



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

Processo n° 16561.720117/2013-11
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-001.554 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de fevereiro de 2017
Matéria IRPJ
Recorrente BARCELONA COMERCIO VAREJISTA E ATACADISTA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

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

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, por maioria de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário e, por unanimidade, em negar provimento ao Recurso de Ofício. Vencido o Conselheiro José Carlos, que negava provimento ao Recurso Voluntário. Declarou-se impedido o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli.

(assinado digitalmente)

ROBERTO CAPARROZ DE ALMEIDA - Presidente.

(assinado digitalmente)

LUIS FABIANO ALVES PENTEADO - Relator.

EDITADO EM: 05/03/2017

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Roberto Caparroz de Almeida (Presidente), Luis Fabiano Alves Penteado, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Luis Henrique Marotti Toselli, Eva Maria Los, Luiz Paulo Jorge Gomes, José Carlos de Assis Guimarães e José Roberto Adelino da Silva (Suplente).

Relatório

Tratam-se de autos de infração, fls. 1402-1468, relativos ao IRPJ e CSLL (anos-calendário de 2008 a 2012), no valor total de R\$ 100.827.246,60 (inclusos multa de ofício de 150% e juros de mora à taxa Selic, calculados até outubro/2013).

Consoante Termo de Verificação Fiscal, às fls. 1469/1532, a Fiscalização constatou que:

“(…)

A presente fiscalização desenvolvida no contribuinte BARCELONA COMÉRCIO VAREJISTA E ATACADISTA S/A - CNPJ nº 07.170.943/0001-01 (Barcelona) originou-se pelo procedimento de auditoria fiscal determinado pelo Mandado de Procedimento Fiscal (MPF-D) nº 08.1.85.00-2012-00264-91, continuada pelo procedimento de fiscalização determinado pelo MPF-F nº 08.1.85.00-2013-00128-02, visando à verificação da dedutibilidade da amortização do ágio pela empresa fiscalizada, no período de 2008 a 2012, decorrente da operação de

incorporação das empresas controladas SEVILHA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA - CNPJ 07.146.013/0001-12 (Sevilha), em 31/03/20083, e NERANO EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA - CNPJ 10.641.449/0001-92 (Nerano), em 30/04/20104, conforme relatado a seguir.

Durante os procedimentos de auditoria fiscal aplicados no contribuinte 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.

(...)

Consta na consolidação que o Capital Social (da ora recorrente), totalmente subscrito e integralizado, é de R\$ 666.310.368,41 (seiscentos e sessenta e seis milhões, trezentos e dez mil, trezentos e sessenta e oito reais e quarenta e um centavos) dividido em 17.857.015 (dezessete milhões, oitocentos e cinquenta e sete mil e quinze) ações ordinárias e 3.722.470 (três milhões, setecentos e vinte e dois mil, quatrocentos e setenta) ações preferenciais, todas nominativas e sem valor nominal.

Resumidamente, a empresa tem como atividade preponderante a comercialização no atacado e varejo ("atacarejo") de produtos alimentícios e outros que completam sua linha de supermercados, representada pela denominação comercial "ASSAÍ".

(...)

A operação econômica analisada nesta auditoria fiscal se refere à aquisição, com ágio de 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 (Assai).

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 Assai de 80.275379% do seu patrimônio líquido, para a Barcelona. (...)

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, onde a Sevilha, empresa controlada por SÉ e sem atividade operacional, adquire, com ágio de 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 há 2 (dois) dias atrás era explorado pela Assai. (...)

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 as 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. (...)

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

Em 25/07/2009, conclui-se a 2ª etapa da aquisição do Negócio, onde 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 de 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. (...)

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).(...)"

Adiante a fiscalização esmiúça os pormenores da operação realizada, para posteriormente concluir pela indedutibilidade do ágio, nos seguintes termos:

"(...)

Como se pode ver, 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 nº 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.

(...)

9. DA REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA SIMULADA

À luz da legislação tributária retro mencionada e analisados os documentos referentes à operação de aquisição com ágio de rentabilidade futura das ações da Barcelona pela Sevilha e 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.

A 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). No período em que existiram, não apresentaram quaisquer movimentações negociais, a única exceção é 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 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.

A finalidade do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 é regular o efeito fiscal da recuperação do ágio na aquisição do investimento, quando este é extinto mediante a incorporação.

Ora, se é essa a finalidade do dispositivo legal, faz algum sentido permitir a amortização quando não há extinção nem do investidor e nem da sociedade investida? No presente caso, cabe dizer que o ativo adquirido não poderá mais ser recuperado e assim justificar a amortização fiscal? As respostas somente podem ser negativas.

Contudo, essa é a pretensão da fiscalizada, ao se verificar que, ao final de toda a operação, tanto a sociedade que efetivamente pagou o ágio, a SÉ, mediante a capitalização e/ou transferência de numerários as empresas veículos Sevilha e Nerano, quanto o investimento adquirido (Barcelona) não foram extintos.

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.

9.1 Da falta de propósito comercial

(...)

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 negociai, 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" [aú. A12).

Está-se questionando a criação das empresas veículos 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 negociai, bem como a incoerência entre a finalidade e a forma adotada.

Abaixo serão identificadas várias situações que corroboram tal conclusão.

9.2 Operações estruturadas em sequência

A análise da operação em questão não há que ser feita para cada negócio isoladamente, mas em relação ao conjunto de negócios encadeados como um todo. Essa a lição de Marco Aurélio Greco (in Planejamento Tributário, São Paulo, Dialética, 2004, p. 345-346):(...)

Analizando-se a situação existente antes da deflagração da seqüência 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 ter o controle absoluto da Barcelona e, após a última etapa, a Barcelona tinha como único acionista a SÉ. Se olharmos as situações em termos de participações societárias diretas e indiretas, teremos que antes e após a deflagração das etapas, a SÉ aumentou seu poder de controle sobre a Barcelona, transformando-a em uma subsidiária integral.

O caso em foco é composto de operações estruturadas em seqüência, vale dizer, de uma seqüência 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.

Primeiro existe a intenção da compra das participações; logo após, utilizam-se "empresas veículos"; em segundo, injetam-se recursos para capitalizá-las; Tudo isso se passando às vésperas da efetivação da compra das ações e, em terceiro, ocorre a incorporação das empresas interpostas, ocasião em que os investimentos na investida ficam diretamente ligados a real investidora.

Uma operação estruturada como a que ora está sendo examinada indica a existência de um objetivo único, predeterminado à realização de todo o conjunto, indicando, também, uma causa jurídica única. Nesta hipótese, cumpre examinar se há motivos autônomos ou não, pois, se estes

inexistirem, o fato a ser enquadrado é o conjunto e não cada uma das etapas.

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 seqüência de operações nesse curto espaço de tempo, tais como: as capitalizações das empresas veículos 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 seqüência 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.

9.2.1 Inexistências operacionais e administrativas da Sevilha e 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.

E o art. 982 do CC dispõe que salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro.

Assim, a finalidade precípua é a realização de negócios que caracterizam o exercício de atividade econômica. No caso específico da sociedade empresária, pelo teor do art. 966 do Código Civil, "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços". Portanto, a atividade econômica é materializada pela produção e circulação

de bens e serviços mediante organização de fatores de produção (capital, trabalho, matéria-prima, etc).

A formação de ambas as sociedades, empresária e simples, está adstrita ao ânimo do exercício de atividade econômica, e se este não existir fica caracterizada a ausência de propósito societário, não originando, assim, a motivação para a própria celebração do contrato de sociedade.

Subsidiariamente, neste caso, deve-se ponderar que não haveria nem mesmo quaisquer resultados a serem partilhados.

O elemento relevante quando se está perante uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal; tão ou mais importante, em matéria tributária, que o preenchimento das formalidades legais para sua constituição, é a identificação do empreendimento que justifica sua existência. A criação de uma pessoa jurídica tem sentido na medida em que corresponda à vestimenta jurídica de um determinado empreendimento econômico ou profissional. Ao teor do art. 966 do Código Civil, a idéia de empresa é o núcleo a ser investigado. Vale dizer, a atividade econômica é materializada pela produção e circulação de bens e serviços mediante organização de fatores de produção, por exemplo, capital, trabalho, matéria-prima, etc.

Nesse contexto, qual seria o papel das empresas Sevilha e Nerano?

A 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 possuíam 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.

9.2.2 Breve existência formal das incorporadas

Sevilha e Nerano Sociedades efêmeras ou de curta duração são aquelas que nascem para morrer ou para serem extintas tão logo cumpram seu papel em determinada operação.

O simples fato de a sociedade ser efêmera não significa haver contaminação na operação. Podem existir razões suficientes que levem à extinção imediata da pessoa jurídica ou mesmo à sua constituição de manhã e à sua extinção à tarde, por exemplo, caso algum fato externo venha a justificar tal operação. Não é pelo simples fato de ser efêmera que a operação estará contaminada, mas ser efêmera gera uma interrogação quanto ao motivo pelo qual foi efêmera. Por que foi criada e extinta em tão pouco tempo? Por vezes, dentro de um planejamento, a sociedade é criada para participar de determinado negócio ou receber determinado patrimônio ou recurso em trânsito para uma outra pessoa jurídica, eventualmente ligada à figura do ágio. Feito isto, pode ser extinta.

Este foi exatamente o caso das empresas Sevilha e Nerano. Capitalizadas exatamente nas datas em que ocorreriam os pagamentos das aquisições das participações societárias, conforme demonstrado nos tópicos "4.3 Da Incorporação da Sevilha pela Barcelona" e "4.4 Da incorporação da Nerano pela Barcelona", que trataram de suas incorporações, situavam-se nos mesmos endereços da SÉ e CBD. (...)

Vimos então que, uma vez cumprido os seus papéis predeterminados no conjunto das operações que compõem a operação maior, ou seja, o transporte indevido do ágio para dentro da Barcelona, as empresas Sevilha e Nerano foram extintas nos dias 31/03/2008 e 30/04/2010, respectivamente, sem que nenhum fato externo tivesse concorrido para tal fim.

