrapassar o valor apurado após o encerramento do exercício.

#### **VI.5.4 — IMPROCEDÊNCIA DE APLICAÇÃO DE MULTA ISOLADA SOBRE AS ESTIMATIVAS DE DEZEMBRO**

p.3) Considerando que a decisão da D. DRJ, a qual acolheu parcialmente os argumentos trazidos pela ora Recorrente quanto ao PAF nº 16561.720117/2013-11, se tornou definitiva quanto ao cancelamento da exigência da multa isolada sobre as diferenças de recolhimentos referentes aos meses de dezembro dos anos-calendário de 2009 e 2012, tal entendimento também deveria ter sido observado pela D. Fiscalização quando da lavratura dos presentes Autos de Infração. Assim, deve ser afastada a exigência de multa isolada sobre os recolhimentos definitivos de IRPJ e CSLL referentes ao mês de dezembro do ano-calendário de 2013, conforme quadro abaixo:

<b>Descrição</b>	<b>dez/13</b>
<b>Multa Isolada - IRPJ</b>	4.146.555,96
<b>Multa Isolada - CSLL</b>	1.575.742,93
<b>Total</b>	<b>5.722.298,89</b>

q.3) Estando a Impugnante sujeita à apuração do IRPJ e da CSLL, na modalidade do Lucro Real Anual, e tendo tempestivamente optado pela determinação das bases de cálculos dos recolhimentos mensais com base no balanço de suspensão ou redução, o valor

dos tributos apurados no mês de dezembro são definitivos, ou seja, não são considerados antecipações, e, portanto, não cabe o lançamento da multa isolada. Não se pode aceitar a cobrança de multa isolada sobre o valor definitivo dos tributos devidos no mês de dezembro, não somente porque haveria uma flagrante concomitância de imposição legal, mas porque se trata de recolhimento definitivo e não estimativa mensal, entendimento esse, inclusive, já demonstrado pelas autoridades julgadoras.

#### **VI.5.5 — ERRO DE APURAÇÃO NA BASE DE CÁLCULO DA ESTIMATIVA MENSAL E CONSEQUENTE QUANTIFICAÇÃO EQUIVOCADA DA MULTA ISOLADA**

r.3) A D. Fiscalização cometeu grande equívoco ao recompor as estimativas mensais das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL para apuração dos valores de multa isolada, visto que não foram considerados os valores quitados a título de IRPJ e CSLL, declarados na DIPJ 2014 (2013) e nas respectivas DCTF's entregues à RFB pela Impugnante, as quais estavam disponíveis para análise, a saber... *Apresenta tabelas de apuração de IRPJ e CSLL dos meses de março a dezembro de 2013.*

s.3) Nesse sentido, os valores das multas isoladas exigidos pela D. Fiscalização para fins de IRPJ (relativos aos meses de março, maio, junho, agosto e setembro) e de CSLL (relativos aos meses de março a dezembro) foram indevida e injustificadamente majorados. Como se vê, ao deixar de computar as antecipações de IRPJ e CSLL declaradas e quitadas pela Impugnante, os valores exigidos a título de multas isoladas nos Autos de Infração ora combatidos foram absurdamente majorados em aproximadamente R\$ 11,7 milhões, confira-se:

Descrição	RFB	Impugnante	Diferença
<b>Multa Isolada - IRPJ</b>	15.217.864,91	7.041.575,36	8.176.289,56
<b>Multa Isolada - CSLL</b>	6.042.796,91	2.534.387,98	3.508.408,94
<b>Total</b>	<b>21.260.66,82</b>	<b>9.575.963,33</b>	<b>11.684.698,49</b>

t.3) Ainda, especificamente quanto à antecipação de IRPJ relativa ao mês de dezembro do ano-calendário de 2013, importante observar que no lançamento de ofício efetuado pela D. Fiscalização, não foi considerada a dedução do valor da remuneração da prorrogação da licença-maternidade, a qual foi devidamente informada na DIPJ 2014 (2013) entregue pela Impugnante. *Colaciona parte da apuração da DIPJ/2014(Ficha 11), ano-calendário 2013.*

u.3) A Impugnante é participante do Programa Empresa Cidadã, o qual foi instituído pela Lei nº 11.770/08, regulamentada pela IN RFB nº 991/10, e consiste na prorrogação da licença-maternidade constitucionalmente prevista pelo prazo de 60 dias, em contrapartida de um benefício fiscal concedido à empresa aderente.

v.3) O artigo 4º da citada IN determina a adição na apuração do IRPJ e da CSLL do total da remuneração paga à funcionária gestante no período da prorrogação da licença, sem prejuízo, posteriormente, da dedução desse montante do IRPJ calculado à alíquota de 15%.

x.3) Tal procedimento de adição nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL foi devidamente efetuado pela Impugnante, conforme se verifica das Fichas "09A - Demonstração do Lucro Real - PJ em Geral" e "17 - Cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido" de sua DIPJ 2014 (2013).

z.3) Ainda com relação à competência de dezembro, por um lapso, a D. Fiscalização calculou incorretamente o adicional de IRPJ devido à alíquota de 10%, ao deixar de

adicionar na parcela isenta acumulada até o mês anterior, o valor da parcela isenta do mês, no valor de R\$ 20.000,00.

a.4) Em razão da necessidade de se efetuar os ajustes necessários nas bases de cálculo do IRPJ referente ao mês de dezembro, o resultado é que o montante exigido a título de IRPJ e, conseqüentemente, o de multa isolada no referido mês do ano-calendário de 2013, seriam bem inferiores aos valores apurados pela fiscalização. Senão vejamos:

<b>Dezembro - Ano-calendário 2013 - IRPJ</b>			
<b>Descrição</b>	<b>RFB</b>	<b>Impugnante</b>	<b>Diferença</b>
<b>IRPJ Devido {a}</b>	<b>33.890.227,20</b>	<b>33.888.227,20</b>	<b>2.000,00</b>
_Alíquota de 15%	20.347.336,32	20.347.336,32	-
_Adicional de 10%	13.542.890,88	13.540.890,88	2.000,00
<b>Deduções {b}</b>	<b>(772.678,47)</b>	<b>(1.207.013,08)</b>	<b>434.334,61</b>
_Deduções de Incentivos Fiscais	(771.819,32)	(771.819,32)	-
_Prorrogação da Licença-Maternidade	-	(434.334,61)	434.334,61
_IRFonte	(859,15)	(859,15)	-
<b>IRPJ Devido Após Deduções {a-b=c}</b>	<b>33.117.548,73</b>	<b>32.681.214,12</b>	<b>436.334,61</b>
IRPJ Devido em Meses Anteriores {d}	24.824.436,81	24.824.436,81	-
IRPJ a Pagar {c-d=e}	8.293.111,92	7.856.777,31	436.334,61
IRPJ Declarado em DCTF {f}	-	(6.589.051,30)	6.589.051,30
<b>Diferença de IRPJ a recolher {e-f=g}</b>	<b>8.293.111,92</b>	<b>1.267.726,01</b>	<b>7.025.385,91</b>
<b>IRPJ - Multa isolada de 50% {g*50%=h}</b>	<b>4.146.555,96</b>	<b>633.863,00</b>	<b>3.512.692,96</b>

b.4) Em suma, na hipótese desta D. DRJ vir a não reconhecer os argumentos de improcedência do lançamento das multas isoladas, em face de concomitância com a multa de ofício, ou de improcedência total da multa isolada correspondente ao mês de Dezembro, no mínimo, devem ser reconhecidas as inconsistências aqui descritas, as quais resultaram na quantificação equivocada e majorada das multas isoladas sobre diferenças no recolhimento mensal do IRPJ e da CSLL.

