



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16561.720195/2012-34
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-006.163 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 12 de julho de 2022
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADA. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece de recurso especial cuja divergência suscitada está amparada na análise de situações distintas nos acórdãos recorrido e paradigmas apresentados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Alexandre Evaristo Pinto e Carlos Henrique de Oliveira, que votaram pelo conhecimento. Votou pelas conclusões o conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência, interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional com fundamento no artigo 67 do Regimento Interno do CARF, Anexo II da Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015 (RICARF), contra o Acórdão nº 1401-001.900, proferido pela 1ª Turma da 4ª Câmara Ordinária, na sessão de 20 de junho de 2017, que deu provimento parcial ao recurso voluntário para afastar a incidência da multa de ofício qualificada.

A decisão foi recebida a seguinte ementa:

"ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

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

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

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. OUTRAS HIPÓTESES. INOCORRÊNCIA.

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

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009 DECADÊNCIA. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO. RETROAÇÃO A FATOS OCORRIDOS ANTERIORMENTE. POSSIBILIDADE.

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

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 150 DO CTN A PARTIR DE RECOLHIMENTO DO IRRF. IMPOSSIBILIDADE.

O recolhimento do IRRF independe da espontaneidade do contribuinte, pois ele decorre de uma imposição a um terceiro (sujeito passivo responsável). Assim, a relação jurídico-tributária mantida entre o fisco e o responsável tributário é diversa daquela mantida entre o fisco e o contribuinte do IRPJ, razão pela qual o pagamento de IRRF não pode ser considerado para a contagem do prazo decadencial nos termos do § 4º do art. 150 do CTN.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

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

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

ÁGIO. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL.

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

PREJUÍZO FISCAL. APROVEITAMENTO JÁ EFETUADO NO LANÇAMENTO.

O controle dos prejuízos fiscais existentes pertence à RFB, mas é alimentado a partir de informações prestadas pelos contribuintes. Se todo o prejuízo fiscal passível de compensação já foi utilizado no lançamento fiscal, e uma vez que o Lalur da recorrente não infirma os saldos existentes nos controles da RFB, não há que se alegar erro no aproveitamento de prejuízo fiscal.

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

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

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 150 DO CTN A PARTIR DE RECOLHIMENTO DO IRRF. IMPOSSIBILIDADE.

O recolhimento do IRRF independe da espontaneidade do contribuinte, pois ele decorre de uma imposição a um terceiro (sujeito passivo responsável). Assim, a relação jurídico-tributária mantida entre o fisco e o responsável tributário é diversa daquela mantida entre o fisco e o contribuinte do IRPJ, razão pela qual o pagamento de IRRF não pode ser considerado para a contagem do prazo decadencial nos termos do § 4º do art. 150 do CTN.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

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

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

ÁGIO. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL.

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

PREJUÍZO FISCAL. APROVEITAMENTO JÁ EFETUADO NO LANÇAMENTO.

O controle dos prejuízos fiscais existentes pertence à RFB, mas é alimentado a partir de informações prestadas pelos contribuintes. Se todo o prejuízo fiscal passível de compensação já foi utilizado no lançamento fiscal, e uma vez que o Lalur da recorrente não infirma os saldos existentes nos controles da RFB, não há que se alegar erro no aproveitamento de prejuízo fiscal.

A discussão decorre da exigência do IRPJ devido nos anos-calendário 2007, 2008 e 2009, em face de glosa de amortização indevida de ágio, baseado em expectativa de rentabilidade futura da recorrente. O referido ágio decorre da operação de venda da Companhia Brasileira de Distribuição (doravante denominada CBD), pertencente ao grupo brasileiro Pão de Açúcar, para o grupo supermercadista francês Casino Guichard Perachon S.A. (doravante denominado Casino).

Encaminhados os autos à PFN para a ciência do acórdão recorrido em 08/08/2007 (fl. 5609), esta interpôs recurso especial (fls. 5610/5619) em 09/08/2017 (fl. 5620), alegando divergência jurisprudencial em face do art. 44, §1º, inc. I da Lei nº 9.430/1996, tendo em vista o cancelamento da multa qualificada pelo colegiado recorrido, apontando como paradigmas os acórdãos nº 101-96.724 e 1101-000.899.

O recurso especial foi admitido pelo presidente da 4ª Câmara por meio do despacho de admissibilidade (fls. 5623/5630), nos seguintes termos:

I - Matéria objeto do recurso especial

O recurso visa a rediscutir a multa qualificada.

II - Análise da admissibilidade do Recurso Especial

A Fazenda Nacional informa que no presente caso a autoridade fiscal qualificou a multa, aplicando-a no percentual de 150%, em face da constatação do intuito fraudulento do contribuinte, revelado pela criação de um ágio artificial, sem qualquer propósito negocial, com o único e evidente intuito de auferir um benefício fiscal sabidamente indevido.

A Recorrente entende que o acórdão recorrido diverge do Acórdão nº 1101-000.899 e do Acórdão nº 101-96.724. Para demonstrar divergência, a Recorrente faz o seguinte cotejo entre os trechos do termo de verificação fiscal e dos acórdãos recorrido paradigmas:

Voto condutor do Acórdão Recorrido nº 1401-001.900

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

documentos que surgiram na operação societária, não há documentos que se revestem de uma formalidade que se contradiz ao que foi praticado". (destaques da recorrente)

Ementa do paradigma - Acórdão n.º 1101-000.899

"Processo n.º 19515.005924/2009-77

Recurso n.º Voluntário

Acórdão n.º 1101-000.899 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária

Sessão de 11 de junho de 2013

Matéria IRPJ e CSLL

Recorrente PUBLICAR DO BRASIL LISTAS TELEFÔNICAS LTDA.

Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

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

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

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

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos." (destaques da recorrente)

Trecho do voto vencedor do Acórdão Paradigma n.º 1101-000.899

Observo, ainda, que a autoridade lançadora aplicou multa qualificada, por entender que o negócio jurídico praticado foi fictício, montado apenas para gerar uma vultosa exclusão do Lucro Real. E, embora a oposição feita ao laudo não mereça prosperar, os fatos descritos demonstram que a APENINA e a MKV foram criadas apenas para receber em 01/06/99 o capital aplicado na aquisição da LISTEL, a qual migrou do controle indireto exercido pela AVERDIN para o controle direto desta após as incorporações que deram ensejo à amortização do ágio aqui em debate. Nas palavras da Fiscalização, a incorporação da ALIENA e da APENINA pela LISTEL não alterou a composição do capital social da incorporadora, já que as participações daquelas duas no capital da LISTEL eram seus únicos ativos.

Conclui-se, daí, que a criação da APENINA e da MKV teve por objetivo, apenas, construir um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos, circunstância que, infringe os incisos II e IV do art. 1º e o inciso I do art. 2º da Lei nº 8.137/90; bem como o art. 72 da Lei nº 4.502/64. Assim, a multa qualificada deve subsistir." (destaques da recorrente)

Ementa do paradigma - Acórdão n.º 101-96.724

Processo n.º 18471.000947/2006-33

Recurso n.º 159.490 De Ofício e Voluntário

Matéria IRPJ CSLL- Anos-calendário 2001 e 2002

Acórdão n.º 101-96.724

Sessão de 28 de maio de 2008

Recorrentes LIBRA TERMINAL 35 S/A 4ª Turma DRJ Rio de Janeiro - R.I. I

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Anos-calendário: 2001 e 2002

Ementas: NULIDADE- REEXAME DE FATOS JÁ VALIDADOS EM FISCALIZAÇÃO ANTERIOR- A Secretaria da Receita Federal não valida ou invalida fatos, mas analisa sua repercussão frente à legislação tributária e exige o tributo porventura deles decorrentes. No caso, a repercussão tributária dos fatos só surgiu com a amortização do suposto ágio.