Em suma, o caráter efêmero da sociedade é outro ponto relevante a ser considerado.

9.2.3 Incorporação às avessas

Segundo Marco Aurélio Greco, os institutos jurídicos são desenhados para regular situações que, na vida comum em sociedade, se apresentam como o que freqüentemente ocorre, levando-se em consideração as características e qualidades dos respectivos participantes.

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).

A legislação reconhece esta figura de caráter inverso (controlada incorporando a controladora), mas isto não afasta a relevância das circunstâncias que podem cercar o caso concreto, pois esta operação inversa pode, eventualmente, estar sendo realizada abusivamente ou como negócio indireto em desrespeito à lei (talvez não à lei societária que regula a incorporação, mas à lei tributária ou outra lei relevante aplicável ao caso concreto).

A incorporação às avessas apresenta-se como hipótese fora do perfil objetivo do instituto jurídico e, por isso, demanda uma razão específica relevante que afaste a estranheza da operação e que mostre sua perfeita adequação à realidade fática do caso.

No caso em questão, em etapas anteriores à "incorporação às avessas", a Barcelona tornou-se controlada da Sevilha e Nerano pela aquisição, por estas últimas, com ágio, de 60% e 40% de suas ações, respectivamente, resultando numa situação inusitada: Empresas de pequeno porte, que receberam aportes financeiros de seus controladores nos dias dos pagamentos das aquisições das participações, e que até então não haviam realizado qualquer operação

econômica, adquiriram um Negócio, representado pela atividade de atacado e varejo explorada pela Assai, que havia alcançado Receita Bruta de Revenda de Mercadorias superior a novecentos e setenta e quatro milhões de reais no período entre 01/01/2007 e 31/10/2007.

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.

10. DA CONCLUSÃO: INDEDUTIBILIDADE DO ÁGIO

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

Seja pelo 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.

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 veículos, o investimento

e, conseqüentemente, o ágio permaneceram inalterados na controladora original.

Em relação ao tratamento fiscal da dedutibilidade das despesas de amortização do ágio outorgado pela lei, é óbvio que o mesmo se aplica às reais hipóteses de (i) aquisição de investimento com ágio realizada por empresas no País e que efetivamente suportaram o pagamento deste, e (ii) quando ocorre a "confusão patrimonial" do investimento e ágio, em decorrência da extinção da participação societária.

Desta forma, o tratamento fiscal não se aplica às hipóteses em que tenha havido a construção de uma artificial reestruturação societária para possibilitar a almejada dedutibilidade do ágio.

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.

Fixando-se na natureza do método pelo qual os fatos efetivamente ocorreram, o que se encontra? Da parte da investidora SÉ, para a solidificação do controle da Barcelona, apenas operações entre empresas do mesmo grupo econômico e sem nenhum objetivo empresarial: criação, integralização de capital no momento dos pagamentos das aquisições das participações societárias e extinção das empresas veículos interpostas Sevilha e Nerano. Ou seja, meros mecanismos pelos quais se usou a fórmula de uma reorganização empresarial como disfarce para se encobrir seu objetivo real e único. Estamos diante, assim, de um plano preconcebido exclusivamente para a obtenção de reduções fiscais e não uma reorganização societária legítima.

Não há dúvidas que novas empresas, empresas veículos, foram constituídas, de acordo com as formalidades exigidas no País. Entretanto, tais empresas nada mais eram do que uma invenção para transferir um ágio pago numa operação entre partes independentes para dentro da empresa investida, uma empresa operacional. A interposição dessas veículos tiveram como finalidade única a redução de tributos. Foram utilizadas sem nenhum outro propósito. As empresas veículos não tiveram nenhuma outra função. Quando tal função foi exercida, as empresas veículos, obviamente, deixaram de existir.

A par de todo o ocorrido, tampouco as participações detidas pela SÉ na Barcelona saiu 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.

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. Na verdade, trata-se de atos intrinsecamente vazios, cuja única intenção é contornar norma impositiva tributária, em prejuízo específico dos princípios tributários da capacidade contributiva e da isonomia e, em linha gerais, dos direitos e garantias que norteiam a Carta Magna.

Assim, atos ou negócios jurídicos formalmente praticados, mas carentes de elementos essenciais, que revelam ter por fim colimado exclusivamente o de esquivar-se ao Fisco, afrontando princípios sociais e tributários superiores, não são oponíveis ao Estado, sendo a eles aplicável o tratamento tributário que o verdadeiro ato produziria.

Vale lembrar que, com o advento do Código Civil veiculado pela Lei nº 10.406, de 2002, o abuso do direito passou a ser considerado um ato ilícito, nos termos de seu artigo 187 "in verbis": (...)

Após o Código Civil de 2002, como o abuso de direito passou a ser expressamente qualificado como ato ilícito, em relação a questão tributária, o abuso faz desaparecer um dos requisitos básicos do planejamento, qual seja, o de se apoiar em atos lícitos. Vale dizer, a configuração de um ato ilícito (por abusivo) implica não estar mais diante de um caso de elisão, mas sim de evasão.

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. (...)"

Atingidas estas conclusões, a fiscalização detalha a infração, as respectivas multas aplicadas e os efeitos da indevida dedutibilidade nos resultados fiscais dos períodos de apuração abrangidos:

“(…)

11. DA INFRAÇÃO

11.1 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 as simulações constatadas, essas despesas não são dedutíveis.

Como consequência, efetuar-se-á a glosa dos valores deduzidos a título de despesa de amortização de ágio, cujos valores são apresentados abaixo:

GLOSA DAS DESPESAS DE ÁGIO	
Período de apuração	Valor em R\$
2º Trim 2008	4.618.345,25
3º Trim 2008	4.819.697,94
4º Trim 2008	4.888.139,13
2009	16.494.366,76
2010	52.700.036,88
2011	54.134.035,74
2012	55.284.305,64
Total	192.916.927,14

11.2 Da multa qualificada

No caso presente, 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 engendrassem 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.

A fundamentação legal da multa qualificada encontra-se no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que menciona intuito de fraude em sua redação original e que, na atual, limita-se a remeter aos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, e que têm a seguinte redação:

Nesses termos, o que qualifica o agir do sujeito passivo como sonegação ou fraude é o dolo. Significa, portanto, que basta evidenciar o dolo para que se justifique a qualificação da multa

de ofício. Essa figura também é tratada no art. 145 do Código Civil, como um dos defeitos do negócio jurídico. Diz o Código:

(...)

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 avaliar uma operação que, nessas circunstâncias, é inoponível à Fazenda.

Ao agir desta maneira, portanto, não pode a Barcelona 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 mera "empresas veículos", 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 pretense investimento na Barcelona e seu ágio.

11.3 Da multa isolada

A fiscalizada, no período de 01/01/2009 a 31/12/2012, 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 nº 8.981/95, "in verbis":

(...)

De acordo com a análise efetuada na contabilidade da Barcelona, durante o período de 01/2009 a 12/2012, 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.

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 na Planilha "Cálculo do IRPJ e da CSLL por Estimativa".

Esta planilha apresenta os valores mensais devidos, após a exclusão dos efeitos fiscais do ágio na apuração do Lucro Real (Base de Cálculo da CSLL) e aproveitamento dos valores do Imposto de Renda e CSLL retidos na fonte - apurados conforme DIPJ's apresentadas pelo contribuinte. Esta planilha é parte integrante deste Termo de Verificação Fiscal.

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 nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007, "in verbis":

(...)

Depreende-se de tal dispositivo a aplicação da multa de ofício de 50%, exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento que deixou de ser efetuado.

12. 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 dos anos-calendário de 2010 a 2012 e aumento dos Lucros Reais e das Bases de Cálculo Negativa da CSLL dos 2º, 3º e 4º trimestres de 2008 e do ano-calendário de 2009.

As alterações efetuadas nos resultados fiscais apurados pelo contribuinte (Prejuízo Fiscal e Base de Cálculo Negativa da CSLL) após a apropriação das infrações apuradas nesta auditoria fiscal estão detalhadas nos demonstrativos do sistema

da RFB - SAPLI (Sistema de Acompanhamento de Prejuízo, Lucro Inflacionário e Base de Cálculo Negativa da CSLL).

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 aos 2º, 3º e 4º trimestres de 2008 e anos-calendário de 2009 e subsequentes. (...)

Foram então lavrados os autos de infração, dos quais se exprime o seguinte:

“(…)

13. DOS PROCESSOS FORMALIZADOS

Em face das constatações acima discorridas, foram lavrados os pertinentes Autos de Infração de IRPJ, de CSLL e Multa Isolada, formalizados no processo administrativo sob nº 16561-720.117/2013-11, abrangendo os 2º, 3º e 4º trimestres de 2008 e anos-calendário de 2009 a 2012.

Ademais, em face do disposto na Portaria RFB nº 2439, de 21 de dezembro de 2010, e alterações introduzidas pela Portaria RFB nº 3182, de 29 de julho de 2011, foi formalizada a Representação Fiscal para Fins Penais através do processo administrativo sob nº 16561- 720.118/2013-65.

Por fim, informamos que não será formalizado processo administrativo visando ao arrolamento de bens e direitos em virtude da soma dos créditos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), de responsabilidade do sujeito passivo, não atingirem o disposto no art. 2º da Instrução Normativa RFB nº 1.171, de 07 de julho de 2011, e alterações introduzidas pela IN RFB nº 1.197, de 30 de setembro de 2011, e pela IN SRF nº 1.206, de 01 de novembro de 2011.

E para constar e surtir efeitos legais, foi lavrado o presente termo em duas vias de igual teor, que vão assinadas pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil abaixo, sendo uma das vias encaminhada ao domicílio tributário do fiscalizado por via postal mediante Aviso de Recebimento (AR).