## **VI.6 — DA IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE JUROS MORATÓRIOS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO**

c.4) As autoridades fiscais vêm exigindo juros moratórios, calculados de acordo com a variação da Taxa SELIC, a partir do mês subsequente à expiração do prazo para pagamento ou impugnação, sobre a multa de ofício constituída em lançamentos fiscais, com fundamento na Lei nº 10.522/2002 (artigos 29 e 30).

d.4) No caso em apreço, vale dizer, em relação ao Auto de Infração ora impugnado, as autoridades fiscais exigirão, sobre a multa de lançamento de ofício aplicada, juros moratórios calculados pela Taxa SELIC, contados a partir do 30º dos respectivos lançamentos fiscais.

e.4) No entanto, deve ser afastada a cobrança de juros moratórios sobre as multas constituídas no Auto de Infração ora impugnados tendo em vista que afrontam:

- a) o artigo 161, do CTN, o qual dispõe que somente "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", ou seja, apenas e tão somente o valor principal deve ser atualizado pelos juros, ressalvado o direito do Fisco exigir a multa correspondente, sem que a mesma seja atualizada;

- b) o princípio da legalidade, assegurado pela CF/88 (artigos 52, inciso II) e pelo CTN (artigo 97). Está condicionada à prévia existência de lei toda e qualquer oneração que se pretenda introduzir no regramento das obrigações às quais se submete o sujeito passivo e tal regra não está sendo observada pela Fiscalização ao adotar os artigos 29 e 30, da Lei n.º 10.522/02, na apuração do crédito em discussão;
- c) por conseguinte, também há ofensa ao artigo 22, I, da Lei n.º 9.784/99, tendo em vista que os atos da Autoridade Administrativa estão totalmente vinculados à lei; e, por fim,
- d) os artigos 142, do CTN, e artigo 10, do Decreto n.º 70.235/72, e, por conseguinte, ofensa ao contraditório e a ampla defesa (artigo 52, LV, da CF).

f.4) Em virtude desses argumentos, a C. 12 Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais decidiu que os juros de mora não podem ser aplicados sobre o valor da multa de ofício perpetrada, (Acórdão 9101-00.722)

g.4) Portanto, não são devidos juros moratórios, calculados de acordo com a variação da Taxa SELIC, sobre os valores constituídos a título de multa de ofício nem de multa isolada.

## **DO PEDIDO**

Para finalizar, a Impugnante apresenta Pedido, nos seguintes termos, *in verbis*:

*Ante o acima exposto, pede e espera a ora Impugnante seja conhecida e provida a presente Impugnação, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, para o fim de ser a exigência fiscal cancelada na sua totalidade a título de IRPJ, CSLL, multa de ofício, juros e demais acréscimos, e, ao final, o arquivamento do processo administrativo instaurado.*

### **Da decisão da DRJ:**

Ao analisar a impugnação, a DRJ, primeira instância administrativa, decidiu por DAR PROVIMENTO PARCIAL à mesma, por unanimidade.

A decisão foi ementada nos seguintes termos:

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

Ano-calendário: 2013

**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.

#### AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL.

O termo inicial para contagem do prazo decadencial nos casos de amortização de ágio tida como indevida corresponde à data em que a pessoa jurídica efetuou a dedução pela primeira vez. Não há que se falar em contagem da caducidade a partir da operação em que foi gerada o ágio pois, nesse momento, ainda não ocorreu o fato gerador da obrigação tributária como decorrência da dedução indevida.

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

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

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma "empresa-veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

#### MULTA QUALIFICADA.

A acusação de artificialismo de uma operação baseada na ausência de seu propósito comercial revelada pela geração de ágio e com uso de empresa veículo, sem a demonstração cabal de invalidades efetivas e do intuito de fraudar, sonegar ou atuar em conluio do sujeito passivo, com a devida subsunção aos artigos 71, 72 e 73 da Lei n. 4502/64 não autoriza a qualificação da multa de ofício, independentemente do posicionamento que se tenha quanto à dedutibilidade do ágio na questão.

#### MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas". A lei ainda estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente.

No caso em apreço, não tem aplicação a Súmula CARF nº 105, eis que a penalidade isolada foi exigida após alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

#### PAGAMENTO POR ESTIMATIVA. MÊS DEZEMBRO.

O imposto mensal apurado por estimativa relativo ao mês de dezembro, deverá ser pago até o último dia útil do mês de janeiro do ano subsequente, não se confundindo com o valor do imposto da apuração anual, cujo prazo de recolhimento é último dia do mês de março do ano-calendário subsequente.

#### MULTA ISOLADA - ERROS DE CALCULO DA FISCALIZAÇÃO.

Constatado o cometimento de erros de cálculo nos levantamentos fiscais, deve o lançamento ser retificado para o valor correto.

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

A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento. A incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, após o seu vencimento, está prevista nos artigos 43 e 61, parágrafo 3º, da Lei nº 9.430/1996.

#### CSLL

Aplicam-se aos lançamentos da CSLL os mesmos argumentos esposados para o IRPJ, naquilo em que há similitude dos motivos do lançamento e das razões de impugnação.

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

ANO-CALENDÁRIO: 2013

#### LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DUPLICIDADE.

Comprovada inequivocamente a ocorrência da duplicidade de lançamento de ofício, é insubsistente o lançamento que contemple matéria já tratada em outro auto de infração anteriormente lavrado.

#### **Do Recurso Voluntário:**

Tomando ciência da decisão *a quo* em 10/04/2018, a recorrente apresentou o recurso voluntário em 07/05/2018 (fls. 2284 e ss), ou seja tempestivamente.

No mesmo, em essência reforça os pontos já alegados na sua peça impugnatória, dos quais destaco abaixo:

- nulidade do lançamento por falta da indicação do correto fundamento legal da autuação;
- decadência do direito do fisco de questionar o registro contábil do ágio e constituir o crédito tributário;
- mérito – validade da operação

- inaplicabilidade das multas
- improcedência da multa isolada concomitante com multa de ofício

É o relatório.

## **Voto Vencido**

Conselheiro Marco Rogério Borges, Relator.

Conforme relatório que precede o presente voto, o recurso voluntário é tempestivo e atende os requisitos regimentais para a sua admissibilidade, pelo que o conheço.

Em relação ao recurso de ofício, houve a exoneração da multa qualificada, e da exoneração da duplicidade de glosa de saldo de base negativa de CSLL de períodos anteriores.

*Do recurso voluntário:*

*- da nulidade suscitada:*

Alega a recorrente nulidade por conta de que o lançamento por falta da indicação do correto fundamento legal da autuação; pois entende que o presente processo não houve a citação dos “dispositivos legais constantes nos autos de infração que instruem o PAF nº 16561.720117/2013-11”.

No seu entender, *a D. Fiscalização deixou de apontar o fundamento legal da autuação, haja vista que os dispositivos legais mencionados não se prestam a caracterizar a infração de que é acusada.*

Este processo versa sobre o ano-calendário de 2013, enquanto o processo retrocitado (16561.720117/2013-11), envolve os anos-calendários de 2008 a 2012. Ou seja, a presente autuação fiscal é um desdobramento no tempo de operações fiscais já autuadas em outro período.

Entendo que para demonstrar nulidade, é essencial demonstrar o prejuízo, o que não vislumbro no caso.

A alegada falta de dispositivos legais é no Termo de Verificação e Encerramento – TVF (fls. 1707/1787), que é parte integrante dos autos de infração às fls. 1686/1705. Ambos devem ser analisados em conjunto, pois o TVF é anexo ao auto de infração, descrevendo em pormenores todo o procedimento fiscal.

Por conseguinte, REJEITO a alegada NULIDADE.

*- da decadência suscitada:*

Alega a recorrente que o período lançado nos autos já ocorreu o transcurso do prazo de 5 anos desde a formação/registro do ágio questionado.

Contudo, o aproveitamento e respectivos efeitos tributários passaram a ocorrer posteriormente. No caso concreto, considerando a forma de tributação pelo lucro real, e desde o primeiro momento do aproveitamento do ágio, e a ciência da autuação fiscal ter ocorrido em 09/10/2017, sobre o período de competências de deduções sobre o ano-calendário de 2013, não há que se falar em decadência.

A matéria já está assentada neste CARF em súmula:

**Súmula CARF n.º 116**

**Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 03/09/2018**

**Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).**

Por conseguinte, VOTO no sentido de NEGAR o pleito de decadência suscitado.

*- mérito:*

*- das operações em litígio*

No procedimento fiscal foram analisadas aquisições de participações societárias, por empresas do grupo da Contribuinte em questão de terceiros independentes, e a posterior incorporação das sociedades investidoras pela sociedade adquirida.

Conforme o TVF foi fiscalizada a aquisição, com ágio de rentabilidade futura, em duas etapas, pela empresa SÉ SUPERMERCADOS LTDA (SÉ), controlada direta da Companhia Brasileira de Distribuição (CBD), de parcela patrimonial relacionada às atividades de atacado e varejo então pertencente a ASSAÍ COMERCIAL E IMPORTADORA LTDA (ASSAÍ).