ATOS SIMULADOS. PRESCRIÇÃO PARA SUA DESCONSTITUIÇÃO. No campo do direito tributário, sem prejuízo da anulabilidade (que opera no plano da validade), a simulação nocente tem outro efeito, que se dá plano da eficácia: os atos simulados não têm eficácia contra o fisco, que não necessita, portanto, demandar judicialmente sua anulação.

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES.. SIMULAÇÃO. 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. A caracterização dos atos como simulados, e não reais, autoriza a glosa da amortização do ágio contabilizado. (sic)

MULTA QUALIFICADA A simulação justifica a aplicação da multa qualificada.

COMPARTILHAMENTO DE DESPESAS- DEDUTIBILIDADE. Para que sejam dedutíveis as despesas com comprovante em nome de uma outra empresa do mesmo grupo, por terem sido as mesmas rateadas, é imprescindível que, além de atenderem os requisitos previstos no Regulamento do Imposto de Renda, fique justificado e comprovado o critério de rateio.

BENS DE NATUREZA PERMANENTE DEDUZIDO COMO DESPESA. Não caracterizada a infração pelo fisco, não prospera a glosa das despesas contabilizadas.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Se nenhuma razão específica justificar o contrário, aplica-se ao lançamento tido como reflexo as mesmas razões de decidir do lançamento matriz. Recurso voluntário e de ofício negados. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. (destaques da recorrente)

Trecho do voto do Acórdão Paradigma n.º 101-96.724

(...)

Não obstante a possibilidade de amortização do ágio antes que ocorra a alienação ou liquidação do investimento se caracterize como benefício fiscal outorgado pela lei, é óbvio que o benefício se aplica às reais hipóteses de aquisição de investimento com ágio, não àquelas em que tenha havido uma artificial estruturação para possibilitar o

aparecimento do ágio a ser amortizado em futura incorporação, com o único objetivo de criar despesas dedutíveis.

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. Há que se perquirir se os atos praticados são reais, e não simulados. E essa análise não há que ser feita para cada negócio isoladamente, mas em relação ao conjunto de negócios encadeados, como um todo.*

Quanto à caracterização da simulação, despidendo dizer que sua prova direta é difícil, quando não impossível, razão pela qual admite-se que a simulação seja provada por todos os meios admitidos em direito, inclusive por indícios e presunções.

Francisco Ferrara, ressaltando a dificuldade da prova direta da simulação, aborda os meios probatórios indiretos, elencando-lhes os elementos, que classifica como relativos ao interesse em simular; às pessoas dos contraentes; ao objeto do negócio jurídico; à execução do negócio; à conduta das partes na realização do negócio.

Aspectos relevantes destacados por Ferrara são a existência de motivo para a simulação e a falta de execução material do contrato. Esta, segundo Ferrara, é decisiva para caracterizar um negócio como (sic) simulado, tratando-se da "mais clara confissão" da simulação. **Na execução apenas formal do negócio jurídico, este leva a mutações jurídicas que só se manifestam no campo do direito, comportando-se os contraentes, de fato, de acordo com outro negócio jurídico ou como se não tivesse negócio algum.**

Para distinguir a elisão da evasão, em trabalho publicado em 1977, Ricardo Mariz de Oliveira ressaltou que a elisão deve decorrer de atos ou omissões que não contrariem a lei, e de atos ou omissões efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. Essa lição foi repetida em publicação mais recente, nos seguintes termos:

'A elisão fiscal lícita, buscada pelo planejamento tributário, diferencia-se da evasão fiscal ilícita por três - e apenas três - elementos: (1) decorrer de atos ou omissões da pessoa (que não é contribuinte) anteriores à ocorrência do fato gerador da obrigação que ela quer elidir, (2) decorrer de atos ou omissões confirmes à lei, e (3) decorrer de atos ou omissões reais e não simulados.'

No mesmo trabalho, comenta Matiz:

'A simulação, que vicia o ato jurídico e invalida a economia tributária pretendida (...) se prova pela densidade de indícios e circunstâncias, que a jurisprudência administrativa vem aplicando com bastante sabedoria, tais como: a proximidade temporal de atos; a disparidade infundada de valores entre eles; o desfazimento dos efeitos do ato simulado; a prática de certos atos entre partes ligadas, por exemplo, ao final do período-base de apuração do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro, com a transferência incabível e inexplicável de lucro de uma pessoa jurídica lucrativa para outra deficitária; a existência ou inexistência de outra causa econômica além da economia fiscal; a exagerada arrumação dos fatos'.

É de todo evidente que a operação foi articulada pelas pessoas físicas que, direta ou indiretamente, controlam o capital das empresas envolvidas, para criar, formalmente, uma situação que se enquadrasse na possibilidade de deduzir despesas de amortização de ágio, advinda com a publicação da Lei nº 9.532/97.

(...)

Ao final das alegações recursais, suscita a Recorrente impossibilidade de lavratura de auto de infração sobre fatos já fiscalizados e expressamente validados pela Receita Federal, e a impossibilidade de desconstituir negócios jurídicos societários realizados em 1998, em razão de ter ocorrido a prescrição.

A Secretaria da Receita Federal não valida ou invalida fatos, mas analisa sua repercussão frente à legislação tributária e exige os tributos porventura deles decorrentes. A fiscalização anterior, relativa ao ano-calendário de 1998, nada exigiu em relação às operações questionadas, porque elas se deram naquele próprio ano, e sua repercussão tributária só surgiria com a amortização do ágio, nos períodos subseqüentes. (...)(destaques da recorrente)

O cotejo dos trechos colacionados pela Recorrente permite constatar que foi demonstrada a alegada divergência jurisprudencial. Contrariamente ao decidido no acórdão recorrido, nos casos dos acórdãos paradigmas, a autoridade fiscal qualificou a multa, aplicando-a no percentual de 150%, em face da constatação do intuito fraudulento do contribuinte, revelado pela criação de um ágio artificial, sem qualquer propósito negocial, com o único e evidente intuito de auferir um benefício fiscal sabidamente indevido.

III - Conclusão

Em cumprimento ao disposto no art. 18, III, do Anexo II do RICARF, e com base nas razões retro expostas, que aprovo e adoto como fundamentos deste despacho, DOU SEGUIMENTO ao recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

[...]

No mérito do seu recurso, a PFN apresenta as seguintes razões para a reforma do recorrido, *verbis*:

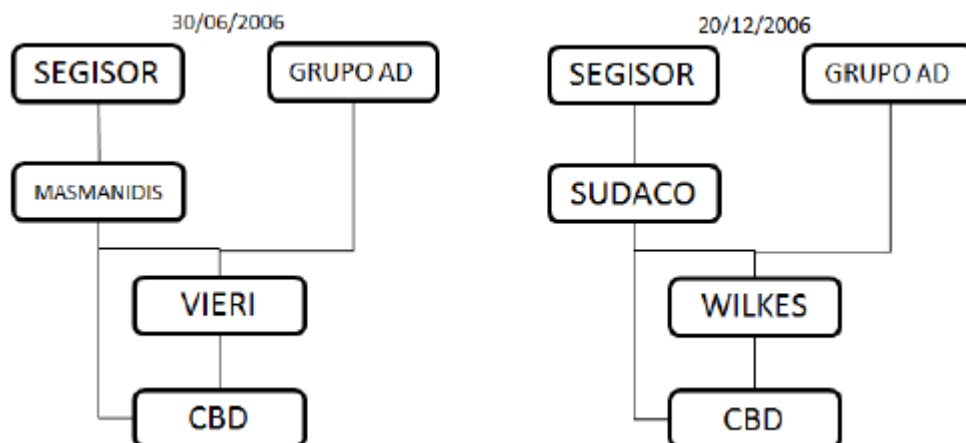
4. DOS FUNDAMENTOS PARA A REFORMA DO R. ACÓRDÃO RECORRIDO.