(…)

A Contribuinte foi cientificada via postal em 22/10/2013 (vide AR de fls. 1535) e apresentou a impugnação de fls. 1402-1468, discorrendo sobre os seguintes tópicos:

I - FATOS

II - QUESTÕES INCONTROVERSAS NOS PRESENTES AUTOS

III- OBJETO DA CONTROVÉRSIA NO PRESENTE PROCESSO

IV - SUMÁRIO DOS PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DE DEFESA

V- DIREITO

V.1 - PRELIMINARMENTE - DA NULIDADE DO LANÇAMENTO:
FALTA DE INDICAÇÃO DO CORRETO FUNDAMENTO LEGAL DA AUTUAÇÃO

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

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

V.4- MÉRITO

V.4 a - CONTEXTO DA AQUISIÇÃO

V.4.2-UTILIZAÇÃO DE HOLDINGS: OPÇÃO LEGAL

V.4.3- OS PAPÉIS EFETIVAMENTE DESEMPENHADOS POR
SEVILHA E NERANO

V.4.4- AS INCORPORAÇÕES DE SEVILHA E NERANO

V.4.s - JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA DO CARF:
UTILIZAÇÃO DE EMPRESAS VEÍCULO

V.5- IMPROCEDÊNCIA DA MULTA PERPETRADA

V.5.1 - INAPLICABILIDADE DE PENALIDADE - MULTA DE OFÍCIO

V.5.2 - INAPLICABILIDADE DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA

V.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

V.5.4 - ERRO DE APURAÇÃO NA BASE DE CÁLCULO DA
ESTIMATIVA MENSAL E CONSEQUENTE QUANTIFICAÇÃO EQUIVOCADA DA
MULTA ISOLADA

V.6 - DA IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE JUROS
MORATÓRIOS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO (...)"

No tópico “V” da peça impugnatória resumem-se os principais fundamentos da defesa, vejamos:

“(...) IV-SUMÁRIO DOS PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DE DEFESA

19. Delimitado o objeto da discussão do presente processo, a Impugnante passa a relacionar, abaixo, de forma sintética, os seus principais argumentos de defesa, sem prejuízo de outros que serão detalhados mais adiante:

a) Os Autos de Infração são nulos, pois não mencionaram corretamente os fundamentos legais para a glosa das amortizações do ágio, acarretando cerceamento do direito de defesa.

b) Ainda que fosse procedente a glosa do ágio, parte do crédito tributário constituído encontra-se extinto por decadência, tendo em vista que o IRPJ e a CSLL são tributos sujeitos a lançamento por homologação, sendo aplicável a regra prevista no artigo 150, §4º, do CTN, por não ter restado configurado dolo, fraude ou simulação. Assim, o prazo decadencial em relação ao ágio decorrente das aquisições procedidas por Sevilha teria se esgotado tanto se a contagem se iniciar da data da sua geração (01/11/2007), da deliberação da incorporação (31/03/2008) ou da data em que foi realizada a primeira amortização (30/06/2008), haja vista que o lançamento foi realizado em 22/10/2013.

c) Ad argumentandum, mesmo que o prazo decadencial seja contado em relação a cada amortização, aplicando-se o disposto no artigo 150, §4º, do CTN, ao menos os valores apurados no 2º e 3º trimestres de 2008 teriam sido atingidos pela decadência.

d) No mérito, as autuações devem ser julgadas improcedentes, pois se trata de ágio efetivamente pago (milhões de Reais) aos ex-controladores para a aquisição de participações societárias entre partes indubitavelmente independentes.

e) A aquisição do negócio de atacarejo por parte do GPA era medida necessária para a expansão dos seus negócios e para a contenção de crescimento dos seus concorrentes. Todas as operações realizadas, inclusive no que diz respeito à forma como seriam procedidas, especificando-se, até mesmo, a utilização de empresas veículo de aquisição, foram amplamente divulgadas e noticiadas pela imprensa.

f) A utilização de empresas holdings para aquisição de investimentos, incluindo a realização de pagamentos por seu intermédio, é permitida e até mesmo incentivada pela legislação. Tanto é assim que é modelo amplamente utilizado pela União na condução de seus investimentos e também foi diversas vezes usado em processos de privatização, tendo sido reconhecido como procedimento válido em dezenas de acórdãos proferidos pelo CARF.

g) A Impugnante reconhece que a Sevilha e a Nerano foram sociedades holdings criadas para viabilizar a aquisição das participações societárias, já que a incorporação da Impugnante (empresa operacional com dezenas de estabelecimentos) por

outra empresa operacional (SÉ ou até mesmo CBD, também sociedades com centenas de estabelecimentos), além de bastante complexa de ser operacionalizada (por questões de gestão, de sistema, dentre outros), inviabilizaria a segregação necessária dos negócios (varejo e atacarejo) e implicaria em envolver, nos demais negócios do GPA, os ex-controladores de Assai.

h) A chamada incorporação "reversa, às avessas ou invertida" está expressamente prevista na legislação fiscal, em especial no artigo 8º, alínea "b", da Lei nº 9.532/97, tendo sido mantida expressamente na recém editada Medida Provisória nº 627/2013, sendo, portanto, permitida.

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

j) A multa isolada sob acusação de falta de recolhimento por estimativa mensal não pode ser mantida, por ter sido aplicada de modo concomitante com a multa de ofício proporcional aos tributos apurados. Ainda que não fosse improcedente a exigência da multa isolada como um todo, o cálculo procedido pela D. Fiscalização contém erros.

(...)"

Ao final a impugnante pleiteia (*verbis*):

"(...) VI – PEDIDO

217. 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 e CSLL, multa de ofício multa isolada, juros e demais acréscimos, determinando-se, por conseguinte, o restabelecimento do saldo de prejuízo fiscal compensando "de ofício" e, ao final, o arquivamento do processo administrativo instaurado. (...)"

Acórdão nº 14-52.726 - 5ª Turma da DRJ/RPO

Em suma, entendeu-se que, no presente caso, ficara evidenciado o fato de que as empresas Sevilha e Nerano foram criadas para viabilizar a amortização do ágio efetivamente pago na aquisição das participações dos Srs. Rodolfo Junji Nagai e Luiz Fumikazu Kogashi na

empresa Barcelona, que efetivamente receberam pelas alienações e, em princípio, deveriam oferecer os ganhos à tributação.

Todavia, o Colegiado, pela maioria de seus membros, entendeu que na situação versada nos autos o ágio é indedutível, pois, sua dedutibilidade foi materializada artificialmente, haja vista que as empresas investidora (Sé) e investida (Barcelona) continuaram a existir após as operações.

Para sustentar tal posicionamento transcrevem-se trechos extensos do Termo de Verificação Fiscal (já transcritos em parte anterior deste relatório) e conclui-se:

“(...) Os fundamentos acima convenceram este Colegiado em sua maioria, pelo que peço vênha para adotá-los como razões de decidir, afastando, inclusive a preliminar de nulidade do lançamento haja vista que está precisamente apontado o fundamento legal da autuação, que inclusive entende-se por correto. (...)”

Apontam-se, então, precedentes do CARF no sentido do ora decidido e rejeitam-se, pois, as alegações quanto a nulidade dos autos de infração bem como da improcedência da glosa do Ágio.

Quanto a multa entendeu-se pela prevalência de entendimento majoritário do Colegiado no sentido de que o artificialismo caracterizado pela utilização de empresa veículo, absolutamente desnecessária, visando exclusivamente viabilizar a amortização do ágio, subsume-se à hipótese do art. 71 da lei nº 4.502/1964, nos exatos termos da fundamentação Fiscal.

Manteve-se, então, a qualificação da multa de ofício.

Em relação a decadência, firmou-se o entendimento de que, uma vez que houve a aplicação da multa qualificada, a contagem do prazo decadencial deve ser feita na forma do art. 173 do CTN. No presente caso, o contribuinte adotou a sistemática do lucro real trimestral, ou seja, considera-se ocorrido o fato gerador no último dia de cada trimestre. Logo, à luz do art. 173, inciso I do CTN, o prazo decadencial do ano calendário de 2008 (1º autuado) iniciou-se em 1/1/2009, encerrando-se em 31/12/2013.

Por todo o exposto, rejeitou-se a alegação de impossibilidade do Fisco efetuar em 2013 a auditoria dos elementos contábeis e fiscais do ano-calendário de 2007, para glosar valores com repercussão tributária em períodos posteriores (ágio passível de amortização). Rejeitou-se também a Decadência do ano-calendário de 2008.

Ainda reputou-se absolutamente legal e correta a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício da mesma forma que do principal: a partir do vencimento. Colacionaram-se os fundamentos do ilustre conselheiro do CARF, Leonardo Couto, sobre o tema.

Por fim, quanto a aplicação da multa isolada, frisou-se que a Instrução Normativa SRF nº 93, de 24 de dezembro de 1997, ao tratar da falta ou insuficiência de pagamento da estimativa, em seus arts. 15 e 16, esclareceu que, verificada a falta de pagamento do imposto por estimativa após o término do ano-calendário, o lançamento de ofício abrangeria

tanto a multa de ofício isolada sobre a estimativa não recolhida como o imposto devido com base no lucro real apurado no encerramento do ano-calendário, acrescido de multa de ofício e de juros de mora.

No entanto, entendeu-se que não há mais que se falar de dupla incidência sobre uma mesma materialidade, uma vez que a nova redação legal dada ao art. 44 da Lei nº 9.430/1996 pela MP nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, deixa claro que a base de cálculo da multa isolada é o pagamento mensal. Com a nova redação tornou-se clara a distinção entre as duas multas, que referem-se a infrações distintas: falta de recolhimento do pagamento mensal e falta de recolhimento do tributo devido ao final do ano calendário.

Analisaram-se então as alegações e cálculos dispostos na impugnação para concluir-se que cabe razão a impugnante nessa parte.

Especificamente quanto a multa isolada da estimativa do mês de dezembro de cada ano, verificou-se que é exatamente o valor do ajuste anual, haja vista que a contribuinte elaborou balanços mensais de suspensão/redução.