Para execução da 1º etapa do negócio, no ano de 2007, foram realizadas as seguintes reorganizações societárias:

(i) cisão parcial da ASSAÍ, com incorporação da parcela cindida pela contribuinte em questão (BARCELONA na época controlada pelos acionistas da ASSAÍ);

(ii) venda de 60% da participação societária com ágio da BARCELONA para empresa holding do grupo SÉ/CBD, aqui chamada apenas de SEVILHA;

(iii) incorporação da SEVILHA pela BARCELONA, em 2008, permitindo a dedutibilidade fiscal do ágio pago.

Para execução da 2º etapa do negócio, em meados de 2009, outra sociedade controlada pela SÉ, denominada NERANO, adquire, com ágio, os 40% restantes de participação na BARCELONA, sendo por ela incorporada em 2010, viabilizando a amortização fiscal do ágio.

No entendimento da fiscalização o real adquirente das participações societárias foi a empresa SÉ.

Segundo a fiscalização, procedendo a uma série de reestruturações societárias dotadas apenas de atos formais, desprovidos de racionalidade econômica, a SÉ permaneceu com seu investimento em BARCELONA e constituiu na contabilidade desta um ágio passível de amortização fiscal.

Para a fiscalização o único fim de todas as manobras societárias era a utilização de tratamento fiscal de redução da carga tributária da BARCELONA.

Como não ocorreu a operação de incorporação/fusão/cisão entre SÉ e BARCELONA, compreendeu a fiscalização que foi engendrado artifício jurídico de interpor empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, efêmeras, sem qualquer propósito negocial ou racionalidade econômica, aportar recursos financeiros para aquisição ou aumento das participações existentes, com ágio, para logo em seguida serem estas incorporadas pela BARCELONA e devolver as ações para a SÉ.

Compreendeu a fiscalização que as operações realizadas, apesar de formalmente lícitas, são desprovida de substância essencial ao negócio, vez que a vontade expressa materialmente não corresponde à subjetivamente acordada entre as partes. Na verdade, tratam-se de atos intrinsecamente vazios, cuja única intenção é contornar norma impositiva tributária.

Sucintamente, a operação envolvida é essa, e todo o detalhamento consta no relatório acima e nos autos.

Passo a analisar o caso.

*- Legislação tributária quanto à amortização de ágio*

Considerando que a autuação em litígio refere-se à amortização de ágio decorrente de participação societária adquirida por preço superior ao do Patrimônio Líquido da investida, cabe, primeiramente, uma análise da legislação que rege a matéria.

Nos termos do art. 25 combinado com o art. 20 do Decreto-lei nº 1598, de 1977, que dão suporte aos artigos 385 e 391 do RIR/99, respectivamente, a regra geral é a indedutibilidade das contrapartidas da amortização de ágio:

**Decreto-lei nº 1.598/1977**

**“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 seguinte, e**

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

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

**§ 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.

(...)

“Art. 25 As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

Contudo, o inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, que passou a produzir efeitos em 01/01/1998, autoriza o contribuinte que incorporou sociedade na qual detinha participação societária adquirida com ágio apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-lei 1.598/77, cujo fundamento econômico seja o da expectativa de rentabilidade futura da investida, a amortizar referido ágio nos balanços correspondentes à apuração do lucro real levantados posteriormente à incorporação. O artigo 7º da Lei nº 9.532, de 1997, fundamento legal do art. 386 do RIR/99, assim dispõe:

**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:**

**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 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 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 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; (grifo meu)**

(...)

Destarte, as condições de dedutibilidade do ágio devem, portanto, ser observadas, quais sejam: absorção do patrimônio de pessoa jurídica na qual detenha participação societária adquirida com ágio, cujo fundamento seja expectativa de rentabilidade futura.

Ou seja, o aproveitamento do ágio decorre de regras especiais e o respectivo cumprimento. Assim, a regra geral é que o ágio é indedutível - não implementadas tais regras, não é possível a dedução.

#### *Da análise do caso concreto:*

Verificando o caso concreto, observa-se que há a questão de qual o papel das empresas Sevilha e Nerano no aproveitamento deste ágio, e se tal situação é legítima.

O contribuinte alega que o ágio em discussão, na sua origem, decorreu de operação contratada entre partes independentes e foi efetivamente paga. Algo que seria incontroverso nos autos. Igualmente, alega que a autoridade fiscal teria considerado a operação artificial, desprovida de propósito negocial.

O artigo 386 do RIR/1999, supracitado, assim especifica no seu *caput*:

**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 n.º 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei n.º 9.718, de 1998, art. 10): (...)**

Aqui se poderia ampliar todo o conteúdo dos artigos 385 e 386 do RIR/1999, mas me concentro neste ponto acima, para fins de análise.

Nota-se que as empresas Sevilha e Nerano jamais tiveram a decisão de adquirir as ações da Barcelona, muito menos teve a expectativa de rentabilidade futura sobre tal operação.

Neste contexto, as empresas Sevilha e Nerano foram um mero instrumento de realização da transação, jamais tendo sido a investidora, que acreditou na mais-valia do investimento, realizando os estudos de rentabilidade futura do investimento a ser adquirido e que desembolsou, de fato, os recursos necessários à aquisição.

Desta forma, a Sé ao incorporar as empresas Sevilha e Nerano jamais se amolda à previsão legal para a amortização do ágio pago na sua aquisição, posto que ausente em tal operação as investidoras, que são as destinatárias da norma legal.

Interpretando-se o conteúdo do art. 386 do RIR/1999 sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária, verifica-se que não restaram observados, no caso concreto, os aspectos pessoal e material necessários à subsunção da situação fática à previsão normativa.

A amortização operada pela autuada não teve amparo dos arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532/1997 ou dos arts. 385 e 386 do RIR/1999. Conforme se viu, a possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, só tem sentido em situações em que a investidora de fato, responsável por arcar com o dispêndio que faz nascer o ágio, incorpora a pessoa jurídica em que possua participação societária (investimento) ou é por ela incorporada.

A operação, portanto, não passa sequer na primeira verificação necessária para referendar a amortização do ágio, de modo que, tal fato, por si só, respalda a manutenção da exigência fiscal.

Neste sentido, cabe aqui um excerto sobre o tema, ao qual recorro ao acórdão n.º 9101-002.301 (sessão de 06/04/2016), proferido pela 1ª CSRF, da relatoria do i. Conselheiro André Mendes de Moura:

**Percebe-se claramente, no caso, que o suporte fático delineado pela norma predica, de fato, que investidora e investida tenham que integrar uma mesma universalidade: 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.**

**A conclusão é ratificada analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA<sup>1</sup>**

**Esclarece o doutrinador que a hipótese de incidência se apresenta sob variados aspectos, cuja reunião lhe dá entidade.**

**Ao se apreciar o aspecto pessoal, merecem relevo as palavras da doutrina, ao determinar que se trata da qualidade que determina os sujeitos da obrigação tributária.**

**E a norma em análise se dirige à pessoa jurídica investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição, e à pessoa jurídica investida.**

---

<sup>1</sup> Cf. ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 51 e segs.

Ocorre que, em se tratando do ágio, as reorganizações societárias empreendidas apresentaram novas pessoas ao processo.

Como exemplo, podemos citar situação no qual a pessoa jurídica A adquire com ágio participação societária da pessoa jurídica B. Em seguida, utiliza-se de uma outra pessoa jurídica, C, e integraliza o capital social dessa pessoa jurídica C com a participação societária que adquiriu da pessoa jurídica B. Resta consolidada situação no qual a pessoa jurídica A controla a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C controla a pessoa jurídica B. Em seguida, sucede-se evento de transformação societária, no qual a pessoa jurídica B absorve patrimônio da pessoa jurídica C, ou vice versa.

Ocorre que os sujeitos eleitos pela norma são precisamente a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) cuja participação societária foi adquirida com ágio. Para fins fiscais, não há nenhuma previsão para que o ágio contabilizado na pessoa jurídica A (investidora), em razão de reorganizações societárias empreendidas por grupo empresarial, possa ser considerado "transferido" para a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C, ao absorver ou ser absorvida pela pessoa jurídica B, possa aproveitar o ágio cuja origem deu-se pela aquisição da pessoa jurídica A da pessoa jurídica B.