No que se refere à qualificação da multa de ofício, a Fiscalização baseou a sua conclusão na **artificialidade dos atos praticados pelo Grupo Casino em conluio com o Grupo AD** assim como na **exclusiva finalidade fiscal desses atos**. Ou seja, segundo apuraram os Auditores, a sequência de atos societários praticados pelos grupos visou unicamente a transferir para o Brasil três ágios que foram pagos no exterior.

Em sua defesa, a recorrida afirma que se está diante de ágios válidos, uma vez que eles decorrem de operações realizadas entre partes independentes. Também alega que as operações não foram artificiais, haja vista que envolveram a utilização de sociedades holdings, e que a dedução do ágio fazia parte do negócio.

Tal como já adiantado em oportunidades anteriores, quando da descrição do planejamento tributário engendrado, a qualificação da multa de ofício se pauta basicamente nos seguintes aspectos: **(i) realização de atos meramente formais, sem conteúdo verdadeiro; (ii) atos praticados com exclusiva finalidade fiscal; (iii) obtenção de resultado ilícito.**

Pois bem. No que toca à artificialidade dos atos praticados, esta resta evidente quando se vê que **a extinção por incorporação das empresas MASMANIDIS e VIERI não foi real**. A veracidade dessas operações cai por terra em face da **pronta substituição dessas holdings por outras (SUDACO e WILKES), as quais passaram a exercer o mesmo papel societário que as antigas**. Tal substituição, e, assim, falsa extinção, pode ser claramente vista em face da comparação da estrutura societária vigente no dia 30/06/2006 (após a aquisição das ações do Grupo AD e da transferência das ações às holdings brasileiras), daquela do dia 20/12/2006:



Portanto, ao contrário do que insiste em dizer o recorrido, **não se está aqui discutindo a possibilidade de realização de investimentos no Brasil por meio de sociedades holdings**. Não se está arguindo a existência da MASMANIDIS e da VIERI, enquanto sociedades holdings. Obviamente, é legítimo e legal a constituição e utilização dessas espécies empresariais. Todavia, **o que se questiona é a extinção dessas empresas**. Isso porque, vendo as operações como um filme, evidencia-se que **não houve a extinção de duas holdings brasileiras, mas apenas a alteração dos seus nomes**.

Assim, é legítimo a um grupo empresarial utilizar uma holding para concentrar os investimentos que detém. Contudo, **se mostra abusiva a extinção de uma sociedade com base na sua substituição por outra exatamente igual (apenas com o nome diferente)**.

Dessa forma, não há como aceitar que é verdadeira a incorporação da MASMANIDIS e da VIERI pela CBD. Haja vista que tais holdings foram substituídas pelas empresas SUDACO e WILKES, **e a estrutura societária do grupo fora mantida intacta**, deve-se considerar que as incorporações foram meramente formais, ou seja, artificiais.

A fim de afastar a artificialidade da extinção das holdings, o recorrido afirma que MASMANIDIS e VIERI recolheram tributos. Sobre tal alegação, volta-se a destacar: a existência das holdings não é questionada, mas sim a sua extinção. Portanto, a Fiscalização reconhece que o Grupo Casino pretendia manter o seu controle sobre a CBD de forma indireta, o que fora indagada é a sua falsa extinção. Assim, considerando que, de qualquer forma, o Grupo Casino pretendia controlar a CBD por meio de duas holdings, tal como acabou ao final sendo feito, **tal tributação atrelada a existência dessas empresas permanece sendo válida**.

O recorrido também defende a validade da substituição das holdings com base na alegação de que por meio da WILKES o Grupo Casino auferiu benefícios que não seriam possíveis através da VIERI (como o aumento de sua participação nos lucros). Sobre esse ponto ao recorrido assiste razão, mormente porque **os benefícios que ele cita decorrem justamente da indevida dedução dos ágios pela CBD**. Ou seja, o resultado auferido pelo grupo com o ingresso da WILKES não decorre de qualquer aspecto intrínseco dessa empresa, mas sim da falsa extinção da VIERI. Assim, **tal resultado em nenhum momento confirma a validade da substituição das empresas, mas sim confirma o resultado obtido com as falsas incorporações**.

Portanto, tal afirmação do recorrido reforça a tese de que não houve uma real extinção da VIERI, mas apenas a alteração de sua denominação para WILKES. O Grupo Casino e o Grupo AD em nenhum momento tiveram a intenção de extinguir a holding brasileira que detinha diretamente as ações da CBD, mas sim orquestraram de forma artificial a sua extinção a fim de propiciar ao Grupo Casino o aproveitamento dos

resultados econômicos advindos da redução fiscal que a sua incorporação acarretaria.

Demonstrada, dessa forma, a artificialidade das extinções das empresas MASMANIDIS e VIERI por incorporação, parte-se à análise do exclusivo objetivo fiscal desses atos.

A finalidade exclusivamente fiscal de todas as operações praticadas pelo Grupo Casino em conluio com o Grupo AD **é um fato incontroverso no presente processo.** Nesse diapasão, registram-se os seguintes trechos do recurso voluntário:

181. Sem sombra de dúvidas, todos os acionistas (controladores e minoritários) esperavam que a parcela dos potenciais benefícios econômicos viesse a partir da redução de custos tributários, por meio da dedução fiscal das amortizações de ágio legitimamente pagos. Afinal, como previram as partes envolvidas, Grupos AD e Casino, a definição do preço de aquisição do co-controle por parte do Grupo Casino levou em consideração a fruição do benefício da dedução fiscal da amortização do ágio; sem referida fruição, o preço do negócio seria completamente diferente – se é que tal negócio poderia efetivamente ocorrer.

--- omissis ---

*220. Não se deve perder de vista, insista-se, **que referidas incorporações eram imprescindíveis para a composição do preço de aquisição do co-controle da Recorrente pelo Grupo Casino, na medida em que a fruição do benefício do ágio era condição para a realização da operação como um todo, conforme acordado, inclusive, entre as partes envolvidas.***

221. Tendo em vista que a incorporação de Masmanidis por Vieri e, em momento posterior, de Vieri pela Recorrente, mostrava-se necessária para que as partes pudessem fruir do benefício fiscal (que, reitera-se, fez parte da negociação como um todo), conforme legitimamente assegurado pela legislação fiscal, e na medida em que as partes optaram por manter seus investimentos através de holdings, como lhes era, e ainda é, facultado, pela legislação brasileira, o Grupo Casino optou por passar a concentrar seus investimentos através da holding brasileira Sudaco e, por sua vez, os co-controladores optaram pela utilização da Wilkes como nova holding de controle da Recorrente. (Destacamos)

Como pode ser visto, **o recorrido confessa o exclusivo intuito fiscal dos seus atos praticados.** A questão é que ele considera que, como todos os atos estão formalmente de acordo com a lei, contra ele não pode ser imputada nenhuma infração tributária.

Ora, a abusividade de um planejamento tributária é justamente medida com base nesse parâmetro. Deve-se perquirir se o contribuinte praticou atos verdadeiros e que, como consequência, obteve uma redução da sua carga tributária, ou se ele praticou atos vazios, apenas formais, com o exclusivo objetivo de redução fiscal. **A segunda possibilidade não pode ser aceita, haja vista que a artificialidade dos atos e o seu objetivo abusivo causam a sua invalidade.**

No presente caso, destaca-se a presença de um documento intitulado “**Estrutura de Amortização do Ágio**”, o qual prevê a sequência de operações societárias que foram realizadas. Ora, **tal documento traduz a prova inequívoca do exclusivo intuito fiscal das operações realizadas.** O seu próprio título diz isso. Trata-se, portanto, de um documento que atesta que foram praticadas operações meramente formais com o exclusivo intuito de propiciar a amortização e dedução de um ágio.