Assim sendo, foram excluídas as seguintes parcelas relativas multa isolada por falta de recolhimento do IRPJ e CSLL por estimativas mensais:

Diante do exposto, votou-se no sentido de julgar procedente em parte a impugnação interposta, tão somente para reduzir parcialmente a exigência da multa isolada, exonerando-se os valores de R\$ 2.540.365,83 e 1.979.513,54 (conforme demonstrativo acima).

Recurso Voluntário

O presente Recurso Voluntário fora mantido em idênticos termos aos da Impugnação apresentada. Apenas um tópico fora acrescido no sentido de delinear uma síntese do v. acórdão recorrido, destacando os principais pontos ali sustentados.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado Relator

O recurso interposto é tempestivo e encontra-se revestido das formalidades legais cabíveis merecendo ser apreciado.

Contabilização do Ágio

Integralmente respaldado pela aplicação do princípio da verdade material, o entendimento do presente julgador é de que trata-se a amortização do ágio de um instrumento criado pelo ordenamento jurídico voltado ao atendimento e regulação de uma operação econômica específica, para que a tributação desta represente total consonância com a regra matriz de incidência do IRPJ e, assim, com o consagrado princípio da capacidade contributiva.

O ágio representa a diferença entre o custo de aquisição de um investimento em participações societárias de coligada ou controlada e o valor do patrimônio líquido da investida à época da aquisição. Em raciocínio inverso, portanto, o custo de aquisição de participação societária em coligada ou controlada, ou o valor do investimento, necessariamente corresponderá ao valor do patrimônio líquido da investida, na época da aquisição, somado ao ágio ou deságio respectivo.

Deve-se frisar que o ágio do caso presente lastreia uma expectativa de lucratividade da empresa investida para o futuro, em suma, esperando-se o retorno econômico e financeiro do investimento realizado. É sobre este fundamento específico que recairá toda a tese sustentada a partir de então.

São dois os eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

Quanto ao primeiro caso, trata-se de situação no qual a investidora aliena o investimento para uma terceira empresa e o ágio passa a integrar o valor patrimonial do investimento para fins de apuração do ganho de capital, reduzindo, assim, a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Desta feita, o aproveitamento do ágio ocorre no momento em que o investimento que lhe deu causa foi objeto de alienação ou liquidação.

Sobre o segundo caso deve ser lançada uma análise aprofundada, por nortear exatamente o que se afigura em tela. A operação, então, deve ser delineada desde sua origem, até a efetiva consumação do instituto legalmente habilitado ao contribuinte: a amortização do ágio deve atender a certos pressupostos e requisitos que vão se desenhando a partir do deslinde de uma série de atos interdependentes em ordem cronológica.

Inicialmente, há a concretização de um investimento lastreado pela aquisição de participação societária em coligada ou controlada, com o pagamento de um sobrepreço (ágio) justificado pela expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida/investida.

Celebra-se um contrato de compra e venda cujo o objeto é a aquisição de participação societária com ágio.

De forma sucinta e direta, credita-se a Conta Caixa/Bancos da pessoa jurídica que passará a ser a investidora, detentora da participação societária e futura controladora. Em contrapartida, debita-se a Conta Caixa/Bancos da pessoa jurídica que detinha a participação societária, antiga investidora e controladora, baixando-se a conta de investimentos.

A relação que se estabelece é de que o adquirente/comprador passa a ser o investidor, esperando a rentabilidade futura da investida diante do ágio efetivamente pago.

A legislação brasileira prevê que as pessoas jurídicas que detenham investimentos em controladas ou coligadas devem realizar sua escrituração pelo MEP (Método de Equivalência Patrimonial), desdobrando o custo deste: (i) no valor do patrimônio líquido

existente no momento da aquisição da respectiva participação societária e (h) no ágio ou deságio eventualmente suportado para a aludida aquisição.

Importante ressaltar que o montante correspondente ao ágio, na empresa investidora, é lançado no ativo permanente, como ativo diferido, na conta de investimentos.

A Conta de Ativo Diferido caracteriza-se por evidenciar os recursos aplicados na realização de despesas que contribuem para a formação do resultado de mais de um exercício social futuro. Evidencia compatibilização conceitual/lógica e perfeita adequação contábil, então, o registro do ágio em referida conta.

Ao mesmo tempo, a conta de investimentos é debitada no ativo da investidora, para representar contabilmente a porcentagem de sua participação aplicada ao patrimônio líquido total da investida, pelo MEP, portanto.

A escrituração de ágio pela investida não possui relevância para a análise em tela, pois não há comunicação necessária com os lançamentos contábeis realizados pela empresa investidora.

Por essa razão, em nenhum momento a legislação que rege a matéria se volta aos valores contabilizados como ágio pela empresa investida, sendo relevante, apenas, a conta de investimento presente nas demonstrações financeiras da empresa investidora.

Passado este momento de contabilização inicial do investimento, o que deve ser esmiuçado a seguir são os reflexos contábeis e tributários dos lucros de fato auferidos pela investida, fundamento que sustentou a justificativa do ágio pago pela investidora.

As variações no patrimônio líquido da investida, decorrentes diretamente da hipotética concretização dos lucros, passam a ser refletidas na investidora pelo MEP.

Desta forma, a conta do ativo de investimentos deve ser ajustada na contabilidade da investidora, debitando-se os valores correspondentes aos lucros auferidos pela investida e repercutindo, assim, o aumento patrimonial que ali se consumou. Tal contabilização é definida pela dicção legal do art. 388 do RIR/99.

Contudo, estes eventuais aumentos no valor do patrimônio líquido da investida não são computados na determinação do lucro real da investidora, nos termos do art. 389 do RIR/99.

Essencial que se ressalte o fato de investidor e investida serem entidades autônomas até então. A partir do momento em que são auferidos lucros pela investida, que representam justamente a concretização da expectativa de rentabilidade futura que fundamentou o pagamento do ágio, a tributação se dá única e exclusivamente por parte da própria investida, uma vez decorrente de sua atividade normal e operacional.

Não faria sentido tributar os lucros na investida, e em seguida tributar o aumento do patrimônio líquido na investidora, que ocorreu precisamente por conta dos lucros auferidos pela investida.

Neste albor, segue passagem norteadora do Acórdão nº 9101-002.312 – 1ª Turma, de relatoria do Ilustre Conselheiro Luís Flávio Neto (Sessão de - 3 de Maio de 2016):

“(...) Resta nítida a separação dos patrimônios entre investidora e investida, inclusive as repercussões sobre os resultados de cada um. A investida, pessoa jurídica independente, em razão de sua atividade econômica, apura rendimentos que, naturalmente, são por ela tributados. Por sua vez, na medida em que a investida aumenta seu patrimônio líquido em razão de resultados positivos, por meio do MEP há uma repercussão na contabilidade da investidora, para refletir o acréscimo patrimonial realizado. A conta de ativos em investimentos é debitada na investidora, e, por sua vez, a contrapartida, apesar de creditada como receita, é excluída na apuração do Lucro Real. (...)”

Destaque imprescindível é o de que, neste momento, fora tributado o lucro que de fato se concretizou, o acréscimo patrimonial que norteia a hipótese de incidência do Imposto de Renda taxado no art. 43 do CTN, para mais à frente detectar-se que o instituto do ágio visa coibir uma bitributação, baseando-se, de um lado, meramente em expectativa de renda.

Portanto, há a realização de fato do investimento, a valorização da participação societária na medida em que previsto quando do pagamento do ágio. Consuma-se o retorno econômico esperado pelo investidor quando da aquisição da participação societária.

A contabilização aqui construída não guarda relação total e direta com o caso concreto, o qual, conforme será demonstrado adiante, primou unicamente pela amortização fiscal do ágio, desconsiderando qualquer amortização contábil anterior.

O raciocínio construído até então, no entanto, além de servir como instrumento basilar e abrangente para o entendimento de situações específicas/peculiares, visa a construção e posterior demonstração da lógica do sistema de amortização inserido no ordenamento jurídico brasileiro.

Amortização Contábil do Ágio

Sob um olhar atento da situação que ora se desenhou, percebe-se que, contabilmente, este ágio por rentabilidade futura poderia ser amortizado pela investidora na medida em que a rentabilidade é realizada pela empresa investida (com os reflexos em seu patrimônio líquido), dentro do período em que houve a previsão para os futuros lucros.

Assim, o valor do ágio seria abatido do lucro auferido na participação.

Conforme professora Ludícibus (2009, p. 176): *“O fundamento aqui é o de que, na verdade, as receitas equivalentes aos lucros da coligada ou controlada não*

representam um lucro efetivo, já que a investidora pagou por eles antecipadamente, devendo, portanto, baixar o ágio contra essas receitas”.

Neste albor define-se a possibilidade de uma amortização contábil, em que se torna válido o abatimento do valor relativo ágio do lucro auferido na participação, apesar de não se produzir quaisquer efeitos na orla fiscal/tributária.

Como o ágio fora fundamentado pela expectativa de rentabilidade futura do investimento, ele deveria ser amortizado contabilmente durante o período no qual se esperava que tais resultados se realizassem. A expectativa de resultados futuros deveria ser avaliada a cada período para fins de revisar os critérios de amortização do ágio ou simplesmente baixá-lo integralmente.

No entanto, os efeitos desta amortização contábil são neutralizados pela legislação do IRPJ. De fato, dispunha o art. 25 do Decreto Lei nº 1598 que as contrapartidas da amortização contábil não deveriam ser computadas na determinação do lucro real, tampouco as contrapartidas dos ajustes na conta de investimentos (diante dos aumentos patrimoniais da investida), creditadas como receita.

As contrapartidas de amortização contábil constituem despesas que afetam negativamente o lucro societário, devendo ser adicionados ao lucro real no período em que incorridas e controladas na Parte B do LALUR.