Da mesma maneira, encontram-se situações no qual a pessoa jurídica A realiza aportes financeiros na pessoa jurídica C e, de plano, a pessoa jurídica C adquire participação societária da pessoa jurídica B com ágio. Em seguida, a pessoa jurídica C absorve patrimônio da pessoa jurídica B, ou vice versa, a passa a fazer a amortização do ágio.

Mais uma vez, não é o que prevê o aspecto pessoal da hipótese de incidência da norma em questão. A pessoa jurídica que adquiriu o investimento, que acreditou na mais valia e que desembolsou os recursos para a aquisição foi, de fato, a pessoa jurídica A (investidora). No outro pólo da relação, a pessoa jurídica adquirida com ágio foi a pessoa jurídica B. Ou seja, o aspecto pessoal da hipótese de incidência, no caso, autoriza o aproveitamento do ágio a partir do momento em que a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) passem a integrar a mesma universalidade.

São as situações mais elementares. Contudo, há reorganizações envolvendo inúmeras empresas (pessoa jurídica D, E, F, G, H e assim por diante).

Vale registrar que goza a pessoa jurídica de liberdade negocial, podendo dispor de suas operações buscando otimizar seu funcionamento, com desdobramentos econômicos, sociais e tributários.

Contudo, não necessariamente todos os fatos são recepcionados pela norma tributária.

A partir do momento em que, em razão das reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas (C, D, E, F, G, e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora originária (pessoa jurídica A) e da investida (pessoa jurídica B), e o evento de absorção não envolve mais a pessoa jurídica A e a pessoa jurídica B, mas sim pessoa jurídica distinta (como, por exemplo, pessoa jurídica F e pessoa jurídica B), a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal.

Em relação ao aspecto material, há que se consumir a confusão de patrimônio entre investidora e investida, a que faz alusão o caput do art. 386 do RIR (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...). Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o encontro de contas entre investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria

investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

Por sua vez, a partir do momento em que se consuma a confusão patrimonial, os lucros auferidos pela então investida passam a integrar a mesma universalidade da investidora. Reside, precisamente nesse ponto, o permissivo para que o ágio, pago pela investidora exatamente em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, possa ser aproveitado, vez que passam a se comunicar, diretamente, a despesa de amortização do ágio e as receitas auferidas pela investida.

Ou seja, compartilhando o mesmo patrimônio investidora e investida, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que adquiriu o investimento com mais valia (ágio) baseado na expectativa de rentabilidade futura, passa a ser tributada pelos lucros percebidos nesse investimento.

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que, para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam 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, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.

Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto temporal, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável. Considerando-se o regime de tributação adotado pelo sujeito passivo, aperfeiçoa-se o lançamento fiscal e o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

Ou seja, conclui-se, portanto, que o art. 386 do RIR/1999, sob o aspecto pessoal, se dirige à investidora que vier a incorporar a investida (ou por ela ser incorporada). Como já exposto acima, não foi o que vislumbra nesta operação societária.

Igualmente, como bem conclui em excerto do acórdão 9101-003.366 (sessão de 18/01/2018), pelo i. relator do voto vencedor, o Conselheiro Rafael Vidal de Araújo:

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/1999, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material das hipóteses ali previstas. Na atual redação destes dispositivos, exclusivamente no caso em que houver o efetivo desembolso de valores (ou sacrifício de outros ativos) a título de investimento da investidora (futura incorporadora ou, no caso da incorporação reversa, incorporada) na investida (futura incorporada ou, no caso da incorporação reversa, incorporadora), é que haverá o atendimento aos aspectos pessoal e material. Se o ágio não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial", não há sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio instituída pelo art. 386 do RIR/1999.

Caso analisemos a amortização do ágio sob a ótica de despesa, podemos concluir que, *in casu*, houve a construção artificial do suporte fático de modo a conferir a aparência de uma operação abrangida pelo dispositivo legal que permite a amortização do ágio pago.

Nota-se que o caso concreto foram aplicados, na autuação fiscal, os regramentos e premissas exigidos ao caso para caracterizar a indedutibilidade do ágio, sendo que nenhum momento houve descaracterização dos negócios jurídicos ocorridos.

Destarte, voto por MANTER a glosa do ágio, NEGANDO PROVIMENTO ao recurso voluntário quanto a este item.

- quanto á exigência de multa isolada;

Alega a recorrente na sua peça recursal da impossibilidade da cobrança de multa isolada.

Contudo, a respeito de uma possível concomitância dos lançamentos de multas isoladas com a multa de ofício presente nos autos de infração, de minha parte sempre profilei com os que entendem estar-se diante de imposições diferentes, com fatos geradores diferentes, tipificações legais diferentes e motivações fáticas diferentes, ou seja, da leitura artigo 44, da Lei n.º 9.430/1996, com suas alterações, infere-se que, uma vez constatada falta ou insuficiência de pagamento de estimativa, será exigida a multa isolada.

Se, além disso, tiver ocorrido falta de recolhimento do imposto devido com base no lucro real anual, o lançamento abrangerá também o valor do imposto, acompanhado de multa de ofício e juros, pois a determinação legal de imposição de tal penalidade, quando aplicada isoladamente, prescinde da apuração de lucro ou prejuízo no final do período anual, inexistindo, portanto, a cumulação de penalidades para uma mesma conduta, como argüem os contribuintes.

Em síntese, não tendo as referidas multas a mesma hipótese de incidência, nada há a barrar a imposição concomitante da multa isolada com a multa de ofício devida pela apuração e recolhimento a menor do imposto e contribuição devidos na apuração anual.

Posição plenamente avalizada a partir da nova redação do dispositivo em comento, estabelecida pela MP n.º MP 351, de 22/01/2007; convertida na Lei n.º 11.488, de 15 de junho de 2007, onde fica clara a distinção:

**Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:**

(...)

**II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:**

(...)

**b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (destaquei)**

Registre-se, essa nova redação não impõe nova penalidade ou faz qualquer ampliação da base de cálculo da multa; simplesmente tornou mais clara a intenção do legislador.

Por pertinentes, faço minha as palavras do ilustre Conselheiro GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES deste CARF que, de forma precisa, analisou o tema no Acórdão n.º 103-23.370, Sessão de 24/01/2008:

**“Nada obstante, as regras sancionatórias são em múltiplos aspectos totalmente diferentes das normas de imposição tributária, a começar pela circunstância essencial de que o antecedente das primeiras é composto por uma conduta antijurídica, ao passo que das segundas se trata de conduta lícita.**

**Dessarte, em múltiplas facetas o regime das sanções pelo descumprimento de obrigações tributárias mais se aproxima do penal que do tributário.**

**Pois bem, a Doutrina do Direito Penal afirma que, dentre as funções da pena, há a PREVENÇÃO GERAL e a PREVENÇÃO ESPECIAL.**

**A primeira é dirigida à sociedade como um todo. Diante da prescrição da norma punitiva, inibe-se o comportamento da coletividade de cometer o ato infracional. Já a segunda é dirigida especificamente ao infrator para que ele não mais cometa o delito.**

É, por isso, que a revogação de penas implica a sua retroatividade, ao contrário do que ocorre com tributos. Uma vez que uma conduta não mais é tipificada como delitativa, não faz mais sentido aplicar pena se ela deixa de cumprir as funções preventivas.

Essa discussão se torna mais complexa no caso de descumprimento de deveres provisórios ou excepcionais.

Hector Villegas, (em *Direito Penal Tributário*. São Paulo, Resenha Tributária, EDUC, 1994), por exemplo, nos noticia o intenso debate da Doutrina Argentina acerca da aplicação da retroatividade benigna às leis temporárias e excepcionais.

No direito brasileiro, porém, essa discussão passa ao largo há muitas décadas, em razão de expressa disposição em nosso Código Penal, no caso, o art. 3º:

Art. 3º A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

O legislador penal impediu expressamente a retroatividade benigna nesses casos, pois, do contrário, estariam comprometidas as funções de prevenção. Explico e exemplifico.

Como é previsível, no caso das extraordinárias, e certo, em relação às temporárias, a cessação de sua vigência, a exclusão da punição implicaria a perda de eficácia de suas determinações, uma vez que todos teriam a garantia prévia de, em breve, deixarem de ser punidos. É o caso de uma lei que impõe a punição pelo descumprimento de tabelamento temporário de preços. Se após o período de tabelamento, aqueles que o descumpriram não fossem punidos e eles tivessem a garantia prévia disso, por que então cumprir a lei no período em que estava vigente?