Sendo assim, não procede o argumento do recorrido de que, uma vez tendo pago o ágio, todas as operações praticadas no intuito de possibilitar a sua dedução são legítimas. Como já explicado em item anterior, a existência de um ágio não deve ser confundida

com a sua dedutibilidade. Para o reconhecimento desse último aspecto, deve-se investigar se os requisitos para tanto foram cumpridos, e, com relação ao presente caso, isso não ocorreu.

Ademais, destaca-se o fato de que, junto com o ágio que o Grupo Casino pagou ao Grupo AD em face do Acordo de Associação, houve também a dedução de outros dois ágios relacionados às ações que foram adquiridas de 4 a 7 anos antes do seu aproveitamento. Em outras palavras, **quase metade do ágio deduzido não tem qualquer relação com as ações adquiridas em face do Acordo de Associação.**

Por último, **acerca da ilicitude do resultado obtido**, tal como já demonstrado em item anterior, esta resta evidente quando se nota que **o Grupo Casino cumpriu apenas formalmente a “confusão patrimonial” exigida pela Lei nº 9.532/1997.** Ou seja, o Grupo Casino auferiu os benefícios econômicos da dedução de três ágios, com base no artigo 386 do RIR/99, **sem que tenha propiciado a “confusão patrimonial” entre a real investidora e a investida.** Além disso, **o Grupo Casino logrou transferir para o Brasil ágios cuja origem sequer pode ser aferida.** Por exemplo, **no que tange aos Ágios II e III, não é possível averiguar se à época da aquisição das ações da CBD (1999 a 2002), houve pagamento de ágios com base na rentabilidade futura da CBD**

Por oportuno, ainda sobre os Ágios II e III, chama-se atenção para a seguinte conclusão: caso seja reconhecida a sua dedutibilidade, estar-se-á autorizando a **dedutibilidade ilimitada e incontrolável de ágio.** Com efeito, tendo um grupo econômico adquirido determinada participação societária, poderá ele, a qualquer momento e quantas vezes quiser, transferir tal participação a uma sociedade-veículo, a fim de que o ágio registrado pelo MEP passe a ser dedutível. O grupo sempre apresentará como argumento de validade que o investimento foi adquirido de terceiros, ainda que dedução ocorra muitos anos depois da aquisição.

Sendo assim, em face do exposto, **demonstra-se a devida qualificação da multa de ofício. Haja vista a prática pelo Grupo Casino, em conluio com o Grupo AD, de atos meramente formais, com exclusiva finalidade fiscal, e por meio dos quais foi obtido um resultado tributariamente ilícito,** não há como não punir tal atitude com a exasperação da multa.

[...] (destaques constam do texto original transcrito)

Intimada do acórdão recorrido e do recurso especial interposto pela PFN em 06/09/2017, a contribuinte, ora recorrida, opôs embargos de declarações tempestivos que foram admitidos e julgados pelo colegiado *a quo*, que os acolheu, sem efeitos infringentes, conforme se extrai da ementa do Acórdão nº 1401-002.342, de 09 de abril de 2018, *verbis*:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário:

2007, 2008, 2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO DO JULGADO. CABIMENTO.

São cabíveis embargos de declaração para suprir omissão de acórdão. Os embargos são acolhidos para integrar os fundamentos eivados de omissão, mas sem conceder efeitos infringentes ao recurso quando as omissões constatadas não tiverem o condão alterar a decisão embargada.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

DECADÊNCIA. SIMULAÇÃO COM OU SEM FRAUDE. APLICAÇÃO DO PRAZO DECADENCIAL DO ART. 173, I, DO CTN.

Se constatado que a empresa praticou ato simulatório, mas sem intenção dolosa de fraudar o fisco, esta simulação não pode ser caracterizada para fins de aplicação da multa qualificada. Não obstante, como a parte final do par. 4º do art. 150 do CTN não distingue a simulação fraudulenta da simulação sem fraude, é de se concluir que qualquer simulação constatada desloca o prazo decadencial para o art. 173, I, do CTN, razão pela qual deve-se afastar o pedido de decadência dos 1º, 2º e 3º Trimestres de 2007.

Na sequência, a contribuinte apresentou suas contrarrazões (fls. 5727/5706) em 21/09/2017 (fls. 5704), alegando em síntese:

1. Que o recurso especial não pode ser conhecido em face de ausência de similitude fática entre o acórdão recorrido e os paradigmas arrolados, na medida em que os três colegiados julgaram questões distintas, concluindo o colegiado *a quo* que não houve dolo, fraude ou simulação e, enquanto que os que proferiram os paradigmas consideraram tais condutas comprovadas; e
2. No mérito que o recurso não deve ser provido, haja vista que a sua conduta foi destituída de dolo, fraude ou simulação.

A contribuinte, ora recorrida também apresentou recurso especial em face do acórdão recorrido, mas este não foi admitido pelo presidente de Câmara, conforme despacho de admissibilidade (fls. 5783/5789). Na sequência, a contribuinte apresentou agravo que restaram igualmente rejeitados pela presidente desta 1ª Turma da CSRF conforme despacho (fls. 6277/6294).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, Relator.

O recurso especial é tempestivo e foi regularmente admitido.

Do conhecimento

A contribuinte contesta a admissibilidade do recurso especial, pugnando pelo seu não conhecimento, alegando a ausência de similitude fática nas situações examinadas nos acórdãos cotejados.

Entendo que assiste razão à contribuinte em suas contrarrazões.

Com efeito, para além das diferenças nas estruturas das próprias operações analisadas em cada caso, o fundamento para a manutenção da multa qualificada no acórdão recorrido, não obstante a autoridade fiscal remeta à estrutura do negócio como um todo no Termo de Verificação Fiscal - TVF, é centrado nas últimas operações societárias realizadas com vistas a possibilitar a amortização do ágio, conforme havia sido estabelecido em acordo prévio entre os sócios controladores da investida, ora recorrida.

Importa transcrever os fundamentos apontados pela autoridade lançadora no Termo de Verificação Fiscal (fls. 4800/4802), *verbis*:

[...]

Multa qualificada

123. O art. 44 da Lei n. 9.430/96 dispõe sobre a aplicação da multa nos lançamentos de ofício:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:
(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007) (....)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

A duplicação da multa a que se refere o §1º aplica-se ao presente caso. **A majoração da multa em razão da qualificação já foi devidamente justificada ao longo deste Termo. Ainda assim, cabem comentários adicionais.** O Acordo de Associação formalizado entre Casino e Grupo AD para regular a forma como se daria o co-controle da Vieri, desde a sua celebração, em maio de 2005, já previa a implementação de "medidas necessárias, inclusive de natureza societária, para que a CBD incorpore e amortize (...) Ágio estimado em R\$ 2,3 bilhões" (parágrafo 20). É evidente que o ganho

tributário a ser auferido pelo Casino ("Os benefícios do Ágio recebidos pela Empresa Holding devem ser distribuídos exclusivamente para Casino, contanto que o Grupo AD tenha direito de preferência ou possa valer-se de qualquer outro mecanismo adequado para evitar a sua diluição nos níveis da CBD e da Empresa Holding", parágrafo 20) fazia parte do preço pago pelos franceses. (grifei)

As "medidas necessárias" estavam previstas no documento *Goodwill Amortization Structure*, de 22/6/2005, firmado, portanto, poucos dias após o Acordo de Associação.

Esse documento foi modificado pelo *First Amended and Restated Goodwill Amortization Structure Agreement* (parágrafo 32) e pelo *Goodwill Structure Closing Document* (parágrafo 56), ambos de 28/9/2006. Os considerandos que introduzem esses dois documentos são tão reveladores da intenção das partes que vale reapresentar alguns deles (parágrafos 57 e 60). Parte dos considerandos e do item 1.2 do *Article 1* do *Goodwill Structure Closing Document*:

Considerando que parte da transação [de aquisição de co-controle da Vieri] inclui a **implementação de uma certa estrutura ("Estrutura de Amortização do Ágio") para permitir a amortização do ágio e a transferência dos benefícios fiscais dela decorrentes para a Segisor**, conforme firmado entre as Partes em 22 de junho de 2005;

Considerando que a implementação da Estrutura de Amortização do Ágio deve ser alterada para abranger, entre outras mudanças, a incorporação da Masmanidis (...) pela Vieri e a incorporação posterior da Vieri pela CBD;

(...)