Cabe ressaltar que a Parte B do LALUR caracteriza-se pela manutenção dos registros de controle de valores que integrarão a tributação de períodos subseqüentes, quer como adição, exclusão ou compensação.

Em se tratando de ágio cuja justificativa econômica é a expectativa de rendimentos futuros, ainda que uma parte dele ou todo o seu valor já tiver sido amortizado contabilmente, este ágio poderia ser amortizado para fins tributários somente após a incorporação, fusão ou cisão, conforme determinação legal contida no art. 7º, III, da Lei nº 9532/97, conforme será delineado a seguir.

Quanto a parte já amortizada contabilmente, a amortização fiscal deveria se dar mediante exclusões do lucro real em contrapartida às baixas respectivas no controle da Parte B do LALUR.

Apesar da possibilidade fática e legal de conciliação de uma amortização contábil, seguida da amortização fiscal, depois da edição da Lei nº 11.638/07, o ágio deixa de ser sistematicamente (automaticamente) amortizado.

O atual padrão contábil não mais prevê a amortização contábil do ágio por expectativa de rentabilidade futura, mas apenas a aplicação de testes de recuperabilidade (*impairment*), nos termos da atual redação do artigo 183 da lei 6.404/76, com a finalidade de medir a eventual perda por redução ao valor de recuperação existente.

Amortização Fiscal do Ágio

A amortização fiscal depende do cumprimento de uma fórmula operacional básica (expressão utilizada no já citado Acórdão nº 9101-002.312 – 1ª Turma), que pressupõe a absorção, reunião e posterior confusão patrimonial entre investidora e investida, nos termos dos art. 7º (ou 386 do RIR/99), *in verbis*:

“Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

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; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 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.

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

Apenas desta forma aperfeiçoa-se o encontro de contas entre o investidor e a investida e possibilita-se a aplicação estrita do princípio do emparelhamento de receitas e despesas, ou seja, torna-se se possível o confronto direto entre as despesas de amortização do ágio, contabilizados pela investidora/incorporadora e as receitas provenientes dos lucros efetivamente auferidos pela empresa investida/incorporada (aproveitamos aqui a confusão patrimonial através da incorporação, por ser o caso concreto).

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

Nesta linha segue norteador excerto, novamente extraído do Acórdão nº 9101-002.312 – 1ª Turma:

“(…) A exigência normativa, portanto, reside simplesmente em uma necessidade técnica de reunido (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

(…)

Nesse seguir, a mens legis ou ratio legis das regras em análise se torna evidente: o ágio decorrente da aquisição deverá ser amortizado do lucro obtida pela empresa adquirida, o que demanda comunicação entre ambas ou seja, "absorção". E dizer: para que o objetivo da norma seja alcançado (qual seja, a amortização do ágio), o meio selecionado como requisito

essencial foi a reunido, "absorção" das pessoas jurídicas investidora e investida."

Com a incorporação, por óbvio, extingue-se a conta de investimentos registrada no ativo da empresa investidora/incorporadora. Deverá ser baixado o saldo do investimento realizado junto a empresa investida, incorporada ou incorporadora (dependendo se ocorreu uma incorporação ou uma incorporação reversa), já que ou a investidora ou a investida deixaram de existir como pessoas jurídicas distintas.

Desta forma, e apenas desta forma, podem ser feitos os lançamentos referentes a amortização fiscal do ágio, quais sejam: creditam-se os valores de ágio registrados no ativo diferido e debitam-se despesas de amortização em conta de resultado. Essas despesas confrontarão mensalmente e à razão de 1/60, no prazo mínimo de 5 anos, as receitas provenientes da rentabilidade da empresa incorporada.

Lógica Tributária do Sistema de Amortização (Art. 7º da Lei nº 9532/97)

– O Benefício Fiscal

A lógica do sistema, delineando a situação que se colocou até então, mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

Este lucro já fora devidamente tributado antes de ocorrer a incorporação, pela investida, quando de fato concretizou-se a expectativa de rentabilidade que embasou o ágio. Uma vez transferido este lucro à incorporadora, com a confusão patrimonial que se instaura, razão não há para uma nova tributação, posto que este já fora reconhecida outrora.

O efeito contábil e tributário desta operação, do investimento em si, já se manifestara em um momento anterior.

Veja, o cuidado do legislador é milimétrico e perfeito neste sentido, não oferecendo qualquer brecha, em momento algum, para a tributação de eventuais acréscimos patrimoniais refletidos na investidora.

Quaisquer resultados positivos que fossem percebidos na contabilidade da investidora não seriam tributados de fato, diante de expressa vedação legal.

O que ocorre em um marco finalístico é tão somente a efetivação do instituto legal de amortização do ágio, anulando todos os efeitos contábeis e fiscais naturalmente duplicados da operação, reconhecendo que parte de tais efeitos já foram propagados e devidamente registrados no passado.

Neste sentido vemos total sincronia entre as legislações infraconstitucionais e a carta Magna, norteando respeito mútuo, principalmente no que concerne o atendimento ao princípio da igualdade tributária e o princípio da capacidade contributiva.

Seria uma afronta a referidos princípios a tributação dupla sobre um mesmo fato gerador, concebendo a possibilidade da tributação sobre uma mera expectativa de renda.

Ocorre que, prevalecem na atualidade os casos reais e concretos em que a operação societária que promove a confusão patrimonial é efetuada logo em seguida ao pagamento do ágio na aquisição de participação societária (o caso em tela se dá nesses termos).

As empresas investidora e investida deixam de ser entidades autônomas antes da produção dos resultados positivos esperados. Deste modo, não se consoma e tampouco se considera a amortização contábil, por impossibilidade fático-temporal. A amortização fiscal não levará em conta qualquer valor amortizado contabilmente.

Neste contexto, não há que se falar na impossibilidade da bitributação, mas, sim, em isenção fiscal. Em nenhum momento são tributados os lucros que lastream a fundamentação do ágio, pois estes foram se realizando dentro do patrimônio da própria investidora ou investida, respectivamente com a incorporação ou a incorporação reversa.

A essência ideológica de um benefício fiscal reside especificamente neste ponto e, naturalmente, as discussões e divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto a artificialidade da amortização do ágio decorrem daí.

Há, de fato, a isenção do pagamento de IRPJ sobre os lucros auferidos na operação, os quais, em nenhum momento, são tributados.

Veja, a mesma sistemática contábil aplicada para a amortização contábil é aqui adotada analogamente para a amortização fiscal. Os lucros percebidos não representam lucros de fato, uma vez que devem ser confrontados com as respectivas despesas de amortização.

A diferença aqui ressaltada, que fundamenta a caracterização e incisão de um benefício fiscal na operação, é a de que, no caso de uma amortização contábil, apesar de não perfazer-se lucro efetivo para a investidora, o perfaz para a investida, que, por sua vez, deve sofrer a tributação do IRPJ.

Não havendo amortização contábil, mas somente uma amortização fiscal, com a incorporação e a reunião patrimonial, os lucros efetivados (relativos a expectativa que fundamentou o ágio pago) são imediatamente desnaturados pelas despesas de amortização do ágio, portanto, não ensejando qualquer tributação.

No entanto, independentemente da situação que se concretiza, considerando ou desconsiderando uma anterior amortização contábil, deve-se partir do pressuposto de que os lucros auferidos nunca deixaram de ter a natureza de uma mera expectativa de lucratividade para a investidora.

Sob este prisma, mesmo quando incorporados ou auferidos de fato estes lucros, com a confusão patrimonial, o legislador criou uma forma de manter intacta esta natureza, que passa a representar toda a abrangência de conteúdo significativo do ordenamento jurídico-tributário especificamente em uma peculiaridade e individualidade econômica.

Explica-se.

A fundamentação que embasa o pagamento do ágio é a expectativa de rentabilidade futura. Toda a operação econômica e financeira que se forma tem como pressuposto, então, a expectativa de um investidor. A contabilidade do investidor (ou,

posteriormente da investida, se houver incorporação reversa), neste sentido, deve representar uma realidade fática e, portanto, deve se moldar para manifestar esta expectativa.

A questão norteadora para a análise em questão é a de que o investidor, com o pagamento do ágio, tem um sacrifício econômico efetivo, uma despesa. Este sacrifício, no entanto, é lastreado por uma expectativa, de modo que só se verá o respectivo retorno atendido quando a expectativa se concretizar e não o lucro efetivamente. Então, a contrapartida do ágio deve ser a representação real e fidedigna desta expectativa de rentabilidade.

Com a incorporação e a efetiva confusão patrimonial, o investidor (ou a investida, por consequência lógica, se ocorrer a incorporação reversa) sente de fato o atendimento e satisfação da expectativa, quando os lucros passam a ser percebidos em seu resultado.

O que o investidor (ou investida, com a incorporação reversa) deve representar, por meio de sua contabilidade, é o sacrifício econômico destinado a efetivação de uma expectativa.

O legislador encontrou, então, no permissivo legal de amortização do ágio, uma forma de desnaturar os lucros sentidos pela incorporadora, para dar-lhes a realidade fática de sua verdadeira natureza essencial e originária, uma expectativa de rentabilidade.

Há o respeito total ao ordenamento jurídico. Sob um olhar perfunctório e desatento, com a absorção dos resultados positivos pela investidora/incorporadora, vemos um signo de riqueza e, assim, a materialização do princípio da capacidade contributiva em seu caráter objetivo.

No entanto, em uma análise detida, torna-se imperceptível a presença de um sujeito apto a suportar o impacto tributário, uma vez que, considerados os sacrifícios econômicos dispendidos para tal, vê-se situação de completa indisponibilidade jurídica e econômica de riqueza por parte da investidora/incorporadora.

Neste passo, haveria total descompasso com o princípio da capacidade contributiva, em seu caráter subjetivo, a tributação de uma mera expectativa de rentabilidade do investidor/incorporador. O instituto de amortização do ágio representa uma interpretação extensiva da lei em sua constituição.

A capacidade contributiva absoluta ou objetiva “retrata a eleição, pela autoridade legislativa competente, de fatos que ostentem signos de riqueza”.