Ora, essa situação já regrada pela nossa codificação penal é absolutamente análoga à questão ora sob exame, pois, apesar de a regra que estabelece o dever de antecipar não ser temporária, cada dever individualmente considerado é provisório e diverso do dever de recolhimento definitivo que se caracterizará no ano seguinte”.

Aduza-se ainda, mesmo abstraindo questões conceituais envolvendo aspectos do direito penal, que a Lei nº 9.430/96, ao instituir a multa isolada sobre irregularidades no recolhimento do tributo devido a título de estimativas, não estabeleceu qualquer limitação quanto à imputação dessa penalidade juntamente com a multa exigida em conjunto com o tributo, de modo que, sob esta ótica, a Fiscalização simplesmente aplicou norma abstrata plenamente vigente no mundo jurídico a caso concreto que se estampou.

Saliente-se, por fim, ser inaplicável no caso a Súmula nº 105 do CARF, posto que ali se cuida de lançamentos referentes a períodos anteriores a 2007.

Pelos motivos elencados, entendo devam ser mantidas integralmente as multas isoladas impostas e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso voluntário neste aspecto.

*- da alegação de inaplicabilidade da multa isolada sobre as estimativas de dezembro*

A recorrente afirma que, tendo optado pela determinação das bases de cálculos dos recolhimentos mensais com base no balanço de suspensão ou redução, o valor do tributo apurado no mês de dezembro é definitivo e não antecipação e, portanto, não cabe o lançamento da multa isolada; requerendo a exclusão das multas isoladas IRPJ e CSLL do mês de dezembro de 2013.

Deve-se registrar que a hipótese de incidência de cada uma das multas é distinta. A da multa isolada é a falta ou insuficiência de recolhimento das estimativas mensais devidas, ainda que se apure prejuízo fiscal ao fim do ano-calendário, e a da multa proporcional é o lançamento de ofício do valor anual do IRPJ e CSLL que deixaram de ser recolhidos.

A legislação aplicável (lei 9430/1996) diferencia a estimativa apurada relativamente ao mês de dezembro, da apuração anual do imposto, no regime escolhido pelo contribuinte, que foi o do Lucro Real Anual, com estimativas mensais.

Assim, o não recolhimento, ou recolhimento a menor da estimativa mensal relativa ao mês de dezembro de cada ano, o qual devia ter sido recolhido até o último dia útil do mês de janeiro do ano subsequente, se subsume à aplicação da sanção multa isolada, do art. 44, II, “b” da Lei n.º 9.430, de 1996, com a redação do art. 14 da Lei n.º 11.488, de 2007.

Por conseguinte, VOTO no sentido de NEGAR PROVIMENTO a este item do recurso voluntário.

*- da alegada não incidência de juros sobre multa de ofício*

Tal questão alegada se resolve pela súmula CARF 108.

#### Do Recurso de ofício

*- da multa qualificada aplicada e exonerada na decisão a quo*

A multa qualificada de 150% tem fundamento legal no art. 44, § 1º, da Lei n.º 9.430/1996 (redação dada pela Lei 11.488/2007).

Dispõe o dispositivo que a multa é devida nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Por seu turno, os arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/1964, assim rezam:

**Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:**

**I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;**

**II – das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.**

**Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.**

**Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72.**

Há, no termo de verificação fiscal, que houve fraude pela simulação de registros fiscais e societários, visando induzir a Fiscalização a acatar a amortização do ágio praticada, produzindo os efeitos referidos no artigo 72 da Lei n.º 4.502, de 30/11/1964, ou seja, a ocorrência de fraude.

A questão da qualificação nestes casos vai encontrar jurisprudência ampla em ambos os sentidos.

Acompanho os que entendem que tal situação envolve adulteração do registro dos fatos para lograr puro proveito tributário. Aqui não basta arguir que foi tudo registrado e/ou lícito. O conjunto dos eventos ocorridos estarem registrados é a pretensão de dar aparência de

legitimidade aos mesmos. E sua licitude está no isolamento de cada evento - no conjunto, há uma nítida burla à legislação aplicável.

Cabe destacar que a multa de ofício simples (75%) tem o seu contexto de aplicação nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, nos termos do art. 44, I, da Lei n.º 9.430/1996 (com alteração dada pela Lei n.º 11.488/2007). Note-se que não há condições de enquadramento direto em nenhuma destas hipóteses, para os atos da recorrente que objetivaram criar, artificialmente, despesas com ágio para diminuir a apuração do seu lucro real.

Não haveria, aqui, em se falar em falta de pagamento ou recolhimento, falta de declaração e no de declaração inexata.

Há uma conduta da recorrente, nitidamente dolosa, que objetivou o impedimento da real ocorrência do fato gerador, modificando-o.

O elemento dolo, um tanto subjetivo, não há de ser extraído da mente do seu autor, mas sim das circunstâncias que envolvem os fatos a serem analisados.

No caso concreto, pelo todo o quanto aqui exposto, resta claro que a recorrente conscientemente agiu para distorcer os fatos, com a precípua finalidade de modificar as características do fato gerador, o que levou à redução da base tributável lucro real apurado.

O fato de não ter ocorrido nenhuma ilegalidade nos seus atos, e estarem todos registrados não exclui a modificação pretendida. Os atos formais, individualmente, até podem ser juridicamente válidos, mas não há substrato material, pois não refletem a realidade ocorrida.

Os atos formais deveriam espelhar a realidade, o mundo real.

Inevitavelmente, haverá a intenção de dar ares de validade aos atos e contratos ocorridos, escriturando e documentando toda a operação adulterada. Acontece que todo o preparo documental da situação, não tendo amparo material, foi colocado para evitar a fiscalização e tentar demonstrar uma situação válida da modificação pretendida das circunstâncias do fato gerador.

Apenas com uma fiscalização, e um aprofundamento da análise documental é que se poderia ver os vícios contidos neste aporte documental. Ou seja, não há condições de se alegar a transparência e licitude dos seus atos, pois estão eivados de vício material, que procuraram demonstrar outra realidade às obrigações para com o erário, só identificáveis após certa investigação.

Nestes termos, aproveito ementa do acórdão 1101-000.899 – 1ª Câmara – 1ª Turma Ordinária, Sessão de 11/07/2013, em que a multa qualificada foi mantida, qual seja:

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

**Ano-calendário:2004, 2005, 2006, 2007, 2008**

**TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL.**

**Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.**

**MULTA QUALIFICADA. Sujeita-se a multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos.**

Ou seja, a operação ocorreu com etapas artificiais, apesar de formalmente legais quando vistas isoladamente, procurando esconder o objetivo de obter a redução dos tributos devidos, mesmo sabendo-se que essa redução era ilegal. Isso é um típico caso de fraude e entendo como válida a multa qualificada.

Pelo acima exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso de ofício quanto a multa qualificada.

*- Da duplicidade de glosa de saldo de base negativa de CSLL de períodos anteriores.*

No que tange a este item, que envolve uma questão de erro na autuação fiscal, por duplicidade da glosa de saldo de base negativo de CSLL de períodos anteriores, em que a decisão de piso concluiu que procede a alegação da contribuinte, e que ocorreu a duplicidade de lançamento com base em compensação indevida de base de cálculo negativa da CSLL, deste lançamento com o realizado no Processo nº 19515.720309/2017-02, entendo que não merece nenhum reparo.

Por conseguinte, VOTO no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício neste item.

*- Da quantificação equivocada da multa isolada.*

Tal questão envolve um erro na autuação fiscalmente, na quantificação dos valores a lançar a multa isolada, o que foi devidamente confirmado pela decisão *a quo*, pelo que entendo que não merece nenhum reparo.

Por conseguinte, VOTO no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício neste item.

*Conclusão:*

Diante de todo exposto, NEGAR PROVIMENTO INTEGRAL AO RECURSO VOLUNTÁRIO da recorrente, e DOU PROVIMENTO AO RECURSO DE OFÍCIO.

(documento assinado digitalmente)

Marco Rogério Borges

**Voto Vencedor**

## Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio – Redatora Designada

Inobstante as razões bem expostas no voto do Conselheiro Relator Marco Rogério Borges prevaleceu na turma, por força do comando do artigo conforme determinação do art. 19-E da Lei n.º 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei n.º 13.988/2020, a conclusão dar provimento ao recurso voluntário para cancelar os lançamentos, conforme razões a seguir expostas.