1.2 Devido aos [sete] passos [para implementação da Estrutura de Amortização do Ágio] e para o cumprimento dos **objetivos da Estrutura de Amortização do Ágio**, a saber, **permitir a amortização do ágio e a transferência dos benefícios fiscais dela decorrentes para o Casino**, a estrutura societária que envolve Vieri, CBD e outras empresas do Casino, que indiretamente tenham participação na CBD, como previsto no Acordo de Associação, deverá ser modificada, (grifos não constam do original)

126. Quanto aos considerandos e outros pontos retirados da Primeira Alteração ao Contrato de *Joint Venture* (*First Amended*) (parágrafo 60):

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

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

(...)

O objeto do Contrato de *Joint Venture*, conforme previsto em sua Cláusula 2.1, foi e continuará sendo permitir que a Casino e o Grupo AD continuem compartilhando o Controle da CBD através da Vieri. Por outro lado, o objeto desta Alteração é permitir que a Casino e o Grupo AD, a partir da data da contribuição de capital de seu investimento direto total da Vieri na Controladora

("Data de Contribuição de Capital da Wilkes"), **continuem compartilhando o Controle da CBD através da Controladora, sem quaisquer alterações quanto a todos e quaisquer direitos e obrigações de qualquer uma das Partes decorrentes do Contrato de Joint Venture.**

A partir da Data de Contribuição de Capital da Wilkes e por ocasião: (i) do fato de a Casino e o Grupo AD assumirem o Controle da Controladora; e (ii) do fato de a Controladora se tornar a acionista controladora da Vieri, possuindo a totalidade das ações do capital votante da Vieri, o Controle indireto da CBD **continuará a ser exercido pela Casino e pelo Grupo AD, através da Controladora, reproduzindo assim, de todas as maneiras, a situação existente antes da Data de Contribuição de Capital da Wilkes.**

(...)

4. **Para tais fins, todos os direitos e obrigações a que a Vieri tem direito e por meio dos quais a Vieri é considerada responsável, e conforme previsto no Contrato de Joint Venture, serão aplicáveis integralmente e em todos os aspectos para a Controladora, a partir da Data de Contribuição de Capital da Wilkes.**

5. As partes reconhecem neste ato que **o único objeto desta Alteração é a adaptação do Contrato de Joint Venture a fim de contemplar a substituição da Vieri pela Controladora Wilkes**], **no âmbito da implantação das alterações à Estrutura de Amortização de Ágio nos termos do Contrato de Ágio.** As Partes acordam neste ato que, salvo conforme de outro modo aqui disposto, **esta Alteração não tem qualquer intenção de alterar os termos e as condições da Transação Principal,** a qual permanecerá em pleno vigor e efeito, (grifos não constam do original)

127. Não pode restar qualquer dúvida de que o único objetivo da implementação da Estrutura foi o de reduzir imposto de renda da CBD e remeter a economia tributária decorrente da amortização do ágio para a Segisor.

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

129. Os atos formalizados para levar a cabo a Estrutura não correspondem à verdade dos fatos. As incorporações da Masmanidis e da Vieri serviram tão somente para aparentar extinções que não ocorreram de fato; ambas foram substituídas por outras que passaram a desempenhar o mesmo papel, inclusive com os mesmos percentuais de controle sobre o capital votante e total das empresas controladas por Masmanidis e Vieri, que as "extintas".

130. A entrada da Wilkes no lugar da Vieri não poderia alterar o compartilhamento do controle da CBD, controle esse que se daria "sem quaisquer alterações quanto a todos e quaisquer direitos e obrigações de qualquer uma das Partes decorrentes do Contrato de Joint Venture", como reproduzido no parágrafo 126. Outros trechos em destaque no mesmo parágrafo deixam evidente que nada mudaria com a Wilkes. É claro que pontos que merecessem ser alterados poderiam ser retificados nos contratos originais firmados pelos acionistas. Apenas a título de exemplo, o Acordo de Acionistas original, de 22 de junho de 2005, firmado entre Grupo AD e Segisor e, na qualidade de intervenientes anuentes, Vieri, CBD e Casino (doe. 139), não precisaria ser substituído por outro; só o foi porque a Vieri foi substituída pela Wilkes, em virtude da implementação da Estrutura montada para amortizar o ágio.

131. À possível alegação de que foi dada publicidade aos atos, há que se contrapor com o argumento de que, em nenhum momento, passou-se a dimensão do que de fato ocorreu. Nem nos protocolos e justificação, nem nos relatórios arquivados na CVM, nem nas declarações de imposto de renda das pessoas jurídicas envolvidas. Muito pelo contrário, a falta de detalhamento das operações só indica que a intenção era claramente esconder as reais intenções das partes. Aliás, os documentos Estrutura de Amortização do Ágio (*Goodwill Amortization Structure*) e o *First Amended and Restated Goodwill Amortization Structure Agreement*, entre outros relativos à amortização do ágio, estão sujeitos à cláusula de confiabilidade, por isso não estão publicamente disponíveis.

132. Por fim, cabe lembrar que **a implementação da Estrutura se deu com a anuência dos dois grupos**. Todos os documentos, inclusive os relativos à amortização do ágio, foram assinados pelo Grupo AD e pelo grupo Casino, como aliás não poderia deixar de ser. **Os indícios coletados ao longo deste procedimento fiscal não deixam dúvidas de que houve intenção dolosa no arranjo societário pactuado entre as partes e que culminou em operações apenas formais cujo objetivo foi o de reduzir, por meio de amortização indevida do ágio, o imposto de renda a pagar da fiscalizada.**

[...]

Este formato final das operações, realçado pela autoridade lançadora na qualificação da multa, foi considerado pela maioria do colegiado como o ponto essencial para manter a autuação fiscal, reconhecendo-se a existência de simulação (não fraudulenta) em face da extinção apenas aparente das empresas-veículo controladoras da CBD, conforme se colhe da declaração de voto da d. Conselheira Livia De Carli Germano, cujas conclusões foi acompanhada pela maioria da turma, *verbis*:

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

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

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

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

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

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

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

10. A falta de propósito negocial evidenciada pela Estrutura traz como consequência a glosa dos ágios amortizados pela fiscalizada. Ainda que, apenas por hipótese, a implementação da Estrutura seja considerada válida do ponto de vista tributário, o art. 386 pressupõe, como será mais bem explorado a partir do parágrafo 67, que a participação societária adquirida com ágio (ou a adquirente original) seja efetivamente extinta. Todos os ágios aqui analisados têm origem na rentabilidade futura da CBD e, nem remotamente, pode-se considerar que a CBD (ou as suas controladoras diretas ou indiretas) tenha sofrido algum tipo de extinção. Houve, portanto, ainda que se pudesse abstrair a falta de propósito do planejamento, uma interpretação equivocada da legislação tributária, o que resultaria, igualmente, na glosa dos encargos de amortização.

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

55. No entanto, apenas para continuarmos na linha de raciocínio atual, os fatos até aqui apresentados demonstram que a formalização das incorporações da Masmanidis e da Vieri não teve qualquer outro propósito além do tributário. Os sete passos extraídos do *First Amended and Restated Goodwill Amortization*

Structure Agreement visaram unicamente transportar o ágio (visto da ótica da legislação brasileira) da francesa Segisor para ser amortizado tributariamente pela brasileira CBD.