Está se diante de um fato que se constitua numa manifestação de riqueza, de eventos que demonstrem aptidão para concorrer às despesas públicas. Há então, um sujeito passivo potencial. Já a capacidade contributiva relativa ou subjetiva quer definir a capacidade identificada pelo legislador, que elege o sujeito individualmente considerado, apto a contribuir na medida de suas possibilidades econômicas, suportando o impacto tributário.

Revela, portanto, a aptidão de contribuição na medida das possibilidades econômicas de determinada pessoa. Há, portanto, um sujeito passivo efetivo, deixando de ser apenas potencial, pois apto ou não a absorver o impacto tributário.

Devemos reconhecer o brilhantismo do Ilustre doutrinador Paulo Barros de Carvalho, ao professorar que a aplicação do princípio da capacidade contributiva em sua manifestação relativa significa a realização do princípio da igualdade. Neste sentido também leciona Marciano Seabra de Godoi:

“A prevalência da capacidade contributiva relativa se dá, pelo menos em nosso ordenamento jurídico, em virtude daquela possuir em seu conceito as noções de garantia do mínimo vital e limite contra o confisco, além de exigir a consideração, pelo legislador, de fatores cujo desprezo pode fazer com que um indício de capacidade contributiva oculte em verdade uma ausência real de capacidade contributiva”

A hipótese de incidência dos tributos deve pressupor e ser respaldado pela aplicação do princípio da capacidade contributiva em toda a sua abrangência. A mera expectativa de renda não norteia a definição de aquisição de disponibilidade jurídica e econômica elencada no art. 43 do CTN, para fins de incidência do imposto de renda. Neste sentido, sua tributação colocaria em xeque a aplicação do referido princípio e do princípio da igualdade, afrontando, por consequência lógica, todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesta linha de raciocínio construída, cabe destaque o posicionamento adotado pelo Ilustre Presidente da **4ª Câmara/1ª Turma Ordinária, André Mendes de Moura, no Acórdão nº 1401001.416**, proferido em 04/09/2015:

“ (...) De acordo com Leandro Paulsen sendo fato gerador do imposto a “aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza”, não alcança a “mera expectativa de ganho futuro ou em potencial”.

(...)

Para Gilberto Ulhôa Canto, co-autor do anteprojeto do CTN, não basta, apenas, que seja adquirido o direito de auferir o rendimento (ou a sua titularidade). É necessário que a aquisição desse direito assuma a forma de faculdade de adquirir disponibilidade econômica, mediante a tomada de iniciativa ou a prática de ato, que estejam no âmbito do arbítrio do interessado, a qualquer momento; em outras palavras, a disponibilidade jurídica não ocorre com o aperfeiçoamento do direito à percepção do rendimento, sendo, mais do que isso, configurada somente quando o seu recebimento em moeda ou quase moeda dependa somente do contribuinte.

(...)

Importante, também, observar as conclusões extraídas pelo **Recurso Especial nº 320445 RJ, em que o relator Ministro Garcia Vieira esclarece:**

"Partindo de tais pressupostos, sem a necessidade de maiores digressões, de ordem doutrinária, afigura-se-me escoreta a decisão ora objurgada, porquanto é certo que a disponibilidade econômica ou jurídica da renda só ocorre quando houver real acréscimo patrimonial, não cabendo a tributação sobre mera expectativa de ganho futuro e em potencial. Nesse aspecto, a razão está com a recorrida, quando invoca, em suas contrarrazões, opiniões doutrinárias e precedentes jurisprudenciais em favor da tese defendida, acabando por concluir, in expressis:

"Assim, tem-se que, o efetivo acréscimo patrimonial, disponibilizado para o contribuinte, não pode ser verificado pelos registros contábeis, mas somente pelo ganho determinado no momento em que a Recorrida cumprir a obrigação financeira, pois é somente nesse momento que ela se beneficia (ou não) com a quantidade de reais necessária para a liquidação da obrigação em moeda estrangeira. Antes disso, os registros contábeis significam, tão somente, mera expectativa de ganho, que não constitui hipótese de incidência do imposto de renda.

Como viu-se acima, a disponibilidade a que se refere o art. 43 do CTN resulta de um fator econômico concreto e atual (dinheiro em caixa por exemplo) ou de um fato reconhecido como tal pelo Direito (um direito reconhecido pela lei, como o direito de crédito).

Logo, não há como se falar que meros registros contábeis, que representam tão somente expectativas de resultado positivo (já que não se sabe se quando a obrigação for cumprida, a variação será positiva ou negativa) constituam um acréscimo patrimonial, e que este, por força do regime de competência, esteja disponibilizado para o contribuinte no momento em que registrado; ao contrário, é certo que o contribuinte não dispõe desse ganho, uma vez que ainda não implementado o termo em que deveria cumprir sua obrigação financeira." (fls. 258/259) (...)"

Vê-se, portanto, que a disponibilidade jurídica deve ser entendida como a detenção de título líquido e certo, hábil a proporcionar a disponibilidade econômica, por meio de atitudes que dependa apenas do contribuinte.

(...)

Mesmo que se entende ter havido disponibilidade econômica ou jurídica sobre a renda, não se pode afirmar que houve a aquisição dessa disponibilidade, já que o aspecto material da hipótese de incidência do imposto sobre a renda pressupõe a "aquisição" da disponibilidade.

(...)"

A conclusão atingida é no sentido de que a redação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9532/97, sob uma interpretação histórica, pode ser vista como a criação de um benefício fiscal, visando o estímulo à investimento na aquisição de empresas privadas com perspectivas de crescimento de rentabilidade, como incentivo à geração de riqueza, de empregos e, como consequência, de incrementar a própria arrecadação tributária.

Até hoje, tal justificativa pode sustentar sua manutenção e aplicação concreta. A incorporação visaria a isenção de tributação, dando a oportunidade ao contribuinte de não efetivar situação que ensejasse a tributação da empresa investida.

No entanto, **sob uma interpretação sistemática, o entendimento do presente julgador é de que o benefício fiscal é apenas consequência de uma ideologia que visa o respeito ao princípio da capacidade contributiva** (e a hipótese de incidência do IRPJ, por raciocínio lógico decorrente), gerando a neutralidade fiscal de que devem ser dotadas as operações de reorganização societária.

Por "neutralidade fiscal" às operações de reorganização, entenda-se o esforço de fazer valer o princípio da irrelevância tributária para as diferenças patrimoniais realizadas, de tal modo que tais operações não possam servir como fontes geradoras de renda tributável ou de perdas dedutíveis, porquanto não se trata de ato normal de gestão da empresa, mas de sua reestruturação, para otimização das atividades desempenhadas.

No entanto, os desvirtuamentos fáticos consequentes à criação do instituto de amortização do ágio geram enormes distorções e subjetividades que o distanciam desta ideologia central. O que deverá se primar, então, para a análise de todo o caso em tela, é se, em algum momento, houve a afronta ao princípio da capacidade contributiva e, consequentemente, ao equilíbrio fiscal perpetrado pela igualdade.

É o que se proporá a fazer.

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.

De forma resumida e sistemática organizaremos as operações em etapas, seguindo excertos transcritos do Termo de Verificação Fiscal.

Primeiramente, o objetivo maior deve ser destacado:

“(…) A operação econômica analisada nesta auditoria fiscal se refere à aquisição, com ágio de 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 (Assai).(...)"

Após, necessário que se exponha a operação pontual que premedita o negócio com a empresa ASSAÍ e a cisão e posterior incorporação da parcela cindida desta última pela BARCELONA, ora recorrida:

(...)

Em 10/10/2007, dias antes da cisão parcial da Assai, alterou o objeto social para "comércio varejista e atacadista de produtos manufaturados, semimanufaturados ou "in natura", nacionais ou estrangeiros, de todo e qualquer gênero e espécie, natureza ou qualidade, desde que não vedada por lei", e mudou sua razão social para BARCELONA COMÉRCIO VAREJISTA E ATACADISTA S/A21. Nessa época, a CBD transferiu sua participação acionária para a SÉ.

a) Cisão parcial realizada pela Assai 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 Assai (doravante, essa parcela da Assai 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).

Houve, então, o efetivo pagamento do ágio aos ex-controladores acionistas da BARCELONA, ex-sócios da ASSAÍ:

Na ocasião, SÉ e AYMAR GIGLIO JÚNIOR - CPF 021.861.968-59 (Aymar):

1) Por meio da cessão de titularidade, transferiram suas 10.000 (dez mil) ações 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 Assai, 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 Assai.

A partir de então serão delineadas as operações que se sucederam dentro do GPA, culminando na amortização fiscal do ágio:

“ (...) 2) Aumentou o capital social da Sevilha para R\$ 198.010.000,00 (cento 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, onde a Sevilha, empresa controlada por SÉ e sem atividade operacional, adquire, com ágio de 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 há 2 (dois) dias atrás era explorado pela Assai.

(...)

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 as subscrições e integralizações efetuadas por seus acionistas em 28/11/2007, incorpora a 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. (...)

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

Em 25/07/2009, conclui-se a 2ª etapa da aquisição do Negócio, onde 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 de 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.

(...)

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 (dezesseis milhões, quinhentos e noventa e dois mil, duzentos e setenta reais e cinqüenta e um centavos).

(...)

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 ex-controladores 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 ASSAÍ, 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 comercial, 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 Comercial – Uso de Empresa-Veículo – Incorporação às Aversas

Cumpra-se definir, de início, que o propósito comercial 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 aversas 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 comercial ou substância econômica.

O presente Conselheiro já definiu posicionamento que atinge exatamente a subjetividade da identificação de um propósito comercial em reorganizações societárias e a consequente utilização de empresas-veículo, que visem única e exclusivamente economia tributária, por meio do **Acórdão nº 1201-001.438:**

“(...) os conceitos de propósito comercial e substância econômica carecem de fundamento legal, tornando-se subjetivos e abrangentes. Veja, não são elementos aceitos e incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro, inexistindo qualquer dispositivo legal que lhes dêem substrato.