O processo versa sobre a glosa de aproveitamento de ágio, gerado em operação de aquisição de participação societária na qual fora empregada companhia rotulada de *empresa veículo*, sendo a *real adquirente* empresa ora recorrente..

A possibilidade de amortização das despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura, da forma prescrita pela Lei n. 9.532/97, depende do cumprimento de uma fórmula operacional básica, que pressupõe o fenômeno societário da absorção patrimonial, com a reunião do patrimônio da pessoa jurídica investidora com a pessoa jurídica investida, a fim de que o aludido ágio registrado naquela seja emparelhado com os lucros gerados por esta. Concretizada a absorção patrimonial exigida pelo legislador, o ágio apurado em aquisição precedente pode ser amortizado nos balanços levantados após a ocorrência de um desses eventos, ainda que a incorporada ou cindida seja a investidora (incorporação reversa). É o que se observa dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97:

**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 n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

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 n.º 1.598, 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 n.º 1.598, 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 n.º 1.598, 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;

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 n.º 1.598, 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:

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.**

**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.**

É importante registrar que a Lei n. 12.973/2014, incorporou diversos conceitos que se originaram da pragmática do CARF tais como demonstração do valor do ágio por expectativa de rentabilidade futura (agora a lei exige a elaboração de um laudo específico e em determinado prazo) e a invalidade do “ágio interno”, tendo silenciado sobre temas como o da utilização das denominadas "empresas veículo" para a "transferência de investimento com ágio" em discussão nos presentes autos.

Nessas situações a jurisprudência do CARF adotou uma série de elementos indiciários que comprovariam a legitimidade do aproveitamento do ágio. São eles:

- a) Aquisição de investimento relevante com contraprestação de ágio fundado em expectativa de rentabilidade comprovado por laudo;
- b) Aquisição efetuada entre partes não relacionadas;
- c) Fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição;
- d) Apuração de ganho de capital pelo alienante da empresa adquira com sobrepreço fundado em expectativa de rentabilidade futura;
- e) nas operações em que há a extinção de pessoa jurídica, a absorção do patrimônio da investida pela investidora (ou vice-versa).

É importante registrar que, na hipótese dos autos, não foram questionados: a) a independência das partes envolvidas no negócio, b) a existência de pagamento e a sua monta, c) a lisura contábil da forma como o ágio foi registrado, d) a existência do Laudo de Rentabilidade Futura ou documento equivalente, contemporâneo e e) o recolhimento de Imposto de Renda sobre o ganho de capital.

Apenas o último elemento daqueles acima elencados acaba abarcado pelas acusações da Fiscalização, qual seja: a absorção patrimonial entre as empresas que transacionaram, vez que, no seu entender, utilizando empresas veículo, sem propósito empresarial autônomo, mascarou-se o real investidor.

Todavia, como observado, não há disposição expressa na Lei nº 9.532/97 que vede expressamente a realização de reorganizações societárias intermediárias ao evento de absorção eleito para ensejar a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, a exemplo da constituição de empresa veículo. Nesse sentido merece transcrição o seguinte trecho do voto proferido pelo Conselheiro Luis Flavio Neto quando do julgamento do Acórdão nº 9101-003.397:

É necessário deixar claro que o legislador não buscou induzir a concentração de empresas por meio das normas do art. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97. Não há vestígios de discussões legislativas nesse sentido, não há indicações de tal jaez no texto legislação e também não se concebe plausibilidade em indução de concentração econômica das empresas.

O legislador não buscou induzir a concentração de empresas pura e simplesmente, como se isso fosse algum valor a ser alcançado pela sociedade. Caso a tradição jurídica brasileira consagrasse norma geral consolidação de balanços, o referido “*push down accounting*” tornaria prescindível o fenômeno da absorção para a reunião patrimonial das empresas investida e investidora, pois a adoção deste método faria com que a empresa investida *trouxesse para si* (“*para baixo*”) as despesas de ágio apurado pela empresa investidora.

A exigência normativa, portanto, reside simplesmente em uma necessidade técnica de reunião (i) do acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio com (ii) o acervo patrimonial em que estão registrados os sacrifícios do investimento realizado, com a segregação, pelo MEP, dos valores atinentes ao ágio e ao valor patrimonial da investida identificado quando de sua aquisição. A exigência do legislador consiste simplesmente no emparelhamento de receitas e despesas, o que se dá com “a realização” do investimento, mediante operação que integre, numa mesma entidade, a investidora e o acervo objeto do investimento

(...)

"De início, não se pode jamais perder de vista que, na *receita procedimental básica* prescrita pelo legislador para que o contribuinte opte (*economia de opção*) pela amortização fiscal do ágio em aquisição oneroso de investimento, a chamada *empresa veículo* funciona como instrumento para o emparelhamento das receitas (da empresa investida) com as despesas da amortização do ágio (apurados pela empresa investidora), o que, afinal, pressupõe alguma forma de “*push down accounting*”. Daí a assertiva de VICTOR BORGES POLIZELLI:

“Enfatiza-se: a ‘empresa veículo’ foi legalmente criada pela Lei n. 9.532/1997 como condição para o carregamento do ágio para baixo, para a empresa investida”.

Além disso, parece fora de dúvida que, ausente manifestação clara e expressa do legislador para a limitação de liberdades fundamentais, qualquer interpretação que conduza a tal limitação deverá ser avaliada a partir das normas constitucionais que tutelam a liberdade que se pretende restringir. Na ausência de tal manifestação expressa de forma clara pelo legislador, a análise sistemática do ordenamento demanda, antes de tudo, verificar se a interpretação em questão contraria liberdade constitucional de empresa, de investimento, de organização e de contratação, me parece ser dever do julgador administrativo evitá-la. A razoabilidade dessa tese deve enfrentar esse teste fatal (*grifamos*)

Tal tema de Direito já foi enfrentado por esta C. 2ª Turma no Acórdão n.º 1402.002.373, de votação unânime, publicado em 14/02/2017, de Relatoria do Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, cuja ementa é a seguinte:

**DECADÊNCIA. ÁGIO. CONTAGEM DO PRAZO. DEDUÇÃO.** Inicia-se a contagem do prazo decadencial para a constituição dos créditos tributários referentes a glosa do aproveitamento de ágio a partir da sua efetiva dedução pelo contribuinte, antes disso não há como se cogitar a inércia do Fisco.

**ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO EXTRATRIBUTÁRIA. INOCORRÊNCIA. OPERAÇÃO COMPLEXA E DE LONGA DURAÇÃO. INVESTIMENTO ESTRANGEIRO. CONTEÚDO ECONÔMICO E OBJETIVOS EMPRESARIAIS CLAROS. AUSÊNCIA DE ILÍCITOS OU ABUSOS.** O simples emprego de companhias holdings em estrutura de aquisição de investimento, ainda que com a finalidade de viabilizar e promover a compra de participações societárias, denominadas empresas veículo, não basta para justificar a glosa do ágio verificado em tais

operações.

A alocação de recursos e investimentos em empresa controlada não operacional, principalmente quando procedida por grupos estrangeiros que almejam participar do mercado brasileiro, é manobra não só lícita, como também justificável e costumeira, dentro da dinâmica de um mercado globalizado. Deve ser verificada, de forma concreta e objetiva, a presença dos requisitos econômicos, financeiros e contábeis da formação do ágio, à luz das previsões dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para o seu devido aproveitamento como despesa dedutível, independentemente das formas e modelos negociais adotados, desde que lícitos.

A reorganização empresarial, procedida nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mesmo envolvendo incorporação de empresas veículo e a chamada incorporação reversa, desde que não tenha como resultado o aparecimento de novo ágio, não constitui economia de tributos por meio ilícito ou abuso. A desconsideração de atos e negócios jurídicos do contribuinte é medida extrema e excepcional. Cabe ao Fisco a demonstração específica, devidamente comprovada, de que determinada vantagem fiscal foi obtida através da prática de atos ilícitos ou simulados, dentro dos moldes dos institutos de Direito Civil e de Direito Comercial brasileiros.

Acusações de simulação e fraude não podem se valer apenas da rotulação das formas jurídicas adotadas pelo contribuinte como manifestamente defeituosas ou viciadas, independentemente de seu efetivo conteúdo e dos efeitos realmente verificados.

**Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL**

**Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013**

**IDENTIDADE DE IMPUTAÇÃO.**

Decorrendo a exigência de CSLL da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão proferida para o Imposto de Renda, desde que não presentes arguições específicas e elementos de prova distintos.

Nesse mesmo sentido, é relevante à menção ao Acórdão nº 1201.001.267, proferido pela C. 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, de relatoria do I. Conselheiro Marcelo Cuba Neto, publicado em 18/02/2016:

**Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ**

**Ano-calendário: 2007, 2008**

**DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.**

Inexiste vedação legal para que uma pessoa jurídica, detentora de ágio na aquisição de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial em razão da rentabilidade futura da investida, confira o aproveitamento deste ágio a outra pessoa jurídica por intermédio da absorção de seu patrimônio (art. 7º da Lei nº 9.430/96) ou vice-versa (art. 8º).

Se o ágio na aquisição do investimento efetivamente ocorreu, não sendo fruto de operações entre empresas do mesmo grupo econômico (ágio interno), incabível a glosa da despesa com sua amortização fundada no emprego da assim chamada "empresa veículo".

(...)

Pois bem, desde logo deve-se deixar claro que a fiscalização em momento algum alega que o ágio nasceu de uma operação realizada entre empresas que fazem parte do mesmo grupo econômico. Ao contrário, pelo que se vê no TVF o ágio decorreu de uma transação entre partes independentes e em pé de igualdade (*arm's length transaction*).

Resumindo, não se trata aqui de "ágio interno". São, como visto acima, duas as razões pelas quais o auditor se convenceu da ilegalidade do aproveitamento do ágio pela fiscalizada: (i) falta de propósito negocial e; (ii) emprego de empresa veículo.

(...)

Repare que a abusividade do planejamento tributário pode ter como característica (desde que não seja a única) justamente a ausência de propósito negocial. Entretanto, quando exista uma norma jurídica incentivando, sob o ponto de vista fiscal, a realização de um negócio jurídico, seria absurdo imaginar-se que além do propósito de economia fiscal deveria haver também algum outro propósito. Esse é exatamente o caso dos presentes autos.

Em relação ao emprego da chamada "empresa veículo" cumpre destacar que tal expressão tem sido utilizada pela fiscalização de uma maneira pejorativa, no sentido de um "mal em si mesmo".

No entanto, como é cediço, não é possível sustentar-se uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de "empresa veículo", até porque o simples emprego de "empresa veículo" não é tipificado como infração à legislação tributária.

Caberia então à fiscalização apontar a relação entre o emprego da "empresa veículo" e a prática de alguma infração à legislação tributária. E, no caso dos autos, como o autor da ação fiscal não se desincumbiu de seu ônus, isso já seria razão suficiente para afastar-se, de pronto, a autuação. (*destacamos*)

Sendo assim, o mero emprego de *empresas veículos*, criadas com o único propósito de promover aquisição de participação societária, não invalida a dedutibilidade do ágio percebido nas operações.

A estruturação de negócios de fusões e aquisições utilizando de companhias especificamente criadas para promover tais transações faz parte da livre organização empresarial, não podendo a opção societária contaminar a dedutibilidade de uma despesa que foi legitimamente formada - independentemente de qual pessoa jurídica envolvida restou figurando como sua detentora, ao final de todas as etapas de execução do negócio.

Por fim, conforme mencionado no relatório elaborado pelo Conselheiro Relator a autuação discutida utilizou como fundamento e como provas aquelas já expostas no lançamento que deu origem ao processo nº 16561.720117/2013-11, o qual já foi objeto de provimento por parte da 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF.

Pela clareza com que expõe a questão concreta dos presentes autos, transcreve-se abaixo trechos do voto do Conselheiro Relator Luis Fabiano Alves Penteado, os quais adoto como razão de decidir complementares:

#### **Do Caso Concreto**

A intenção por trás de todas as reorganizações societárias era a realização do investimento por parte do GPA (Grupo Pão de Açúcar) na empresa ASSAI. Contudo, parcela cindida da empresa ASSAI fora incorporada pela empresa BARCELONA, ora recorrente, e é a partir desta incorporação que se seguem as reorganizações societárias que acabam por gerar o pagamento e posterior amortização do ágio.

(...)

Para a análise da legalidade da amortização do ágio, o foco deve ser dirigido a quatro pessoas jurídicas distintas e duas pessoas físicas: SÉ, a investidora original; BARCELONA, a investida; SEVILHA E NERANO, as investidoras que formaram o ágio; e RODOLFO e LUIZ, os excontroladores da ASSAÍ.

A investidora original, SÉ, que tinha como controlada a empresa BARCELONA, alienou sua participação societária referente a empresa BARCELONA (que incorporou a parcela cindida da ASSAÍ) para as pessoas físicas RODOLFO e LUIZ.

As empresas SEVILHA e NERANO, controladas diretas da SÉ, por sua vez, adquiriram a participação societária da BARCELONA (60% e 40%, respectivamente), junto à RODOLFO e LUIZ, pagando um ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura da empresa investida. Ao final, decorrente de uma incorporação reversa, BARCELONA primeiramente incorporou SEVILHA, para depois incorporar NERANO, passando a ter o direito de amortizar o ágio baseado na expectativa de sua própria rentabilidade.

Concluída a reorganização, desenhou-se quadro no qual a empresa SÉ, que se alternara no controle da empresa BARCELONA, passou, enfim, a ter seu controle direto, reunindo, na empresa controlada, as despesas de amortização do ágio efetivamente pago e o acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio.

Não se deve esquecer que a BARCELONA fora a empresa que intermediou e concretizou a realização do investimento na ASSAI, detendo 80.275379% de seu patrimônio líquido.

A partir de todas as reorganizações que se desenharam, afigurou-se o atingimento do objetivo maior de toda esta operação: o investimento que reuniria a empresa ASSAÍ ao GPA, representado, este último, pela empresa CBD, centralizadora do caixa corporativo do Grupo e controladora direta da empresa SÉ.

Analisando todo o raciocínio construído nos tópicos precedentes deste voto e toda a documentação disposta nos autos, resta inequívoco que a operação em si, formalmente, é revestida de legalidade, constitucionalidade e possibilidade fática.

Deve-se partir do pressuposto de que a compra que resultara na consolidação do controle acionário da recorrente, junto aos ex-acionistas controladores, inequivocamente perfazem uma operação entre partes não relacionadas, em que houve o efetivo pagamento do ágio.

A condição para o aproveitamento do ágio, que deve neste caso ser analisada, seria a confusão patrimonial, da qual fosse possível o emparelhamento das despesas de amortização do ágio efetivamente pagos pela investidora e os lucros auferidos pela empresa investida, que concretizariam a expectativa de rentabilidade futura que fundamentou o ágio.

Não resta dúvida, da análise dos autos, que as empresas SEVILHA e NERANO efetivamente pagaram o ágio (Contrato de Compra e Venda), ou seja, incorreram em sacrifícios econômicos esperando a rentabilidade futura da empresa BARCELONA, devidamente comprovada através de laudo de avaliação.

Com a posterior incorporação da SEVILHA e da NERANO pela BARCELONA, reuniu-se nesta última, exclusivamente, o acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio (da empresa BARCELONA) com o acervo patrimonial em que estavam registrados os sacrifícios do investimento realizado, relativos ao ágio e ao valor patrimonial da investida (das empresas SEVILHA e NERANO).

Veja, em suma, norteou-se o permissivo legal para a amortização do ágio contido no art. 7º da Lei 9532/97 ou art. 386 do RIR/99.

A própria fiscalização reconhece, em diversos momentos, que as formalidades para a amortização do ágio foram atingidas

“(…) Essas operações, apesar de formalmente lícitas, são desprovidas de substância essencial ao negócio, vez que a vontade expressa materialmente não corresponde à subjetivamente acordada entre as partes. (…)”

“(…) O que se pode perceber é que os procedimentos adotados não passaram de atos formais desprovidos de racionalidade econômica. Ainda que a operação seja formalmente regular no âmbito do direito empresarial, não é possível que a fiscalizada usufrua o efeito tributário almejado, (…)”

**“(…) A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. (...)”**

**“(…) As operações realizadas em seqüência revelaram-se meramente formais e desprovidas de finalidade econômica, tendo como único objetivo a transferência do ágio (verdadeiramente pago por SÉ) para a contabilidade da Barcelona e a redução da sua carga tributária. (...)”**

**“(…) Não há dúvidas que novas empresas, empresas veículos, foram constituídas, de acordo com as formalidades exigidas no País. (...)”**

**Contudo, não se pode olvidar que nestes mesmos momentos a fiscalização reconhece que, apesar de formalmente lícita, a operação fora inundada pela artificialidade da transferência de um ágio, decorrente da total ausência de propósito negocial e racionalidade e, além, que não representara a extinção de nenhuma participação societária de fato.**

**O que pode se concluir, neste momento, uma vez concretizada a confusão patrimonial e todas as formalidades precedentes e posteriores, é pela presunção relativa de veracidade baseada única e exclusivamente em uma verdade formal.**

**Suficiente, no entanto, conforme todo o exposto anteriormente, para positivar parcialmente a disseminação concreta do princípio da capacidade contributiva e, conseqüentemente do princípio da igualdade tributária.**

**Para o atingimento de uma verdade absoluta, no entanto, essencial que se busque uma verdade material, a fim de confrontar quaisquer atos que possam desnaturar a neutralidade fiscal propagada pelo instituto de amortização do ágio.**

**Por isso, devem ser enfrentados os conceitos e ideologias que motivaram a indedutibilidade do ágio e a glosa fiscal: a ausência de propósito negocial, o uso de empresas veículo e a incorporação reversa.**

**Devemos nos adiantar nesta análise para revelar que todas as discussões que embasaram a presente autuação são circundadas por conceitos completamente subjetivos, sem qualquer amparo legal.**

**De tal modo, o presente julgador tecerá suas considerações pessoais do caso concreto, subjetivas, portanto, mas sempre respaldado pela lei e pelo entendimento que vem-se mostrando dominante no CARF, a fim de conferir a tais considerações ligeira objetividade.**

#### **Ausência de Propósito Negocial – Uso de Empresa Veículo- Incorporação às Aversas**

**Cumpra-se definir, de início, que o propósito negocial ou substância econômica perfazem a essência de qualquer operação que vise o lucro. A impossibilidade de identificação deste propósito sempre germinará a dúvida quanto à legalidade e artificialidade da operação como um todo.**

**O questionamento, então, do uso indevido de empresas-veículo ou a impossibilidade fática de incorporação às avessas são apenas conseqüências de uma intenção do investidor em apenas visar o benefício fiscal de amortização do ágio, fato que, aos olhos da fiscalização, não norteia o conceito de propósito negocial ou substância econômica.**

**(...)**

**No presente caso, torna-se nítido, através da transcrição do TVF, que o entendimento formado pela fiscalização e confirmado pelo v. acórdão recorrido, foi o de que o uso de empresas-veículos e a incorporação às avessas visavam somente a dedutibilidade das despesas de amortização do ágio:**

*“(…)fato de que a interposição de duas sociedades com a única finalidade de servir de empresas veículos para registrar os ágios pagos em uma operação, ao invés da utilização da real investidora, e logo em seguida efetuar a*

*incorporação destas empresas veículos pela investida, com o único intuito de promover a redução da carga tributária.(...)"*

*"(...)Portanto, não há qualquer razão específica sustentável, a não ser o desejo de dedutibilidade das despesas de amortização do ágio, para a ocorrência da referida incorporação às avessas.(...)"*

Veja, a fiscalização erroneamente sustenta que o gozo do benefício fiscal e/ou a economia tributária não seria, por si e em si, justificativa plausível para o preenchimento do requisito de propósito negocial.

Reputou, então, em juízo completamente subjetivo, vale lembrar, que o uso de empresa veículo e a incorporação às avessas, apesar de formalmente e legalmente possíveis, no caso presente esbarraram na ausência de propósito negocial e, por consequência lógica unilateralmente construída, foram eivadas de ilegalidade e impossibilidade fática.

Ora, a própria fiscalização reconhece que as empresas SEVILHA e NERANO eram holdings devidamente constituídas:

*"(...) 4.2.2 SEVILHA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. – CNPJ 07.146.013/000112 (Sevilha)*

*(...)*

*"(...)Tinha como objeto social "participar no capital social de outras sociedades, qualquer que seja a forma delas; participar em empreendimentos comerciais de qualquer natureza e; a administração de bens próprios" ("holding"). (...)"*

*"(...) 4.2.3 NERANO EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. – CNPJ 10.641.449/000192 (Nerano)*

*(...)*

*"(...)Tinha como objeto social "participar no capital social de outras sociedades, qualquer que seja a forma delas; participar em empreendimentos comerciais de qualquer natureza e; a administração de bens próprios" ("holding"). (...)"*

Quanto a utilização de empresas- veículo, portanto, não há qualquer óbice, vez que torna-se irretorquível a aplicação do art. 2º, § 3º da Lei n. 6.404/76, nítido permissivo legal para a constituição de holdings com o objetivo único de beneficiar-se de incentivos fiscais.

Quanto a incorporação às avessas (incorporação reversa), esta é totalmente possível no âmbito da seara societária e, além, é autorizado por lei que regula especificamente a amortização fiscal do ágio, qual seja, o art. 8º, "b" da Lei nº 9532/97:

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

*(...)*

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

O pressuposto para a permissão de amortização fiscal do ágio é a confusão patrimonial entre investidora e investida, que se consumou, como anteriormente demonstrado (pela redação do art. 7º da Lei nº 9532/97), e nesse contexto, se encaixa a expressa admissão da incorporação reversa ou às avessas pelo art. 8º da Lei nº 9.532/1997.

A mera transferência do ágio da investidora para a investida, por meio de veículo, ao final, quando incorporada aquela veículo, demonstra apenas uma consequência fática que tem como pressuposto uma autorização legal.

Se o legislador permite literalmente a amortização do ágio nos casos de incorporação às avessas, interpretação extensiva e lógica confere legitimidade para o instrumento imprescindível ao atingimento do objeto. Em outras palavras, o gozo do benefício fiscal pela investida só seria possível com a transferência do ágio, vez que este último fora registrado pela investidora.

Ademais, na mesma linha de raciocínio, a extinção da participação societária não torna-se requisito essencial para a amortização do ágio nos casos em que ocorre a incorporação às avessas.

Da mesma forma que não faria sentido a manutenção da participação societária e do investimento propriamente dito no caso de incorporação, também não teria qualquer fundamentação lógica a extinção destes no caso de incorporação reversa. Mais uma vez está-se diante de caso em que a lei promove interpretação extensiva e lógica conduzindo a possibilidade/necessidade de adequação da norma ao caso concreto.

(...)

De fato, a última operação, de incorporação reversa, visou única e exclusivamente a fruição do benefício fiscal, mas as reorganizações societárias que a precederam revelam que havia um propósito negocial coeso e integralmente plausível conferindo-lhes lógica jurídica e fática.

Veja, se não fossem as reorganizações que se deram anteriormente, o gozo do benefício fiscal não se concretizaria.

Faltou à fiscalização enxergar o “filme” da operação, do conjunto de etapas e operações da qual emergiu a composição societária final, baseando-se o agente fiscal em “fotografias estanques”, devidamente selecionadas para confirmar a afirmação de criação artificial do ágio.

Chegou-se ao ponto, diante de todas as motivações para a não adoção de escolhas que pareceriam lógicas financeiramente para a fiscalização, mas que se mostraram totalmente lógicas financeiramente pelo recorrente, de acordo com o objetivo principal de toda a operação, que a incorporação às avessas se mostrou o meio mais vantajoso e eficaz de se concretizar a concretização do investimento do GPA com a ASSAÍ, dentro dos ditames legais.

Portanto, a subjetividade do propósito negocial é parcialmente dirimida e gradativamente relativizada e enfraquecida, na medida em que se mostra robusta a motivação e construção lógica contida nas reorganizações societárias e na amortização do ágio propriamente dita.

O meio utilizado, conforme demonstrado, é amparado pela legislação. A amortização fiscal é completamente legal e possível neste caso: todos os requisitos formais foram atendidos, bem como todos os requisitos materiais.

Há, desta forma, a consumação integral da aplicação do princípio da capacidade contributiva, da igualdade e, então, o atingimento de uma verdade que tangencia o absolutismo no caso concreto.

Por todo o exposto, deve ser reconhecida a legalidade da amortização fiscal do ágio e julgo improcedentes os lançamentos.

Em face de todo o exposto, dou provimento ao recurso voluntário.

(Assinado digitalmente)

Junia Roberta Gouveia Sampaio.