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. O objeto do Contrato de *Joint Venture*, conforme previsto em sua Cláusula 2.1, foi e continuará sendo permitir que a Casino e o Grupo AD continuem compartilhando o Controle da CBD através da Vieri. Por outro lado, o objeto desta Alteração é permitir que a

Casino e o Grupo AD, a partir da data da contribuição de capital de seu investimento direto total da Vieri na Controladora ("Data de Contribuição de Capital da Wilkes"), **continuem compartilhando o Controle da CBD através da Controladora, sem quaisquer alterações quanto a todos e quaisquer direitos e obrigações de qualquer uma das Partes decorrentes do Contrato de Joint Venture.**

2. A partir da Data de Contribuição de Capital da Wilkes e por ocasião: (i) do fato de a Casino e o Grupo AD assumirem o Controle da Controladora; e (ii) do fato de a Controladora se tornar a acionista controladora da Vicri, possuindo a totalidade das ações do capital votante da Vieri, o Controle indireto da CBD **continuará a ser exercido pela Casino e pelo Grupo AD, através da Controladora, reproduzindo assim, de todas as maneiras, a situação existente antes da Data de Contribuição de Capital da Wilkes.**

3. A Estrutura de Amortização de Agio será implantada conforme os termos, condições prazos previstos no Contrato de Agio e no Termo de Fechamento de Estrutura de Agio.

4. **Para tais fins, todos os direitos e obrigações a que a Vieri tem direito e por meio dos quais a Vieri é considerada responsável, e conforme previsto no Contrato de Joint Venture, serão aplicáveis integralmente e em todos os aspectos para a Controladora, a partir da Data de Contribuição de Capital da Wilkes.**

5. As partes reconhecem neste ato que **o único objeto desta Alteração é a adaptação do Contrato de Joint Venture a fim de contemplar a substituição da Vieri pela Controladora, no âmbito da implantação das alterações à Estrutura de Amortização de Ágio nos termos do Contrato de Agio.** As Partes acordam neste ato que, salvo conforme de outro modo aqui disposto, **esta Alteração não tem qualquer intenção de alterar os termos e as condições da Transação Principal,** a qual permanecerá em pleno vigor e efeito.

6. As Partes reconhecem e concordam expressamente que o contrato de *Joint Venture* continuará sendo válido, vinculante e plenamente exequível, produzindo todos os seus efeitos pretendidos. As Partes reconhecem e concordam ainda que todos e quaisquer termos e condições de tal Contrato de *Joint Venture* não expressamente alterados por esta Alteração permanecerão, consequentemente, válidos, vinculantes e plenamente exequíveis, produzindo todos os seus efeitos pretendidos.

(grifos não constam do original)

61. Os pontos destacados acima demonstram cabalmente que a alteração promovida para implantação da Estrutura de Amortização do Ágio em nada alteraria o controle da CBD antes exercido pela Vieri e que passou a ser realizado pela Wilkes. Mais: que "o **único objeto desta Alteração** [Primeira Alteração ao Contrato de *Joint Venture*] **é a adaptação do Contrato de Joint Venture a fim de contemplar a substituição da Vieri pela Controladora TWilkes], no âmbito da implantação das alterações à Estrutura de Amortização de Ágio nos termos do Contrato de Ágio**".

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

Com relação ao quanto questionado, informa a ora intimada (Península) que, sob a sua ótica, não houve mudança em relação ao

controle conjunto da Wilkes, comparando-se com o controle anterior exercido na Vieri.

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

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

64. Note-se que o resgate das ações a que se referiu a Sudaco foi realizado no sentido de voltar ao mesmo *status* que a Masmanidis tinha em relação à Vieri. Tanto é assim que a Sudaco terminou com o mesmo número de ações ordinárias e preferenciais da Wilkes que a Masmanidis detinha na Vieri (v. parágrafo 44).

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

(...)

117. (...)

A Masmanidis e a Vieri simplesmente continuaram com nomes diferentes. Como todos os ágios transferidos para a CBD foram amortizados sob uma falsa condição de dedutibilidade - por não ter ocorrido extinção da participação na CBD os encargos de amortização deduzidos na apuração do imposto de renda nos anos sob fiscalização devem ser glosados.

(...)

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

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

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

[...] (g.n.)

Não obstante, o fundamento para a manutenção da autuação (simulação da extinção das empresas-veículo) não foi considerado como suficiente para a qualificação da

multa, tendo a maioria do colegiado seguido o entendimento da Conselheira Livia De Carli Germano no sentido da existência de uma **“simulação sem fraude”** no caso concreto.

Esta circunstância fica mais evidente no Acórdão nº 1401-002.342, proferido pelo colegiado *a quo* no julgamento dos embargos oposto pela contribuinte com relação à decadência, no qual o relator voltou a referir-se sobre o posicionamento do colegiado quanto à questão da simulação, deixando evidente que o colegiado acompanhou os fundamentos da Conselheira Livia de Carli Germano no sentido da existência de uma **“simulação sem fraude”**, *verbis*:

[...]

Na votação, a Conselheira Livia votou pelas conclusões em relação ao afastamento do pedido de decadência dos 1º, 2º e 3º Trimestres de 2007. E foi seguida pela maioria da turma.

Desta feita, em consonância com § 8º, do art. 63, do Anexo II do RICARF, reproduzo abaixo as razões que a levaram a votar pelas conclusões:

Entendeu a I. Conselheira que, independentemente da discussão do recolhimento de IRRF, a recorrente praticou conduta simulatória, a qual permitiu o deslocamento da contagem do prazo decadencial para o inciso I do art. 173 do CTN.

Segundo a Conselheira, houve simulação no caso, porém simulação sem fraude.
Veja em trecho de sua declaração de voto.

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

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

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

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

E, na conclusão, confirma que entendeu ter ocorrido a simulação (sem fraude):

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

Ou seja, segundo a maioria da turma, as condições para a contagem do prazo pelo § 4º, do art. 150 do CTN não foram atendidas. Observe-se redação legal reproduza abaixo:

[...]

Desta forma, aplicou-se o disposto no inciso I do art. 173 do CTN:

[...]

Convém observar que **a maioria da turma entendeu, seguindo posicionamento da I. Conselheira Livia, que não há necessidade de que a "simulação" constante na parte final do § 4º, do art. 150 do CTN seja necessariamente fraudulenta para que o prazo seja deslocado para o inciso I do art. 173 do CTN. Quer dizer, mesmo que a multa qualificada tenha sido afastada, por falta de dolo ou fraude, a contagem do prazo decadencial independe da conduta simulatória ser fraudulenta ou não.**

Ou seja, segundo a maioria da turma, as condições para a contagem do prazo pelo § 4º, do art. 150 do CTN não foram atendidas. (...)

[...] (g.n.)

Nota-se que esta linha de fundamentação é distinta da autuação fiscal e do entendimento trazido pelo relator do acórdão recorrido, conselheiro Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa, que apontaram que o próprio reconhecimento do ágio por meio de empresa veículo não seria válido, posto que a real adquirente era a empresa situada no exterior (Segisor), como se extrai dos excertos do voto, *verbis*:

[...]

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

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

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

Como visto, uma das condições essenciais para o direito à amortização do ágio, é que o real adquirente do investimento seja empresa domiciliada no Brasil. É esta condição que percebo não ter sido preenchida no caso vertente, pois o real adquirente do negócio é domiciliado na França (empresa Segisor). Logo, o ágio pertence a empresa não residente no Brasil. O que deduzo é que a recorrente intentou apenas estabelecer o requisito formal do ágio, para aproveitá-lo fiscalmente. Assim, encadeou uma série de operações que tinham objetivo meramente tributário.

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

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

entanto, após todo esse período em que os ágios estava na empresa no exterior é que resolveram internalizá-los, com o único objetivo fiscal de amortiza-los.