O alcance destes conceitos atinge a existência de razões econômicas que vão além da obtenção de vantagem fiscal, única e exclusivamente. Partindo deste conceito, a presença de um propósito comercial deve ser precedente e, além, originária na operação, de modo a concretizar a amortização do ágio e o concomitante gozo do benefício fiscal como uma consequência natural e lógica, se considerarmos o fato gerador do IRPJ.

Ocorre, porém, que a indefinição dos conceitos no ordenamento jurídico impede a formação de entendimento uníssono a respeito de seus termos e limites, tornando qualquer discussão acerca das operações de ágio como ao menos parcialmente subjetivas.

O ágio não é um tema tão controverso e alvo de discussões calorosas no âmbito deste Conselho à toa. Cada julgador atribui uma amplitude e alcance diverso à definição atribuída ao propósito negocial/substância econômica.

O que se busca, na realidade, com referidos conceitos, sejam claros e diretos, é a identificação de abuso, fraude ou simulação, perfazendo caráter arbitrário e artificial que vise apenas o aproveitamento do benefício fiscal.

A percepção do propósito negocial/substância econômica como definidor deste cenário pode ser favorável, mas diante da referida subjetividade, frequentemente inaugura uma nova posição acerca de seu alcance, diante de casos concretos distintos, dotados cada qual de especificidade e peculiaridade.

Se presta, então, o presente voto, a partir deste ponto, a analisar detalhadamente todas as informações e alegações levantadas pela fiscalização para definir se, necessário ou não um motivador para a operação que vá além do benefício fiscal, bem como, ausente ou presente o tal propósito negocial e, da mesma forma, se presentes indícios de fraude ou simulação na operação.

Primeiramente, é importante ressaltar que temos presenciado com preocupante frequência, a utilização pelo Fisco da teoria do propósito negocial por meio do qual defende que a simples ausência - sob a ótica do fisco - de outros motivadores para a operação que não o alcance do benefício fiscal, já é elemento suficiente que invalida os atos do contribuinte ou, ao menos, inviabiliza o benefício fiscal almejado.

Entendo que tal racional adotado pela autoridade fiscal guarda certa contradição com diversas regras e estruturas criadas há muito tempo pelo legislador pátrio, por meio das quais são oferecidos benefícios fiscais às empresas que, ao cumprirem determinados requisitos, acabam levando desenvolvimento econômico à determinadas regiões do Brasil.

Menciono aqui, de forma exemplificativa, o regime fiscal da Zona Franca de Manaus, que oferece incentivos fiscais para as empresas que lá se estabelecerem e produzirem, gerando empregos, desenvolvimento econômico/social e, mesmo, arrecadação de tributos para a região.

Ora, em relação à Zona Franca de Manaus, a principal função desempenhada pelas autoridades fiscais tem sido monitorar se os contribuintes, de fato, cumprem todos os requisitos previstos em lei para o gozo dos incentivos fiscais, sem haver qualquer questionamento acerca das motivações do contribuinte.

O que o Fisco busca é auditar se, realmente, as empresas estão lá estabelecidas ou se os produtos são lá produzidos, por exemplo.

Contudo, não há qualquer exigência de que as empresas lá estabelecidas tenham propósitos negociais além do gozo do incentivo fiscal em si, para lá se estabelecerem.

Em outras palavras: nenhuma empresa busca a Zona Franca de Manaus em razão da maior proximidade com o mercado consumidor, melhor infra-estrutura ou maior oferta de mão de obra qualificada. O objetivo é o gozo do incentivo fiscal e isso é garantido às empresas que cumpram todos os requisitos da legislação, independentemente da existência de outras razões.

Desta forma, o conceito a ser adotado para definir o propósito negocial deve ser no sentido de considerar a busca pela redução das incidências tributárias, por si, como um propósito negocial que viabiliza a dedução do ágio. Já temos importantes precedentes do CARF nesta direção:

GANHO DE CAPITAL. VENDA DE QUOTAS. PLANEJAMENTO FISCAL ILÍCITO. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. INOCORRÊNCIA NAS REDUÇÕES DE CAPITAL MEDIANTE ENTREGA DE BENS OU DIREITOS, PELO VALOR CONTÁBIL A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI 9.249/1995.

Constitui propósito negocial legítimo o encadeamento de operações societárias visando a redução das incidências tributárias, desde que efetivamente realizadas antes da ocorrência do fato gerador, bem como não visem gerar economia de tributos mediante criação de despesas ou custos artificiais ou fictícios. A partir da vigência do art. 22 da Lei 9.249/1995 a redução de capital mediante entrega de bens ou direitos, pelo valor contábil, não mais constituiu hipótese de distribuição disfarçada de lucros, por expressa determinação legal.

(Acórdão nº 1402001.472 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária – Sessão de 09 de outubro de 2013)

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. NEGÓCIOS JURÍDICOS. ATOS JURÍDICOS. LICITUDE.

O fato dos atos praticados visarem economia tributária não os torna ilícitos ou inválidos. O fato dos negócios praticados visarem economia tributária não os torna ilícitos ou inválidos.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MOTIVO DO NEGÓCIO. CAUSA DO NEGÓCIO. LICITUDE.

Motivo do negócio é a razão subjetiva pela qual o contribuinte faz o negócio jurídico. Causa do negócio ou sua função

econômica é o efeito que o negócio produz nas esferas jurídicas dos partícipes. O motivo ilícito implica em nulidade, quando declarada por um Juiz. Se a motivação do negócio é economia tributária, não se pode falar em motivo ilícito.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MOTIVO DO NEGÓCIO. CONTEÚDO ECONÔMICO. PROPÓSITO NEGOCIAL. LICITUDE.

Não existe regra federal ou nacional que considere negócio jurídico inexistente ou sem efeito se o motivo de sua prática foi apenas economia tributária. Não tem amparo no sistema jurídico a tese de que negócios motivados por economia fiscal não teriam "conteúdo econômico" ou "propósito negocial" e poderiam ser desconsiderados pela fiscalização. O lançamento deve ser feito nos termos da lei.

(...)

Outra tese do Fisco que merece análise é a de que os atos praticados poderiam ser desconsiderados, porque não teriam conteúdo econômico (ou propósito negocial), já que teriam sido praticados com o único objetivo de economia tributária. Porém, tal afirmativa está em descompasso com o ordenamento jurídico.

Como se vê, em última análise, a afirmação do Fisco consiste em sustentar que o planejamento tributário é proibido e que a economia tributária só é admissível se for acidental. Apenas por isso, já se percebe a improcedência do argumento. Mas, a análise da tese do Fisco confirma o equívoco desta interpretação da fiscalização, pois nem esta motivação vicia o negócio e nem existe lei atribuindo tal efeito.

As razões de ordem subjetiva que levam a pessoa a concluir algum negócio jurídico denominam-se motivos. Já o efeito que o negócio produz nas esferas jurídicas dos partícipes chama-se causa ou função econômica do negócio. Assim, independente da causa do negócio jurídico, se ele é praticado visando redução da carga tributária, pode-se dizer que o motivo do negócio foi economia fiscal.

Conforme o Código Civil, apenas o motivo ilícito (se for determinante do negócio e comum As partes) implica em nulidade (inciso III, art. 166 do CC). Mesmo assim, tal nulidade precisa ser declarada por um Juiz.

No entanto, salvo disposição de lei em contrário, não há como supor que a intenção de economizar tributos é ilícita. Assim, o inciso III, art. 166 do Código Civil não poderia ser aplicada sequer por juizes aos negócios jurídicos pelos quais a pessoa executa seu planejamento tributário. E, muito menos, poderia ser aplicada pela fiscalização, para efetuar lançamento de ofício.

De outra banda, não existe regra federal ou nacional que considere negócio jurídico inexistente ou sem efeito se o motivo de sua prática foi apenas economia tributária. Somente se existisse uma lei com este conteúdo é que a fiscalização poderia desconsiderar os efeitos jurídicos dos negócios. "

(Acórdão n. 1101-000.835 - 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária – Sessão de 04 de dezembro de 2012)

Neste sentido, existem também bons e recentes exemplos desta brilhante turma, merecendo destaque trecho do voto do Ilustre Conselheiro Marcelo Cuba Netto no acórdão n. 1201-001.267 de 19 de janeiro de 2016:

"(...) 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."

Aliás, o racional adotado nos julgados acima está integralmente alinhado com as disposições da própria Lei n. 6.404/76 define em seu art. 2º, § 3º:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

Veja, a lei claramente define a possibilidade da constituição de uma holding com o intuito único de gozo de incentivos fiscais, que nada mais são que benefícios fiscais, assim como é o ágio.

(...)

Assim, me parece claro que a simples alegação de ausência de propósito negocial não é suficiente para a glosa da dedução da amortização do ágio, até mesmo porque, desde que utilizados instrumento legais e inexistentes a fraude, simulação ou abuso de direito, a economia tributária pode ser considerada um propósito negocial.

A utilização da chamada empresa veículo pelo contribuinte tem sido invocada pelo Fisco como condição para invalidar o negócio jurídico ou conjunto de negócios jurídicos que culminaram na dedução do ágio pago.

(...)

Primeiramente, é importante destacar que o fato do contribuinte se utilizar de uma empresa veículo para a perfectibilização da operação não é suficiente, por si só, para invalidar o negócio jurídico, especialmente, como se verá mais adiante, se restar demonstrada a existência de estruturas ou caminhos alternativos disponíveis ao contribuinte e que levassem ao mesmo resultado.

Este racional já encontra amparo no CARF, conforme os julgados aqui destacados:

"AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO.

Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago.

A circunstância de a reorganização societária de que tratam os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei.