Além disso, **não se sabe se o ágio que foi transferido para o Brasil realmente foi contabilizado corretamente pela real adquirente**, pois se sujeita às normas contábeis do país de seu domicílio (França). Desta forma, como o ágio original, que se pretendeu internalizar, não se sujeitou às regras brasileiras, não se pode aceitar a operação de internalização do ágio para fins fiscais. A Procuradoria da Fazenda Nacional também se manifestou a esse respeito, nas contrarrazões apresentadas (e-fl. 5539):

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

Quanto à confusão patrimonial a que se refere a lei que concede o benefício de amortização fiscal do ágio, **a fiscalização bem fundamentou seu auto de infração, ao trazer informação de que não houve a referida confusão patrimonial entre adquirente e adquirida, conclusão com a qual compartilho** (e-fls. 4793 e 4798).

88. Transferir participação societária e ágio de uma empresa para outra do mesmo grupo, como no caso em tela, não resulta na extinção do investimento adquirido com ágio. **Em nenhum momento há "confusão" entre o patrimônio da adquirente original (Segisor) e o investimento adquirido (CBD). Admitir que a extinção de uma empresa-veículo autorizaria a dedutibilidade prevista no art. 386 do RIR é tornar esse dispositivo letra morta.**

114. Visto sob a ótica da legislação tributária brasileira, em todas as três transações, os custos de aquisição dos ativos internalizados pela Segisor continham uma parcela referente a ágio por rentabilidade futura da CBD. Em nenhum momento houve "confusão" entre o patrimônio da CBD e quaisquer das empresas extintas (Masmanidis e Vieri). O que houve foi uma extinção meramente formal de ambas e, ainda que fosse real, a extinção teria sido apenas de empresas que conduziram o ágio até a CBD.

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

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

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

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

[...]

Em suma, apesar de a acusação fiscal apontar como um de seus fundamentos a interposição de empresa veículo (Masmanidis) para a internalização do ágio gerado anteriormente no exterior e para o reconhecimento de novo ágio na aquisição realizada em 2005 e, ainda, a ausência de confusão patrimonial entre a real investidora (Segisor) e a investida (CBD), tais fatos foram desconsiderados pela maioria do colegiado que manteve a autuação ao reconhecer a simulação apenas quanto aos atos que ensejaram o aproveitamento do ágio mediante a extinção formal das empresas Masmanidis e Vieri entendendo que, na prática, elas foram simplesmente substituídas formalmente na estrutura societária pelas empresas Sudaco e Wilkes, respectivamente. Ao considerar que houve uma simulação sem fraude a maioria do colegiado acompanhou as conclusões da d. conselheira Livia e considerou inaplicável a multa qualificada.

O relator do acórdão recorrido também entendeu que inexistiu uma conduta fraudulenta por parte da recorrente, porém sob outro fundamento, *verbis*:

Multa Qualificada

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

Entendo que assiste razão à recorrente.

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

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

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

Mas não é só!

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

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

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

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

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

[...]

Assim, verifica-se que, ao fim e ao cabo, a discussão sobre a qualificação da multa restou centrada nas operações de incorporação das empresas Masmanidis e Vieri, consideradas simuladas, na medida em que, na prática, foram simplesmente substituídas formalmente na estrutura societária pelas empresas Sudaco e Wilkes, respectivamente, inexistindo portanto a extinção e confusão patrimonial com a recorrida (CBD).

Examinando o primeiro paradigma (1101-000.899), verifica-se que o mesmo trata da aquisição de controle da participação societária da empresa LISTEL pela empresa AVERDIN, mediante a criação de duas empresas veículos (APENINA e MKV).

De acordo com o voto vencedor da d. conselheira Edeli Pereira Bessa “a acusação fiscal limita-se à estrutura formalmente criada para que o ágio gerado na aquisição fosse passível de amortização”.

Naquele caso, o colegiado paradigma considerou o ágio indedutível em face da não extinção do investimento, tendo em vista que não ocorreu a efetiva confusão patrimonial entre a real investidora (AVERDIN) e a investida LISTEL, mas apenas a extinção das empresas veículos, de sorte que o investimento subsistiria na real investidora, conforme excertos do voto vencedor que transcrevo, *verbis*:

[...]

Interpreto a acusação fiscal de forma distinta do I. Relator, pois observo que a autoridade lançadora fez referência à Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349, de 06/03/2001, destacando que operações desta espécie acabam por ensejar o reconhecimento de um acréscimo patrimonial se a efetiva substância econômica, mediante a criação de uma sociedade veículo que transfere da controladora original para a controlada o ágio pago na sua aquisição, e ao final do processo de incorporação, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.

E, ao longo de todo seu arrazoad, **a autoridade lançadora destacou que a AVERDIN criou nas empresas veículo APENINA e MKV o patrimônio necessário para que estas adquirissem a LISTEL e nelas restasse registrado o ágio pago nesta operação. Nas palavras da Fiscalização, em 01/06/1999 a AVERDIN detinha, direta ou indiretamente, controle de 100% do capital da LISTEL.**

Assim, **com os recursos aportados por AVERDIN, as empresas veículo APENINA e MKV realizam a operação que gera o ágio aqui amortizado, após a extinção, apenas, de APENINA e MKV, incorporadas pela autuada. A investidora original,**

AVERDIN, que efetivamente adquiriu a LISTEL, subsistiu ativa e, inclusive, mantendo em seu patrimônio o investimento feito na LISTEL, por seu valor majorado pelo ágio pago.

Esta a razão, portanto, para a Fiscalização concluir que a operação entre LISTEL, APENINA e MKV ocorreu em circuito fechado. O adquirente, terceiro estranho à investida, nesta operação, é a AVERDIN, representante no Brasil do Grupo BellSouth, como demonstrado no organograma societário de fl. 1256, citado pelo I. Relator.

[...]

Claro está que as empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida. O procedimento aqui realizado não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora original, diversamente do que cogita a lei.

Em tais condições, a amortização do ágio que passou a existir no patrimônio da investida, LISTEL, somente poderia surtir efeitos na apuração do seu lucro real caso se verificasse a extinção da investidora original (AVERDIN), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, por meio da qual o ágio subsistisse evidenciado apenas no patrimônio resultante desta operação, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Na medida em que tal não ocorreu, a dedutibilidade do ágio submete-se à regra geral exposta no Decreto-lei nº 1.598/77:

[...]

Evidenciado, portanto, que não houve a extinção do investimento, inadmissível a amortização fiscal do ágio. Significa dizer que a amortização contábil do ágio transferido para o patrimônio da LISTEL deve ser adicionada ao lucro real, e seu reflexo no patrimônio da investidora AVERDIN, mediante equivalência patrimonial, deve ser controlado na parte B do LALUR para integrar o valor contábil do investimento na apuração de ganho ou perda de capital em caso de alienação ou liquidação do investimento.

É importante esclarecer que a autoridade lançadora não fez qualquer consideração em relação ao fato de a AVERDIN ter como sócios estrangeiros a LISTEL ADVERTISING & PUBLISHING (BVI) LIMITED, com 99% do capital social, e a LISTEL ADVERTISING & PUBLISHING HOLDINGS (BVI) LIMITED, com 1% do capital social, de modo a cogitar que o ágio tivesse se formado internamente ao Grupo LISTEL. A acusação fiscal limita-se à estrutura formalmente criada para que o ágio gerado na aquisição fosse passível de amortização, independentemente de a AVERDIN ter sido incorporada pela LISTEL, ou vice-versa.

[...]

No tocante à multa qualificada o colegiado recorrido adotou o seguinte entendimento espelhado no voto da redatora designada, *verbis*:

[...]