(Acórdão 1102-000.982 – 1ª Câmara/ 2ª Turma Ordinária - Sessão de 04/12/2013 - Voto Vencedor Conselheiro José Evande Carvalho Araujo)

Aliás, temos diversos precedentes desta brilhante 1ª Turma da 2ª Câmara, dentre os quais destaco recente julgado (Acórdão n. 1201-001.364) de relatoria do ilustre Conselheiro João Carlos de Figueiredo Neto:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

Ementa: AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO.

APROVEITAMENTO POR OUTRA EMPRESA DO GRUPO. PROPÓSITO NEGOCIAL. POSSIBILIDADE.

Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago, devidamente

fundamentado em rentabilidade futura, e decorrente de transação entre partes independentes.

Caso exista um propósito comercial válido e se demonstre ser possível a dedução do ágio por incorporação direta, não há óbices para que o grupo econômico "transfira" o ágio efetivamente pago para outra de suas empresas, aproveitando-se do benefício fiscal em outra parte da estrutura societária, mesmo se para isso se utilizar de empresa veículo.

"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".

Destaco aqui também, trecho do voto do brilhante Conselheiro Marcelo Cuba Netto no já mencionado acórdão n. 1201-001.267:

"(...)

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."

Me parece cada vez mais pacificado o entendimento de que a utilização de uma empresa veículo para aquisição de outras empresas, de grupo econômico distinto, não revela qualquer vício, ilegalidade ou abuso em si.

(...)

Meu ponto aqui é que a existência de outras opções, além da utilização da chamada empresa veículo, já revela o descabimento da glosa da dedução do ágio pago sob tal fundamento - utilização da empresa veículo.

Assim, me parece de todo vazio o argumento de que a existência de uma "conduit company" na operação teria maculado a operação a ponto de inviabilizar a dedução do ágio.(...)"

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 07.146.013/0001-12 (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 10.641.449/0001-92 (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.

A jurisprudência do CARF aponta para a possibilidade de tal operação societária:

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

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

(Acórdão nº 1301002.009 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária - Sessão de 04/05/2016)

INCORPORAÇÃO REVERSA.

Quando a autuação fiscal sustenta a glosa da amortização do ágio na inexistência da incorporação reversa, por não conhecer a alínea "b" do art. 8º da Lei nº 9.532/97, tal lançamento não deve prosperar.

(Acórdão nº 9101002.184 – 1ª Turma - Sessão de 20/01/2016)

*ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. INCORPORAÇÃO REVERSA.
DEDUTIBILIDADE.*

Após a incorporação da investidora pela investida (incorporação reversa), é dedutível a amortização de ágio decorrente da anterior aquisição de participação societária em negócio firmado entre partes independentes, em condições de mercado, baseado em expectativa de rentabilidade futura da investida e efetivamente pago à alienante do investimento. A incorporação da investidora pela investida (incorporação reversa) é operação prevista em lei, bem assim seus efeitos tributários. Se, no momento do lançamento, o Fisco teve acesso ao demonstrativo que fundamentava o ágio e deixou de questioná-lo, descabe fazê-lo em momento processual posterior.

(Acórdão nº 1302001.532 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária – Sessão de 21/10/2014)

As conclusões atingidas, no entanto, pendem para um entendimento pessoal do presente julgador, dada a já referida subjetividade quanto a análise destas questões, uma vez vinculadas a uma ideia central, o propósito negocial.

Desta forma, na intenção de zelar pelo princípio da verdade material, na busca pela objetividade e pelo atingimento de uma verdade absoluta, que se adequem, neste caso, ao entendimento adotado pela fiscalização e pela autoridade julgadora, serão levantadas

evidências que precedem e exorbitam a mera economia tributária ou o gozo do benefício fiscal para confirmar um autêntico propósito negocial para a operação.

Neste sentido, cumpre colacionar ao voto a fundamentação do recorrente (em seu Recurso Voluntário) que justificou as reorganizações societárias dentro do Grupo Pão de Açúcar.

Primeiramente, quanto ao objetivo principal do investimento da GPA na ASSAI:

“117. O interesse manifestado pelas partes sempre foi o de manter uma joint venture, que contasse, de um lado, com a força financeira do GPA, e, de outro lado, com a expertise dos ex-controladores, os Srs. Rodolfo e Luiz, na administração do negócio de atacarejo. Este interesse, notoriamente divulgado pelo GPA no Fato Relevante de 02/11/2007, oportunamente já reproduzido, não destoou em nenhum momento da realidade”

De fato, de análise detida dos autos e dos documentos juntados, tornou-se de notório saber a intenção do negócio da GPA com a empresa ASSAÍ.

Quanto à motivação para a não integração, em uma única sociedade, da atividade de varejo da empresa SÉ, com a atividade de atacarejo da BARCELONA (empresa que incorporou a parcela cindida da ASSAÍ), ora recorrente, subsume-se:

“(...) a) Porque colocaria, em choque frontal, os dois modelos de gestão (varejo versus atacarejo), que eram (e ainda são) completamente distintos um do outro).(...)

b) Porque os conflitos na área de sistemas seriam tormentosos e insanáveis no curto prazo.(...)

c) Porque a aparente complementariedade dos negócios não se traduziria em melhoria de resultados, nem propiciaria captura de sinergias administrativas, técnicas e operacionais.(...)

d) Porque, (e, sobretudo porque) os ex-acionistas controladores da recorrente (e o próprio GPA) não tinham nenhum interesse de se tornarem sócios através da participação no capital social da SÉ (observem que a incorporação do acervo patrimonial da Recorrente pela SÉ, geraria, com consequência inevitável, a substituição das ações detidas pelos ex-acionistas controladores no capital da Recorrente, por quotas do capital da incorporadora e sucessora SÉ)

(...)

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

Quanto a motivação para as empresas SEVILHA e NERANO não incorporarem direto a empresa BARCELONA, ora recorrente, extrai-se:

“(...) porque a incorporação de controlada por incorporadora seria extremamente complexa, extensa e custosa. Para ter-se uma ideia, uma incorporação da Recorrente por Sevilha ou Nerano dependeria (i) de abertura prévia de inúmeras filiais das incorporadoras nos endereços das filiais da Recorrente, que seriam extintas, (ii) de obtenção de novos CNPJ’s, de Inscrições Estaduais e Municipais, (iii) de Alvarás de funcionamento emitidos pela Prefeitura, Corpo de Bombeiros, Vigilância Sanitária, (iv) de aquisição de novos ECF’s, (v) intervenção técnica destinada a programar o ECF para uso fiscal, dentre inúmeras outras obrigações etc. Sem contar, ainda, com o iminente risco de atraso na obtenção de quaisquer inscrições, licenças, autorizações, que impediriam que as lojas efetuassem vendas ao consumidor.

(...)

Portanto, como a própria lei fiscal autoriza a incorporação às avessas, tal foi usado dentro dos limites conferidos aos contribuintes para se organizarem da maneira que melhor convier, permitindo que o processo de incorporação fosse mais simples e rápido. Não há ilegalidade nenhuma no uso dessa modalidade de operação. Tanto Sevilha quanto Nerano estavam aptas a realizar a incorporação do acervo patrimonial da Recorrente. Não havia óbice de nenhuma espécie; só não fizeram por que ensejaria maiores custos e seria extremamente mais complexa e arriscada.”

Por fim, diante de todo este contexto, **surge a motivação para a incorporação às avessas** (ou incorporação reversa) concretizada:

“151. Não se furta o Recorrente 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 arts. 7º e 8º da Lei nº 9532/97 (de amortização fiscal, pelo período mínimo de 5 anos, do ágio incorrido nas aquisições da Recorrente, 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 detentora do ágio fundamentado em rentabilidade futura, ou vice-versa.

152. Repita-se: foi exatamente isto que ocorreu no caso em apreço. É dizer, Sevilha e Nerano, cada qual exercendo a função que lhes foi atribuída, adquiriram participação societária na Recorrente, e, em razão disso, pagaram em condições normais de mercado, dentro da mais ampla comutatividade, um

substancial ágio aos ex-acionistas controladores, partes não relacionadas.

153. Posteriormente, por deliberação de seus acionistas, as partes se valeram de benefício criado pelo Chefe do Poder Executivo (por intermédio da Medida Provisória nº 1602/97), posteriormente convertida na Lei nº 9532/97), mediante incorporação de Sevilha e Nerano, única condição necessária para a fruição do incentivo.”

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 comercial 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 comercial 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.

Reflexos da Legalidade da Amortização do Ágio

Por consequência lógica quaisquer discussões decorrentes do mérito em questão devem ser consideradas neste momento para breves esclarecimentos.

Nos termos do art. 59, § 3º do Decreto 70235/72, não há que se falar em declaração da nulidade do lançamento, quando as razões de mérito já desnaturaram este último.

As multas aplicadas perdem o seu objeto e, assim, não devem ser aplicadas: não há totalidade ou diferença de tributo ou contribuição a pagar e/ou recolher. A multa de ofício, daí, já se desnatura.

A qualificação da multa, baseada em conduta dolosa, sonegatória ou fraudulenta do recorrente, por óbvio, deve ser desonerada, visto que a operação se mostrou completamente legal, neste sentido, acertada a decisão da DRJ, não merecendo qualquer reparo quanto a este ponto.

As estimativas mensais devem ser revistas, com a consideração das despesas de amortização fiscal legalmente realizadas mensalmente e a multa isolada não deve ser aplicada, pois as diferenças percebidas e glosadas não devem prosperar diante da validação da operação.

Não há que se falar, então, na cobrança dos 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.

A alegação de decadência também não encontra objeto pois o lançamento fora reputado improcedente.

Com relação aos demais lançamentos decorrentes do IRPJ, aplica-se o reflexo, visto são oriundos do principal e referem-se a mesma matéria tributável, pugnando-se, por fim, pela improcedência dos lançamentos de IRPJ e CSLL.

Conclusão

Diante de todo o exposto, CONHEÇO do RECURSO de OFÍCIO para NEGAR-LHE PROVIMENTO e CONHEÇO do RECURSO VOLUNTÁRIO PARA DAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteadó - Relator