Observo, ainda, que a autoridade lançadora aplicou multa qualificada, por entender que o negócio jurídico praticado foi fictício, montado apenas para gerar uma vultosa exclusão do Lucro Real. E, embora a oposição feita ao laudo não mereça prosperar, os fatos descritos demonstram que a APENINA e a MKV foram criadas apenas para receber em 01/06/99 o capital aplicado na aquisição da LISTEL, a qual migrou do

controle indireto exercido pela AVERDIN para o controle direto desta após as incorporações que deram ensejo à amortização do ágio aqui em debate. Nas palavras da Fiscalização, a incorporação da ALIENA e da APENINA pela LISTEL não alterou a composição do capital social da incorporadora, já que as participações daquelas duas no capital da LISTEL eram seus únicos ativos.

Conclui-se, daí, que a criação da APENINA e da MKV teve por objetivo, apenas, construir um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos, circunstância que, infringe os incisos II e IV do art. 1º e o inciso I do art. 2º da Lei nº 8.137/90; bem como o art. 72 da Lei nº 4.502/64.

Assim, a multa qualificada deve subsistir.

[...]

Em que pese as operações analisadas no acórdão recorrido e no paradigma sejam bastante distintas quanto à complexidade e etapas é possível identificar similitude na acusação fiscal quanto à utilização de empresas veículos com o único intuito de viabilizar a amortização do ágio. Com efeito, no paradigma, tal como no acórdão recorrido, aponta-se a criação de empresas-veículo apenas para viabilizar a amortização do ágio.

Esta similitude se revelaria mais ampla e concreta se considerada a primeira parte da acusação fiscal quanto à capitalização da empresa veículo (Masmanidis) pela empresa estrangeira (Segisor) e da ausência de confusão patrimonial entre a real investidora (Segisor) e a investida CBD.

Ocorre que, conforme já analisado, esta parte da acusação fiscal foi afastada pelo colegiado *a quo* como fundamento para a manutenção a exigência principal, que não está mais em discussão, de sorte que para efeito de imposição da multa os fatos a serem considerados se referem unicamente às operações realizadas na parte final do cumprimento do acordo entre os sócios controladores com vistas à viabilizar a amortização do ágio reconhecido anteriormente pelas empresas-veículo criadas.

Esta circunstância é bem sintetizada nas seguintes passagens da declaração de voto da Conselheira Livia De Carli Germano, acompanhada pela maioria do colegiado, *verbis*:

[...]

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

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

[...]

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

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

[...] (g.n.)

Outrossim, em que pese a remissão inicial feita pela autoridade fiscal à operação societária como um todo ao fundamentar a aplicação da multa qualificada, todos os fundamentos destacados se referem à parte final das operações relativas à incorporação das supostas investidoras (Masmanidis e Vieri) pela recorrente (CBD).

Nota-se, conforme bem observado pela d. conselheira Livia De Carl Germano durante a sessão de julgamento, no caso recorrido, ao fim e ao cabo, a existência do ágio não é questionada, apenas permaneceu nas empresas-veículo tendo em vista que foram apenas formalmente extintas embora haja indicativo de suas existências de fato, enquanto que no caso do paradigma o ágio não foi reconhecido como existente nas empresas-veículo, mas sim na “real investidora”, o que diferencia substancialmente os casos comparados.

Assim, para fins de aferição da divergência jurisprudencial com relação à aplicação da multa qualificada, considerada apenas esta parte final das operações examinadas pelo recorrido, não é possível vislumbrar uma identidade fática entre as situações examinadas no primeiro acórdão paradigma e nas consideradas pelo recorrido.

Desta feita, entendo que não restou caracterizada a divergência jurisprudencial suscitada com relação ao primeiro acórdão paradigma.

Melhor sorte não se vislumbra com relação ao segundo acórdão paradigma (101-96.724).

Tanto as operações quanto as circunstâncias consideradas ensejadoras da multa qualificada são absolutamente diversas quando se examina o segundo acórdão paradigma.

Aquele acórdão trata de ágio gerado exclusivamente entre partes relacionadas e sem pagamento do preço (ágio interno), mediante a subscrição e integralização de capital com ações da própria empresa “investidora” em empresa veículo, especialmente criada e incorporada em curto espaço de tempo, para propiciar a geração e o aproveitamento do ágio, conforme se extrai dos excertos do voto da ex-conselheira Sandra Maria Faroni, *verbis*:

[...]

No caso concreto, além de as operações se enquadrarem como operações preocupantes, conforme lição de Greco, o autuante imputou-lhes a qualificação de simuladas, que, no dizer do autor citado, faz com que nem possam ser consideradas como planejamento.

Assim, a controvérsia se situa entre a caracterização da sequência de operações como simulação, como quer o autuante, ou como legítima estruturação societária, como quer a Recorrente.

[...]

É de todo evidente que a operação foi articulada pelas pessoas físicas que, direta ou indiretamente, controlam o capital das empresas envolvidas, para criar, formalmente, uma situação que se enquadrasse na possibilidade de deduzir despesas de amortização de ágio, advinda com a publicação da Lei nº 9.532/97.

A sucessão dos atos, a proximidade temporal entre eles e a extinção da empresa por incorporação revelam que nunca houve a intenção real de constituir uma empresa (a ZBT, constituída em junho de 1998 e extinta em agosto de 1998) para efetivamente operar segundo seu objetivo social, mas sim de **criar uma sociedade efêmera, de passagem, que possibilitasse um registro de ágio a ser amortizado por empresa do grupo.**

Conforme deixa claro o Termo de Verificação, a ZBT TERMINAIS foi constituída em 01 de junho de 1998, com capital inicial de R\$ 1.000,00, subscrito, conforme AGE de 17/06/98 por duas pessoas físicas, sendo R\$999,00 pelo Sr. Gonçalo Borges Torrealba, também acionista da Libra Terminais S/A e da Libra Terminal 35 S/A.

Em 05/08/1998 foi aprovado o aumento de capital mediante a subscrição de mais 10 milhões de ações ordinárias, subscritas por LIBRA TERMINAIS S/A (que passou a deter 99,99% das ações) Esse ato foi que possibilitou o surgimento do ágio que daria origem às despesas de amortização, pois a integralização deu-se com ações da Libra Terminal 35 avaliadas em R\$ 123.157.000,00.

Em 06/08/1998 o patrimônio da ZBT é cindido e seu acervo é incorporado pela LIBRA TERMINAL 35 S/A

Durante toda a sua existência formal, de junho de 1998 a 06 de agosto de 1998, a ZBT não praticou qualquer ato vinculado com seu objetivo social.

Alega a Recorrente a existência de alternativas que atendiam o requisito legal para a amortização dedutível, quais sejam: (a) a incorporação da Libra Terminal 35 S/A pela Libra Terminais S/A; (b) a incorporação da Libra Terminais S/A pela Libra Terminal 35 S/A, e (c) a cisão parcial da Libra Terminal S/A, mediante destaque de parcela do patrimônio formado pelo investimento (com ágio) na Libra Tenninal 35 S/A, sendo tal parcela incorporada por esta última.

Olvidou-se a Recorrente de observar que enquanto existiam apenas a Libra Terminais S/A e a Libra Terminal 35 S/A não havia contabilização de investimento adquirido com ágio, a ser amortizado em uma das alternativas mencionadas. O surgimento do ágio foi possibilitado com a constituição (exclusivamente formal) da ZBT.

Nada do que foi trazido no recurso sensibiliza meu espírito a ponto de produzir dúvida quanto à **inexistência de fato da ZBT, que foi constituída exclusivamente para possibilitar a formação de um ágio, passível de gerar despesa de amortização.**

[...]

Nota-se que a situação examinada no paradigma é substancialmente distinta do acórdão recorrido, sendo a própria origem do ágio considerada simulada em face da inexistência de fato da empresa supostamente investida (veículo).

Desta feita, não é possível inferir como se posicionaria o colegiado que proferiu o paradigma quanto à qualificação da multa diante da fatos tão diversos do presente caso.

Assim, voto pela rejeição do acórdão paradigma nº 101-96.724.

Ante ao exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso especial da Fazenda Nacional.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado